

TAGIE ASSENHEIMER DE SOUZA

**Posições jurídicas dos sujeitos parciais no processo civil:
análise sob a ótica da correlatividade**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

TAGIE ASSENHEIMER DE SOUZA

**Posições jurídicas dos sujeitos parciais no processo civil:
análise sob a ótica da correlatividade**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Dr. Heitor Vítor Mendonça Sica.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Souza, Tagie Assenheimer de
Posições jurídicas dos sujeitos parciais no
processo civil: análise sob a ótica da
correlatividade ; Tagie Assenheimer de Souza ;
orientador Heitor Vitor Mendonça Sica -- São Paulo,
2020.

134 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Processo civil. 2. Natureza jurídica do
processo. 3. Posições jurídicas. 4. Partes. 5. Relação
Jurídica. I. Sica, Heitor Vitor Mendonça , orient. II.
Título.

NOME: SOUZA, TAGIE ASSENHEIMER DE.

Título: *Posições jurídicas dos sujeitos parciais no processo civil: análise sob a ótica da correlatividade*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

PROF. DR. _____ INSTITUIÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA: _____

PROF. DR. _____ INSTITUIÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA: _____

PROF. DR. _____ INSTITUIÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA: _____

AGRADECIMENTOS

A realização e entregas de uma pesquisa são, certamente, o resultado de um processo de dedicação, comprometimento e renúncias que transmutam o trabalho individual para uma comunhão e amplíssimo feixe de esforços conjuntos, coordenados e alinhados.

Nesse sentido, a possibilidade da pesquisa deriva de adequadas condições materiais e metafísicas de suporte, viabilidade e inspiração. Assim, sem dúvida, sendo a gratidão a memória do coração, há inúmeros agradecimentos a serem feitos e que se estenderiam a muitas páginas, razão pela qual tentarei sintetizá-los.

Ao meu núcleo de relacionamentos pessoais, sempre com especial destaque aos meus pais, devo os incondicionais e ilimitados apoios e validação, inclusive nos momentos de dúvida a respeito da capacidade de realizar a empreitada.

Aos meus mais remotos professores e aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, cujas lições e preocupações me inspiraram na satisfação do estudo e, em especial, do processo. Apenas para nomear alguns, Prof. Joaquim Munhoz de Mello, por meio do qual tive as primeiras aulas de processo civil; Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha, sempre preocupado com o impacto das frequentes reformas processuais sobre os postulados teóricos do processo civil e sua necessidade de revisão; Prof. Sérgio Cruz Arenhart, orientador do trabalho de conclusão do curso, dedicado aos alunos e orientado à preocupação do estudo do processo visando à sua racionalidade e efetividade; Prof. Luiz Guilherme Marinoni, pelo apoio e inspiração na continuidade dos estudos do processo após a graduação.

Agradeço com destaque ao Prof. Eduardo Talamini, orientador de meu trabalho de especialização em processo civil e que me conduziu, com sua generosidade, aos contatos iniciais para o ingresso no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Aos membros e frequentadores dessa Faculdade, sem qualquer exceção, a minha mais profunda gratidão pelas interlocuções de mais elevado valor científico e humano; em poucos lugares foi possível me sentir tão acolhida. Agradeço às aulas e contatos com os Professores (em ordem alfabética) Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes; Cândido Rangel Dinamarco; Clarisse Frechiani Lara Leite; Fábio Peixinho Gomes Corrêa; Fernando Fontoura da Silva Cais; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró; José Carlos Baptista Puoli; José Roberto dos Santos Bedaque; Marta Saad; Ricardo de Barros Leonel; e Susana Henriques da Costa.

Ao Prof. Heitor Vitor Mendonça Sica, pela extrema generosidade e contribuição em minha inteira jornada no curso de pós-graduação; pelas aulas, lições e insubstituível exemplo de brilhantismo e destacada vocação para a docência e pesquisa. Cabe-me, além de agradecer, desejar que lhe sejam mantidas e expandidas as influentes profícuas e presentes atividades acadêmicas, tão benéficas àqueles que possuem oportunidade de convívio.

Por último, agradece-se, pelas generosas e inestimáveis contribuições dos componentes da banca examinadora, Prof.(a)s Ricardo de Barros Leonel, Beclaute Oliveira Silva, e, Clarisse Frechiani Lara Leite, contribuições estas que se objetivou incluir na presente dissertação, em versão já corrigida/adaptada.

RESUMO

SOUZA, Tagie Assenheimer de. *Posições jurídicas dos sujeitos parciais no processo civil: análise sob a ótica da correlatividade*. 2020. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente trabalho objetivou rever as principais teorias a respeito da natureza jurídica do processo, cuja análise sistemática e aprofundada é relevante para extrair elementos e conceitos fundamentais à teoria geral do processo e ao estudo do processo. Identificou-se as teorias da relação e da situação jurídica como principais concepções divergentes na medida em que a primeira pressupõe e a segunda exclui a existência de vínculos jurídicos entre os sujeitos processuais. Verificou-se, ainda, como principal ponto de aproximação entre a maioria dos adeptos de tais concepções a apreensão de que o ônus, como posição *não* relacional, é posição preponderante das partes no processo, notadamente no *iter*. A partir daí, e dos influxos que as teorias sobre a natureza jurídica da ação conferem às concepções de processo, realizou-se incursão acerca dos conteúdos atribuídos às diversas modalidades e classificações das posições dos sujeitos, com especial enfoque nos sujeitos parciais e na posição de ônus, determinante ao viés de liberdade da conduta dos sujeitos e afeito à posição de poder. Em seguida, transportou-se a síntese crítica dessas concepções de posições ao conteúdo do processo; à sua dinâmica para além do campo apenas eficaz; e às teorias conflitantes concernentes às teorias da natureza do processo. Avaliou-se a necessidade de articulação atualizada dos conceitos de relação e situação jurídicas entre a teoria geral do direito e à teoria geral do processo. Com base nessas premissas, constatou-se que a teoria da relação jurídica e, portanto, de posições em vínculos jurídicos entre sujeitos em relação é a mais apta a explicar satisfatoriamente o processo em seu mecanismo concatenado e vinculado na dinâmica das posições jurídicas a partir das quais se entrelaçam e projetam as condutas dos sujeitos. Ainda, verificou-se inafastável conteúdo correlacional entre as partes, e entre estas e o juiz, na posição denominada de ônus (ou, mais propriamente, poder), relevante para a compreensão do processo como relação jurídica. E que a apreensão do poder como posição correlacional é premissa sem a qual não é coerente entender o processo como relação jurídica, em especial quanto ao seu *iter*. Por fim, consignou-se a supremacia dessas conclusões em comparação às demais teorias de processo, pois fornece elementos mais completos, integradores e dinâmicos ao fenômeno processual, bem como concede estrutura concreta e objetiva de absorção (e controle de efetivação) das garantias processuais e demais normas ordenadoras e legitimadoras do processo.

Palavras-chave: Processo civil; natureza jurídica do processo; posições jurídicas; partes; relação jurídica.

ABSTRACT

SOUZA, Tagie Assenheimer de. *Parties' legal positions in civil procedure: analysis under the aspect of correlativity*. 2020. 134 p. Dissertation (Master's Degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This research aimed to review the main theories regarding the legal nature of judicial procedure, whose systematic and thorough analysis is relevant to extract elements and concepts fundamental to the general theory and study of the civil procedure. Legal relation and legal situation theories have been identified as the main divergent conceptions insofar as the former foresees, and the latter excludes, the existence of legal bound between procedural subjects. It was also observed as the main approximation point among most of the adherents of such conceptions, the apprehension that the onus, as *non*-legal relation position, is preponderant position of the parties in the judicial procedure, notably in the *iter*. From then on, and from the influences that the theories about a lawsuit's legal nature attach to the conceptions of judicial procedure, an incursion was made about the contents attributed to the different types and classifications of the subjects' positions, with special focus on the parties and the position of onus, which is determining to the bias of parties' liberty of conduct and related to the positions of power. Then, the critical synthesis of these conceptions of legal positions was conveyed to the content of the procedural; its dynamics beyond just the legal effects; and the conflicting theories about the nature of the procedural. The relevance for updated articulation of the concepts of legal relation and situation between the general theory of law and the general theory of civil process was evaluated. Based on these premises, it was found that the theory of legal relation, and therefore of positions in legal bounds between subjects in relation, is better to explain satisfactorily the legal procedure in its concatenated and bound dynamics of legal positions mechanism, from which the conduct of the subjects intertwine and project. Moreover, there was an undeniable correlational content between the parties, and between them and the judge, in the position known as position of onus (or, more specifically, power), relevant to the understanding of the procedural as a legal relation. And that the apprehension of power as a correlational position is a premise without which it is not coherent to defend the procedural as a legal relationship nature, especially as to its *iter*. Finally, the advantage of these conclusions was determined when compared to the other procedural theories, as it provides more complete, integrating and dynamic elements to the procedural mechanisms, as well as the objective elements of absorption (and of effectiveness) of procedural safeguards and other ordering and legitimizing norms of the procedural.

Keywords: Civil procedural; legal nature of the judicial procedural; legal positions; parties; legal relation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A NATUREZA DO PROCESSO SOB A PERSPECTIVA SUBJETIVA	14
1.1 Processo como relação jurídica autônoma: breve premissa de Oskar von Bülow à sua teoria dos pressupostos processuais	14
1.2 O golpe da situação jurídica de James Goldschmidt à teoria da relação de Bülow	18
1.3 Clássicas contribuições às teorias de relação e situação jurídicas.....	21
1.3.1 Especificamente quanto à teoria de Elio Fazzalari – processo como concatenação de atos e posições em contraditório no procedimento – alinhamento e acréscimo estruturante à teoria de situação jurídica de Goldschmidt.....	25
1.3.2. Primeiras absorções brasileiras à teoria de Bülow	27
1.4 Recentes problematizações a respeito da natureza do processo	29
1.4.1. Especificamente quanto às discussões recentes no Brasil	31
1.4.2 Breve notícia a respeito de algumas das minoritárias teorias da natureza do processo	34
1.5 Arremate do capítulo: núcleo comum das discussões	36
2. AÇÃO, PROCESSO E POSIÇÕES DOS SUJEITOS	38
2.1 Teorias da ação e natureza do processo	38
2.1.1 Ação como direito deflagrador da relação processual – polarização nos eixos (inicial/final) do processo.....	38
2.1.2 Ação como situação jurídica composta e processo como procedimento em contraditório (Elio Fazzalari) – ênfase na despolarização dos eixos (mas retorno da polarização no procedimento pelo contraditório).....	42
2.2. Momentos da ação (ou do processo) e reflexos sobre as posições: posições nos limites (inicial e final/decisão de mérito) e no <i>iter</i> processual	48
2.2.1 Polaridade (quanto ao direito material discutido) e os diferentes momentos do processo	49

2.2.2	Tendência teórica convergente a respeito da natureza das posições subjetivas quanto ao pedido (demanda)/entrega da tutela jurisdicional	53
2.3	Conclusão parcial – Despolarização do <i>iter</i> processual e arrefecimento da importância (histórica) da ideia de ação para compreensão do processo	55
3.	DAS POSIÇÕES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS.....	57
3.1.	Configuração mínima dos sujeitos do processo para análise de posição.....	57
3.2.	Noção dinâmica de posição – elemento concatenado entre ato passado e ato futuro.....	58
3.3	Principais classificações gerais de posição	63
3.3.1	Posições para Oskar von Bülow e para James Goldschmidt – entre a brevidade e a insuficiência de explicações	63
3.3.2	Posições em Francesco Carnelutti – dificuldades do prisma do conflito de interesses sobre as posições ativa, passiva e neutra.....	65
3.3.3	Piero Calamandrei – essencialmente posições de poder/sujeição, obrigações e ônus em dinâmica de colaboração.....	69
3.3.4	Posições para José Frederico Marques – ônus como imperativos de impulso processual	70
3.3.5	Elio Fazzalari – posições sob quadrante vontade do sujeito/efeitos do ato – desvinculação da situação material (“conflito de interesses”).....	71
3.3.6	Posições para Hernando Devis Echandía e Enrique Véscovi – aproximação entre direitos, poderes e ônus	72
3.3.7	Cândido Rangel Dinamarco – simbiose de posições: “tudo são ônus”	75
3.3.8	Heitor Vitor Mendonça Sica – posições sob a perspectiva da preclusão.....	78
3.3.9	Antonio do Passo Cabral – posições em difuso condicionamento de influência em contraditório cooperativo	80
3.4	Especificamente sobre o ônus pela preponderância no <i>iter</i> processual	82
3.4.1	Ônus e dinâmica processual – liberdade de conduta em dialética e ética ..	83
3.4.2	Ônus e o questionável enfoque no prejuízo (categorizado como posição passiva).....	85
3.5	Síntese do capítulo: preponderância de especial – processual - poder no <i>iter</i>	93
4.	POSIÇÕES DOS SUJEITOS PARCIAIS E CORRELAÇÃO.....	99
4.1	(In)existência de correlação nas posições dos sujeitos sob a teoria da relação – aproximação à teoria de situação	99

4.2	Correlação apenas entre sujeitos e norma nas posições dos sujeitos sob teoria de situação (não relacional) – categoria excepcional na teoria geral do direito.....	102
4.3	Premissas para análise crítica da correlatividade entre posições dos sujeitos processuais: evolução na compreensão de relação jurídica	104
4.3.1	Análise do fenômeno processual (<i>iter</i>) sob a ótica de relação jurídica	106
4.4	Configuração da relação processual: concatenação essencialmente de poderes e sujeições	110
4.5	Análise da relação sob a ótica dos sujeitos parciais: abordagem ampla e relacional do conteúdo dado ao ‘ônus’, conteúdo mais afeito a efetivo poder	114
CONCLUSÃO		121
REFERÊNCIAS		126

INTRODUÇÃO

A natureza jurídica do processo é tema acerca do qual se mantém notável dissenso na teoria processual, sobretudo no processo civil.

Ao seu destaque do processo como (ou gerador de) relação jurídica, por Oskar von Bülow, atribui-se o marco para sistematização do direito processual como teoria, ou da fase metodológica de sua autonomia.

Por outro lado, questiona-se se, tendo tal função (de autonomia da ciência processual) se consolidado, tratar o processo como relação ainda é adequado. Para os críticos da teoria da relação, seria mais satisfatório ao fenômeno processual abordar o estudo do processo sem perquirir ou buscar encontrar vínculos ou correlação, dos sujeitos, em relação jurídica.

Em tal linha, a presente pesquisa, considerando seu objeto, pressupõe contestação à premissa (justificada historicamente ao enfoque pouco funcional conferido pelos estudiosos) de Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra da Instrumentalidade do Processo, de que os institutos fundamentais já teriam alcançado maturidade suficiente aos resultados que se objetiva alcançar com o processo¹. É oportuno que os institutos e suas estruturadas sejam constantemente revistos justamente para adequadamente atender aos resultados, porque as finalidades mudam (ou se aperfeiçoam) e as estruturadas devem acompanhá-las. E, mesmo que assim não mudassem, é questionável que uma ciência tão nova como a do processo possa ter atingido suficiente maturidade de conceitos úteis e testáveis à realidade.

Em tal sentido, esse estudo, ainda que em abordagem eminentemente teórica, não deixará de, mesmo que de modo diluído, articular o enfoque teórico com hipóteses concretas afeitas ao sistema processual vigente no ordenamento nacional. Igualmente, o estudo restará circunscripto à teoria do processo civil, voltando-se às especificidades desse ramo ou setor.²

¹ Em suas palavras: “O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, o que seja, para a construção de um sistema jurídico processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*” (*A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013. p. 23).

² Nesse sentido, adere-se às ponderações de Heitor Vitor Mendonça Sica ao afirmar que o estudo da teoria deve ater-se ao processo civil, sob pena de um excessivo alargamento de conceitos (aptos a abarcar discrepantes objetos, como o processo penal), ou, ainda, um provável esvaziamento do conteúdo e utilidade dos institutos que categoriza (Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. *In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). 40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1). Em sentido similar quanto à maior utilidade da teoria voltada ao processo civil: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1, p. 21-24. Por fim, quanto à (atualmente esgotada) importância histórica (anterior à Constituição Federal de 1988) da aproximação, por meio de teoria geral, entre processo civil e

Do mesmo modo, alerta-se que a presente pesquisa não estará adstrita a nível de generalidade e abstração dos conceitos fundamentais afinados a uma teoria propriamente *geral* nos termos destacados por Fredie Didier Jr.,³ ou seja, na teorização desafetada da abordagem no contexto axiológico e normativo,⁴ enfoque central à dogmática – i.e., ao direito processual (sem se olvidar que tal enfrentamento se realiza a partir dos conceitos da teoria geral do processo).⁵ Assim, articular-se-á, necessariamente, a sistematização desses conceitos com o conteúdo e as estrutura normativas, notadamente os pátrios.

Expostas essas premissas e ressalvas, tem-se que o trabalho investigará as variações da compreensão a respeito de relação e situações (unissubjetivas) jurídicas e sua interlocução com a delimitação e articulação das posições (individuais) processuais dos sujeitos, com destaque para os sujeitos parciais, as partes. A partir desses temas que, precisamente, Cândido Rangel Dinamarco delimita um dos conteúdos do que entende (ao que se adere neste estudo) por teoria geral do processo (notadamente os *institutos* – ao lado dos princípios e garantias), isto é, “estrutura representada pelo poder a ser exercido, pelas posições das pessoas interessadas e pelo modo com que esses complexos de situações jurídicas subjetivas se exteriorizam em atos coordenados aos objetivos preestabelecidos”.⁶

processo penal: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “teoria geral do processo”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (coord.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. v. 1, p.143-167. Note-se, nesse sentido, que Cândido Rangel Dinamarco, primeiramente defensor de haver entre o processo civil e penal “mesmas características essenciais relevantes para a tentativa unificadora” em teoria geral do processo (*A instrumentalidade do processo* cit., p. 75), sendo coautor de obra com esta abordagem (CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015) mais recentemente, e em coautoria com Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, lançou obra de teoria geral do processo civil, na qual “as atenções se endereçam aos institutos fundamentais integrantes da estrutura do sistema de processo civil, com as especificações que lhe são próprias” (*Teoria geral do novo processo civil*: de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 17).

³ Fredie Didier Jr. sistematiza a teoria geral no enfoque dos conceitos jurídicos fundamentais (ou lógico-jurídicos), como universais e gerais, *desafetados* de uma determinada realidade concreta ou normativa (no que se incluem os princípios), ainda que devam ser constantemente revistos e confrontados com a realidade empírica e com a evolução do pensamento filosófico. Neste sentido, para o autor, os conceitos *lógico-jurídicos*, tendo grau elevado de abstração e generalidade, “são imprescindíveis para o desenvolvimento de uma ciência jurídica, que se proponha a fornecer diretrizes para uma aplicação racional, coerente e justa do Direito”. Como exemplos, ato jurídico e relação jurídica. Distinguem-se, tais, conceitos, dos jurídicos-positivos, extraíveis de determinado momento histórico e sistema jurídico - como as concepções de específico crime ou tipo recursa (DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 41-72).

⁴ Não por outra razão, Fredie Didier Jr. apresenta reparos à compreensão de Cândido Rangel Dinamarco de teoria geral do processo, especialmente no ponto em que congrega a abordagem principiológica como conteúdo da teoria geral (Idem, p. 105-108).

⁵ Idem, p. 87-90.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 69-70. Com premissas distintas, mas alcançando similar constatação, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ora destacando a importância da forma (em sentido amplo), extirpados os excessos desvinculados de suas finalidades, centraliza tal relevância na “delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua

Portanto, o debate a respeito da natureza jurídica do processo, mais do que preocupação exclusivamente acadêmica, atina a eixos centrais da teoria, a partir dos quais são abordados e interpretados os mais variados temas processuais, tudo sempre como estruturas que devem ser aptas a efetivar, o mais amplamente, as funções do processo (como método e como resultado). Por essas razões, justifica-se sua análise sistemática e crítica, revisitando tais conceitos sob contextos atuais.⁷

Isso posto, a presente pesquisa inicialmente analisará as principais teorias que se formaram a respeito da natureza do processo, os pontos centrais (de encontro e afastamento) entre tais teorias e como se desenvolveram e se acomodaram até os correntes dias, e, igualmente, se este dissenso é real ou aparente e no que contribuiu para o desenvolvimento da compreensão do que ocorre no processo.

Em seguida, no capítulo segundo, verificar-se-á como as teorias acerca da natureza jurídica do processo interseccionam-se com os conceitos de ação, e em que medidas estes, de notável importância histórica (para autonomia da ciência), ainda são úteis atualmente para compreender o processo.

Em seguida, no terceiro capítulo, e a partir das premissas construídas nos capítulos antecedentes, adentrar-se-á especificamente na investigação das conformações sobre o conteúdo das posições dos sujeitos processuais e do modo com que essas posições se concatenam na dinâmica processual e são úteis para tal mecanismo. Ao final dessa etapa, haverá tentativa de sistematização crítica das várias concepções acerca das posições dos sujeitos.

No último capítulo, por fim, será verificado como as posições são entendidas entre as teorias que adotam e rejeitam a natureza do processo como relação jurídica. Abordar-se-á criticamente o conceito que se confere à relação jurídica e se este é compatível com as evidentes especificidades do processo, bem como a conformação das posições processuais em relação jurídica, notadamente as dos sujeitos parciais.

atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais” (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 7-31, 2006).

⁷ A respeito da essencialidade da constante revisão crítica dos institutos fundamentais: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil cit.

1 PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A NATUREZA DO PROCESSO SOB A PERSPECTIVA SUBJETIVA

1.1 Processo como relação jurídica autônoma: *breve premissa* de Oskar von Bülow à sua teoria dos pressupostos processuais

Oskar von Bülow na década de 60 do século XIX, poucos anos após a reverenciada polêmica entre Windscheid e Muther, defendeu que o processo,⁸ mais do que consistir em procedimento (como série de atos entre as partes), identificar-se-ia com uma *relação jurídica* pública, formada entre as partes e o Estado e distinta daquelas “que constituyen la materia del debate judicial”.⁹

Para Bülow, processo importa mútua vinculação das partes e do juiz; de um lado, o juiz com “la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio” e, de outro, “las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común”.¹⁰

Nota-se, à evidência, que, para além de as contribuições centrais extraídas da polêmica Windscheid e Muther importarem em premissa histórica,¹¹ é possível verificar que a Bülow também significou premissa *lógica* traduzida no conceito de ação como *direito* autônomo exercitável contra o Estado,¹² em postulação de tutela deste. De tal compreensão – de direito autônomo e que *vincula* o Estado à prestação da tutela – imbrica-se a visão de

⁸ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosas Lightschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

⁹ Cf. Idem, p. 2. Ilustrativa a premissa do autor: “Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultades e los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se há afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*” (Idem, p. 1).

¹⁰ Idem, p. 2.

¹¹ Como, de modo similar, conclui Cândido Rangel Dinamarco no sentido de que tal polêmica “abrirá caminho para a autonomia conceitual da ação, e, progressivamente, para o próprio direito processual” (*Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. v. II, p. 227).

¹² Como ponto inicial divisor para o desarraigamento entre o direito de ação e o direito material pretendido, a polêmica, iniciada em meados do século XIX, entre Windscheid e Muther, resultou justamente na constatação (convergente entre os dois estudiosos) de se tratar de direitos distintos. Concluíram, então, que o direito de ação, além de sua natureza autônoma, é *exercitável para postular a tutela contra o Estado* (WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' "actio"*. Tradução Ernst Heinitz e Giovanni Pugliese. Florença: Sansoni, 1954). Damos, destaque, em especial, às páginas 5-14 (Windscheid); 241-245 (Muther) e 291-319 (Windscheid). Este último, em eloquência: “[...] azione intesa quale diritto ala tutela dello Stato. [...] Ma non appartiene al diritto sostanziale, bensì al diritto processuale” (p. 314); e acerca do seu entendimento a respeito da *actio* romana: “Essa non è qualcosa che stia dietro il diritto, bensì sta al posto del diritto, non è qualcosa de derivato, bensì di autônomo, non è emanazione del diritto, bensì ne è l'expressione” (p. 291).

que há relação processual e em constante “movimiento y transformación”¹³, “na vinculación y cooperación”¹⁴ das partes com a atividade judicial.¹⁵

Não obstante a relevantíssima adesão a essa ideia (conforme se verá mais adiante), verifica-se que, em sua obra, Bülow não vai além dessas configurações gerais do vínculo entre os sujeitos, pois eram apenas premissas¹⁶ para tratar dos pressupostos processuais, abordando as matérias processuais de modo menos opaco – e mais compatível com a dignidade (publicista) que se passou a emprestar à tutela jurisdicional.

A proposta de Bülow foi demonstrar o impacto de sua teoria na (in)disponibilidade, abrangência e efeitos das matérias e nulidades de natureza processual (notadamente as que importavam requisitos para constituição e existência da relação processual). Defendeu que dadas matérias (por deterem natureza distinta) não deveriam ser nominadas e tratadas como as restritas, típicas e disponíveis *excepciones dilatorias*.¹⁷ Como atividade de interesse público, os pressupostos processuais devem ser enfrentados de ofício e, se não estiverem presentes, a relação processual não nasce e o juiz não deverá “aprobar el proceso y dejarlo seguir su curso”.¹⁸

Com enfoque, portanto, em defender a *autonomia* do vínculo subjetivo formado pelo processo e os efeitos desta nas matérias a serem verificadas no processo, Bülow não aprofundou os mecanismos e a estruturação *interna* (após aludida constatação de tais pressupostos) dessa relação jurídica processual. É de notar, na obra, o objetivo de demonstrar que, sendo relação jurídica autônoma (e pública), seria exigida a presença de requisitos específicos para sua constituição, diferentes da relação material discutida.

Assim, a sistematização de Bülow, conferindo unicidade e natureza pública às matérias processuais que nominou de pressupostos, sob a roupagem de *relación processual*,

¹³ Relação esta que exigiria, em paralelo com o que ocorre com as demais relações jurídicas, requisitos, e ao que denominou de pressupostos processuais, com relação aos quais a existência de defeitos “impediría el surgir del proceso” (identificando processo e relação processual) - (BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* cit., p. 3-5).

¹⁴ Idem, p. 2.

¹⁵ Nas palavras de Oskar von Bülow: “de una parte, el tribunal assume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común” (Idem, p. 2).

¹⁶ Não por outra razão sintetiza Cândido Rangel Dinamarco: “Foi bastante breve e simples a proposta de Bülow. Nas páginas iniciais de uma monografia bem mais ampla – e hoje completamente sem interesse – seu autor fez a afirmação de que o processo se resolve em uma relação jurídica [...]” (*Instituições de direito processual civil* cit., p. 227).

¹⁷ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* cit., p. 292-293.

¹⁸ Idem, ibidem.

não estancou, por outro lado, a necessidade (e latente insuficiência) de a ciência processual aprofundar as exatas conformações do que se afirmou ser a relação jurídica processual.

Não se verifica de fato poder extrair, da citada obra de Bülow, efetiva distinção (para além do relevante destaque à natureza pública e indisponível do processo) dos contornos característicos e específicos da relação processual em comparação ao que se tinha por relação de direito civil, notadamente obrigacional.¹⁹

Não se pode deixar de constatar que esse rápido enfoque relacional do processo para a construção de sua autonomia e de seus específicos pressupostos trouxe, efetivamente e em grande parte (e, criticamente, nem sequer a isto),²⁰ a construção de requisitos para o válido pronunciamento judicial meritório (algo bastante distinto da compreensão do conteúdo da dita relação jurídica).

Inafastável, assim, fundamental constatação do processualista português Miguel Teixeira de Souza de que a concepção de pressupostos processuais essencialmente *não* é dado da relação processual, e sim do modo do provimento final (meritório ou não). Nas palavras do processualista português: “o valor de existência (e de validade) da relação processual não depende da função dos pressupostos processuais”.²¹ E, continua o português, essa autonomia (entre pressupostos e relação processual) “explicita claramente a ruptura semântica verificada na sua concepção”.²² Miguel Teixeira de Souza não nega que há elementos (na teoria dos pressupostos) para a existência da relação processual (como presença de juiz, partes), mas aproxima a categoria e função dos pressupostos muito mais ao modo de julgamento da demanda (como ato de exercício do direito de ação) do que à configuração atinente à relação processual em si.

¹⁹ Carlos Alberto Carmona, em abordagem crítica à obra de Bülow, pontua que este não se distanciou da noção contratualista de processo, apenas informou se tratar de contrato de natureza *pública* (termo, inclusive, usado pelo autor alemão em: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* cit., p. 2). Assim, para Carmona, Bülow “não conseguiu afastar-se de uma ideia da *litiscontestatio* como centro do processo, mas dá-lhe novos contornos publicísticos (embora sempre contratuais)” (CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 57, p. 39-54, 1990).

²⁰ Conforme José Roberto dos Santos Bedaque (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186) e o processualista português Miguel Teixeira de Souza (Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 63, p. 64-87, 1991). E, mais recente trabalho que se deteve ao tema, defendendo a revisão do dogma da prioridade dos pressupostos (em hipóteses que o processo evoluiu sem verificação de eventual falta, falta esta que não se mostrou prejudicial ao interesse protegido): BATISTA CINTRA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 214, p. 79-119, 2012.

²¹ SOUZA, Miguel Teixeira. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais cit., p. 64-87. Pontue-se, em sentido semelhante, que o alemão Leo Rosenberg, décadas antes, já havia defendido que os pressupostos não o são quanto à relação jurídica (In: *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. t. 1, p. 9).

²² SOUZA, Miguel Teixeira. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais cit., p. 64-87.

Esta breve incursão nos pressupostos processuais (núcleo da teoria de Bülow) aclara que a contribuição, e desenvolvimentos posteriores, evoluíram muito mais para o modo do provimento/ato final (se meritório ou não) do que para relação processual em si. Assim, no que esses requisitos importariam como engrenagem dos sujeitos da relação, quanto a todo o *iter*, o silêncio da obra é efetivamente insofismável. É possível constatar que, sob lampejo e esboço de relação jurídica, Bülow recortou sua análise para uma sistematização do trato que conferiu às invalidades de natureza processual.²³ Portanto, a teoria de Bülow contribui mais com os cuidados para a validade do ato final jurisdicional – ligado, portanto, de modo mais íntimo, ao ato final do exercício do direito de *ação* – do que para explicar o que se desenvolve no interior e no curso do processo, ou seja, no que se exigiria de uma explicação e demonstração efetiva de uma relação jurídica autônoma.

Portanto, bem colocado o enfoque de Bülow, que pouco (ou quase nada) tratou da conformação de uma relação jurídica tipicamente processual, é de se verificar que as críticas a sua teoria são, propriamente, direcionadas à função que conferiu aos pressupostos como requisitos ao julgamento do mérito, e, via de consequência, aos papéis dos sujeitos processuais no controle destes pressupostos. Não, exatamente, se os sujeitos processuais estão inseridos em alguma estrutura específica de relação jurídica, cuja assunção é menos relevante à abordagem dos pressupostos processuais do que a natureza funcional que se atribui a estes. Ou, ainda, e em outras palavras, a revisão da teoria de Bülow adentra, mais intimamente, a questões de como e quão públicos e intangíveis são os interesses atendidos com os pressupostos, para fins de se avaliar a validade do desfecho regular (meritório) do processo. A defesa da divisão entre a natureza do processo (pública) e a natureza da matéria de fundo deduzida neste (usualmente privada) e os distintos papéis²⁴ dos sujeitos no controle

²³ À constatação semelhante havia chegado James Goldschmidt, ao afirmar ter sido este o mérito maior da teoria de Bülow, ou seja: “El concepto de la relación jurídica procesal ayudó a aislar el concepto de los presupuestos procesales frente a las excepciones dilatorias materiales” (*Teoría general del proceso*. Tradução Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1932. p. 16).

²⁴ Importante notar observação que faz José Carlos Barbosa Moreira quanto aos papéis, entre partes e juiz, no tocante à iniciativa e à conformação dos atos, e os cambiantes destaques entre um e outro (juiz/partes). Alerta, com base em exemplificativas regulações do processo civil brasileiro (com paralelismo válido ao ordenamento atual), que o nível de disposição das partes sobre o conteúdo de direito material *não* apresenta transporte automático e coerente quando se analisa os atos do processo (com exceção a diretos e pontuais atos de disposição do direito material, no processo). Às partes se adstringe, por exemplo, o poder de iniciativa de demandar (seja o conteúdo matéria do direito discutido disponível ou indisponível) e o juiz poderá, de ofício, determinar a produção de provas (trate ou não o processo de direitos disponíveis). Com isso o autor questiona o uso indiscriminado e simplório da terminologia do “princípio dispositivo”, em geral citado para defender as partes contra a parcialidade do juiz - indesejável qualquer que seja o direito material debatido (In: O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista da Faculdade de Direito*, Pelotas: UFPel, ano XIX, n. XIV, 1985). De todo modo, e o que se pretende destacar como tangencial ao objeto da presente pesquisa, é que, para além de as complexas e variantes regulações normativas quanto ao papel dos sujeitos nos atos e resultados do processo dizerem pouco sobre a natureza do direito material discutido (se público/privado, se disponível/indisponível), também estão desvinculadas

de cada delas, premissas de Bülow, efetivamente prescindem do enquadramento relacional (categoria fundamental então adotada).

De todo modo, sendo certa a relevância de Bülow em defender, taxativamente, a natureza autônoma do processo, não é menos evidente que suas breves páginas a respeito da relação jurídica (categoria jurídica em que se conformaria tal processo) pouco disseram sobre a dinâmica e conteúdo das posições dos sujeitos em tal relação. Desta forma, e, talvez, despropositalmente aos seus objetivos centrais, suscitou reflexões (e críticas) a respeito do uso (e compatibilidade) da categoria relacional para o processo.

Assim, passa-se a tratar do pensamento de seu mais conhecido primeiro opositor, o alemão, James Goldschmidt.

1.2 O golpe da situação jurídica de James Goldschmidt à teoria da relação de Bülow

Em contraste com a concepção de relação processual, na segunda década do século XX, o alemão James Goldschmidt expressamente objetou o processo como (ou encadeador de) relação jurídica específica.

Para James Goldschmidt, o processo colocaria as partes em situação (ou, mais propriamente, condição) jurídica de expectativas e perspectivas (quanto ao resultado final do processo²⁵) e os *onus* (“cargas”) tomariam o lugar das obrigações²⁶ pois não vinculam senão o próprio onerado (à norma). Essas perspectivas e expectativas quanto a evento futuro (decisão judicial final) fizeram-no entender que, no lugar de ser uma relação jurídica, o processo se compõe de situações jurídicas, as quais foram particularmente definidas como “estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas”.²⁷ E os ligames processuais se dariam em torno do direito material, do objeto do processo.²⁸

da natureza jurídica da estrutura do processo. Em outras palavras, as análises quanto às diferentes possibilidades de configuração das titularidades do poder de iniciativa em atos processuais não atinam propriamente se estes mesmos poderes (como posições jurídicas) se estruturam ou não em relação. Em síntese, críticas aos papéis de cada sujeito no conteúdo e iniciativa de atos processuais são mais pertinentes à análise do que ocorre contextualmente (histórico, político e normativamente) – e o que se deseja ideológica e funcionalmente – do que à *estrutura* do processo, que será informada e conformada a um ou a outro.

²⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 50-55.

²⁶ Idem, p. 11-23.

²⁷ Idem, p. 55.

²⁸ Idem, p. 56.

Em contraponto aos ônus haveria, em regra, as possibilidades (ao lado das expectativas e dispensas de ônus) como situações que permitem “obter uma vantagem processual pela execução de um ato no processo”.²⁹

Nesse sentido, o alemão defende não haver no processo “nenhuma obrigação de natureza processual”, sendo a obrigação de decidir mera consequência de uma relação *política* do cidadão com o Estado (e não processual).³⁰

Defende, igualmente, que seria inoportuno recorrer à estrutura de relação jurídica para dar *unidade* ao processo. Esse amálgama seria conferido pelo direito material discutido e gerador das situações jurídicas. Para esse autor, sua concepção de situações jurídicas ainda teria a vantagem de ser dinâmica (tomando em vista as expectativas ou perspectivas de uma decisão favorável), em confronto com a relação, que teria caráter estático (como efeitos dos atos processuais).³¹

James Goldschmidt entendia a teoria da relação processual como insatisfatória e incipiente. Esta não havia se desenvolvido para além dos fins de explicação dos pressupostos processuais,³² para o que, aliás, constatou que “los ‘presupuestos procesales’ no representan presupuestos del proceso, sino de una decisión sobre el fondo”.³³

James Goldschmidt apontou problemas relevantes à falta de adequado aprofundamento da teoria da relação jurídica processual e das dificuldades do empréstimo da teoria da relação obrigacional em face das peculiaridades do processo.

Não obstante, a contribuição que desejou trazer, em substituição e sob denominação de situação jurídica, foi também ressalvada por não resolver (ao menos satisfatoriamente) as aludidas questões que colocou à teoria da relação processual.

A esse título, cite-se artigo específico do italiano Enrico Tullio Liebman, na década de 50 do mesmo século. O italiano lembra que, para Goldschmidt (e à parte das destacadas contribuições deste à ciência do processo, como ressalva Liebman), situação jurídica não seria uma etapa (um *minus*³⁴) de desenvolvimento do direito subjetivo e da relação jurídica,

²⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 52-53.

³⁰ Idem, p. 19-23.

³¹ Idem, p. 57-58.

³² Idem, p. 16.

³³ Idem, p. 19.

³⁴ Como, de forma mais direta, criticado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, para quem o erro de James Goldschmidt foi precisamente o de confundir “as situações jurídicas que são estados particulares, durante o processo, e a relação jurídica processual, que apanha todo o processo e independe de subsistirem algumas daquelas situações” (Relação jurídica processual. In: CARVALHO SANTOS, J. M. (org.). *Reper-tório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.]. v. 48, p. 117).

mas, diferentemente, algo estranho e alheio (um *aliud*) – uma situação do direito material quando transportado ao processo jurisdicional e seu objeto.³⁵

Liebman destaca que Goldschmidt trouxe dados de psicologia e sociologia ao processo (portanto, não jurídicos) e, ao pretender acrescentar uma explicação mais apta ao fenômeno processual, acabou por padecer do mesmo vício que pretendia estancar ao abandonar a teoria da relação processual: confundiu os dois planos (processual e material).³⁶ Conclui, então, Liebman que o processo não é constituído pelas perspectivas de vitória, e sim “*dai mezzi, cioè dai poteri, diritti, oneri e soggezioni, dal cui combinato esercizio nascerà e spiegherà la sua efficacia il provvedimento finale*”.³⁷ Afirmou que as diversas posições subjetivas vinculam-se entre si em uma unidade contínua que é a relação processual (não podendo ser tratadas isoladas e suspensas no “vácuo”).³⁸

Também é forçoso concluir que a problematização de Goldschmidt, para além da discussão do acerto ou não da tese que propôs, trouxe bastante luz à necessidade de considerar que o processo não traduz simples configuração de relação obrigacional em seus termos tradicionais, sendo necessário um novo pensar a respeito da dinâmica dos sujeitos.

Nesse sentido, pontua o espanhol Jose Vicente Gimeno Sendra que a crítica de Goldschmidt (à relação jurídica) foi tão sólida que até mesmo os opositores deste tiveram de “aceitar o golpe”,³⁹ conciliando algumas de suas concepções à teoria da relação. Não obstante, Gimeno Sendra ataca tal postura conciliatória e, em especial, justamente a aceitação da categoria de ônus processuais, porque “*desvirtúan por entero el concepto o contenido de la relación jurídica*”.⁴⁰ O espanhol, portanto, indaga se se pode admitir a existência de relação jurídica em processo marcado por posições de ônus. Não por outra razão, classifica como falsas, aparentes⁴¹ – ou, ainda, esclerotizadas⁴² –, as teorias de relação processual que conciliam categorias de Goldschmidt (cuja premissa é a negativa de existência).

³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processual. *Rivista di Diritto Processuale*, v. I, p. 333-335, 1950.

³⁶ Nas palavras do italiano: “*perché la situazione giuridica, così com'egli l'ha configurata, non è il processo, ma l'oggetto del processo*”, pretendendo explicar “*iudicium*” Goldschmidt teria acabado por definir “*res in iudicium deducta*” (Idem, p. 336).

³⁷ Idem, p. 338.

³⁸ Idem, p. 332. Em sentido similar a Liebman defende José Maria Rosa Tesheiner que as situações subjetivas “*são momentos de uma relação jurídica. São frações temporais de uma relação interpessoal*” (TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 18-23, 2002).

³⁹ Tradução livre ao termo usado pelo autor. GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* (jurisdicción, acción y proceso). Madrid: Civitas, 1981. p. 171.

⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁴¹ Idem, p. 170.

⁴² Idem, p. 171.

É de se constatar, ainda, e desde logo para fins de se analisar o que ocorre especificamente no processo, que Goldschmidt bem apreendeu que os atos e posições dos sujeitos do processo, diferentemente do que ocorre nas relações (de direito material), não têm o condão de gerar efeitos determinados e imediatos aos seus sujeitos, sendo (tais efeitos) - notadamente quanto à resolução da causa - dinâmicos, difusos, e de certa forma, incertos, aos sujeitos parciais. Ou seja, como caráter distintivo de uma típica relação de direito material, o processo, além de, em regra, não *exigir* condutas dos sujeitos parciais (sob as vestes de uma típica obrigação), conforma os efeitos destas mesmas condutas de modo determinantemente distinto (pois difuso, progressivo e incerto) ao que ocorre na relação de direito material. Assim, e ainda comparando-se à relação de direito material, o processo, se por um lado confere maior liberdade de conduta aos sujeitos (parciais) – não lhe exigindo estritamente sua prática, sob pena de ilicitude e coercitividade -, por outro, retira bastante autonomia destes sujeitos quanto ao controle e imediatividade dos efeitos jurídicos destas mesmas condutas (em especial quanto ao conteúdo da resolução final).

Extrai-se, efetivamente, notável caráter distintivo entre o que ocorre no processo e o que ocorre nas típicas relações de direito material.

Pois bem, realizadas essas sínteses, tem-se que a partir das duas principais teorias – relação e situação⁴³ jurídica (esta na excludente e característica configuração defendida por Goldschmidt), aparentemente dividiram-se as absorções doutrinárias seguintes, conforme se passa a expor.

1.3 Clássicas contribuições às teorias de relação e situação jurídicas

Mesmo após a crítica de Goldschmidt, é de notar que a noção de Bülow obteve volumosa e referenciada adesão – na grande maioria conciliando com a tese de Goldschmidt (notadamente na concepção de ônus). Por outro lado, a teoria da situação (como excludente de relação) contou com relevantes adeptos no que se refere às posições dos sujeitos, e ainda que com destaque a outros aspectos do fenômeno processual (como o procedimento).

Neste ponto, e para fins terminológicos (e que serão aprofundados no capítulo 3), aponte-se desde logo que se tratará por *posição jurídica* a situação jurídica individual (ou seja,

⁴³ Nesse sentido concluiu o espanhol Jose Vicente Gimeno Sendra, de que a doutrina, “en líneas generales, gira en torno a la dos grandes Escuelas que crearon Bülow y Goldschmidt, encontrándose todavía en una y otra intransigentes partidarios” (Idem, p. 168). Do mesmo modo, foi constatado pelo uruguaio Eduardo Juan Couture “La doctrina dominante concibe el proceso como una relación o como una situación jurídica” (El proceso como institución. In: COUTURE, Eduardo Juan. *Studi in Onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1, p. 357).

atinente a um único sujeito) a partir da incidência normativa sobre o fato, indiferentemente de esta posição estar ou não inserida em uma relação (vinculada à posição de outro sujeito).

Pois bem, voltando aos teóricos, tem-se que, na década de 1940, o mexicano Eduardo Pallares⁴⁴ foi categórico ao afirmar que os atos dos sujeitos do processo se vinculam em relações. Para o mexicano, se os atos são jurídicos, a referência que geram são também jurídicas e, por conseguinte, são relações jurídicas. Preconiza, ainda, que o erro de Goldschmidt e de seus adeptos, ao negarem a existência de relação jurídica, foi o raciocínio de que, se ao processo não se encaixa o esquema de uma relação obrigacional de direito civil, isso resultaria, inescapavelmente, na inexistência de qualquer relação jurídica processual.

Destaca, entretanto, que o direito não pode ser concebido senão em relações prestacionais. Assim, não seria concebível norma jurídica que não imponha, proíba ou restrinja a liberdade dos sujeitos. Portanto, entende que o processo é formado de direitos e obrigações (ainda que não de mesma índole que o direito privado) e ônus (mas que não esgotam as posições no processo). Para o mexicano, usar de termos como ligame ou vínculo *não* jurídico para tratar da posição dos sujeitos é algo que nem sequer valeria a pena discutir, pois não seria uma discussão jurídica e, partindo da categorização aristotélica, afirma que a relação só faz sentido como termo relativo cujo conceito implica reciprocidade nessa consideração de um em relação a outro (assim, só se fala de autor em relação ao réu, e das partes em relação ao juiz).

Em meados século XX, o italiano Giuseppe Chiovenda⁴⁵ concebeu a relação e vínculo firmados, de natureza *complexa*, nuclearmente projetada entre o direito das partes na obtenção da prestação jurisdicional *devida* pelo Estado.⁴⁶ A compreensão de processo como relação jurídica, para Giuseppe Chiovenda,⁴⁷ era centrada na ideia de dever do órgão jurisdicional de decidir a demanda e, quanto às partes, o direito a tal provimento. Há, também, deveres das

⁴⁴ PALLARES, Eduardo. Crítica de las doctrinas sobre la relación jurídico-procesal. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, n. 31, 1946.

⁴⁵ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1957. v. 1, p. 47 e ss.; e *Principii di diritto processuale civile: le azioni il processo di cognizione*. Napoli: Jovene, 1965. p. 89 e ss. Pertinente apontar, desde logo, e ainda nesta breve introdução, ponto relevante das lições de Chiovenda quanto ao tema, ao distinguir a ação da relação processual: no que aquela teria de *concreto*, cuja existência vincula-se à efetiva existência do direito material deduzido pelo *autor*, esta seria “fonte di diritti per tutte le parti” e teria por conteúdo julgar as demandas das partes (vinculando-a, então, *abstratamente*, à tutela jurisdicional como decisão de mérito, e não à razão do autor - *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 49).

⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 48 e ss., do que se diferencia do conceito de direito de ação do autor, que é, diversamente, um direito potestativo que tem interface com a sujeição do *réu* (e não do Estado), ao provimento favorável àquele (Idem, p. 20).

⁴⁷ Idem, p. 49-50.

partes perante o juiz, e direito e deveres entre si.⁴⁸ Todos esses são coordenados em relação complexa (que é uma no *escopo*).

Para o também italiano Francesco Carnelutti,⁴⁹ o processo gera uma relação jurídica (e, logo, não se identifica com esta) ou, melhor, um “emaranhado” de relações jurídicas,⁵⁰ movimentando-se inescapavelmente por meio de conexões e vínculos que não poderiam ser algo diferente de uma relação jurídica.⁵¹ Carnelutti também sistematizou, com aprofundamento, a ideia de ônus apresentada por Goldschmidt, conforme se verá adiante.

No mesmo sentido, Piero Calamandrei defende que a relação se forma por várias e sucessivas situações jurídicas de oposição e colaboração direcionadas para o objetivo comum de provimento jurisdicional.⁵² Define que essa continuada colaboração imbrica-se a ideia de que a relação jurídica origina-se da “actividad de las partes como límite y condición”⁵³ do poder jurisdicional, em um “juego de potestades y de cargas”.⁵⁴

No mesmo sentido do supracitado Eduardo Pallares, Enrico Tullio Liebman, filiado à teoria da relação processual,⁵⁵ anota que a premissa de a relação processual não se enquadrar no esquema típico de relação obrigacional não traria, como resultado, a negativa da existência daquela, e, sim, sua diversa configuração. Não obstante, destaque-se desde logo que, conforme reconhecido por Liebman (e por relevante parte da doutrina que se alinhou à teoria da relação processual, como se tem visto), restou acolhida a lição de Goldschmidt quanto à posição de ônus.⁵⁶ Ocorre que tal categorização, repise-se, foi erigida como excludente⁵⁷ de efeitos jurídicos e vínculos para outros sujeitos que não o próprio onerado.

⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 50.

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 34 e ss.; Dei rapporti giuridici processuali. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XVIII, 1963.

⁵⁰ Para tanto, utiliza a expressão “groviglio” (Idem, *ibidem*). Tal palavra é traduzida, em geral, como “feixe” (como exemplo, DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida* cit., p. 83).

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo* cit., p. 36.

⁵² CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1962. v. 1, p. 336.

⁵³ Idem, p. 342.

⁵⁴ Idem, p. 342.

⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I, p. 62 e ss.; e L’opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processual cit. Nesse ponto, bem sintetiza Cândido Rangel Dinamarco, com temperamentos que serão tratados oportunamente (*Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I, p. 101 e ss.).

⁵⁶ E nas obras seguintes do autor, conciliando com a concepção de Fazzalari, tais como: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* cit., p. 63-65.

⁵⁷ Nesse sentido, GIMENO SENDRA. Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* cit., p. 170-1711

Rejeitando que a concepção de processo como relação jurídica seja a mais adequada para explicar o fenômeno processual, está o italiano Nicola Picardi,⁵⁸ citado e endossado por Elio Fazzalari⁵⁹ (este, também ao rejeitar a teoria da relação jurídica – como se verá no item seguinte).

Picardi, ao analisar as diversas e heterogêneas concepções de processo, concentra-se naquela que verifica como a menos vaga das teorias de processo como relação jurídica, o que seja, naquela conceituada como “*correlazione di posizioni giuridiche soggettive semplici*”⁶⁰ (designando correlação como “*un nesso fra due posizioni soggettive semplici per cui l’una è interdipendente dall’altra*”).⁶¹ Argumenta, então, na dificuldade de enquadrar as posições processuais (senão apenas algumas) na aceção rigorosa de posições em correlação, o que seja, direito e dever.⁶² Não obstante, entende que essa dificuldade cederia espaço, se se considerar como posições as de poder e sujeição, hipótese em que a teoria de relação processual seria aplicável, mas de modo “setorial”,⁶³ pois revolveria um complexo de relações inapto a explicar o caráter dinâmico, unitário e, principalmente, progressivo do processo.⁶⁴ Nesse sentido, não auxiliaria na explicação do fenômeno da sucessão do processo – tema central abordado na obra do italiano.

O italiano adota, então, a concepção de processo como procedimento em série ordenada de posições jurídicas (estas como atos valorados normativamente).⁶⁵ Acrescenta que o *nexo* que ligaria, de modo sucessivo, os atos no procedimento seriam os prazos prescritos para a prática de tais atos.⁶⁶ Nesse sentido, destaca os aspectos *temporal e cronológico* dos atos do procedimento (repita-se, cuja dinâmica e progressividade não poderiam ser explicadas pela concepção de relação jurídica).

Na essência, então, do pensamento de Picardi extrai-se seu esforço em explicar o *nexo* entre os atos (e as posições subjetivas) como o próprio tempo (que deve ser considerado, tão logo, não como um fato, mas como uma dimensão em que os fatos são inseridos), ou melhor, lapso temporal (ou prazo processual) entre um ato e outro, no que distingue, por sua vez, em prazos dilatatório, peremptório e cominatório, a depender da relação e efeito

⁵⁸ PICARDI, Nicola. *La successione processuale: oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 23-78.

⁵⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 75, nota 6.

⁶⁰ PICARDI, Nicola. *La successione processuale: oggetto e limiti cit.*, p. 45.

⁶¹ Idem, p. 45-46.

⁶² Idem, p. 49.

⁶³ Idem, p. 49-50.

⁶⁴ Idem, p. 50-51.

⁶⁵ Idem, p. 61-63.

⁶⁶ Idem, p. 71-72.

(extintivo ou não) da posição precedente (o dilatatório e cominatório prolongariam a posição – permitindo o ato, ainda que tardio; e o peremptório, não).⁶⁷

Note-se, de todo modo, que, à exceção do prazo peremptório, os demais prazos não dão a exata ideia de sucessão ordenada e cronológica, considerando que se protraem no procedimento ou podem ser praticados a “destempo”. Assim, à concepção do italiano se pode atribuir a mesma falta de exatidão sistemática e sucessiva que atribuiu à concepção de relação jurídica. Neste sentido, também não parece errôneo constatar que o procedimento não se desenvolve nessa total (e eventualmente desejada) *linearidade* idealizada por Picardi. Os atos processuais realizam-se, não raras vezes, de modo contemporâneo, dando ensejo a efeitos diversos, efetivamente, em rede ou emaranhado, de modo que a complexidade a que se atribui à relação também está presente nesse recorte explicativo de procedimento.

1.3.1 *Especificamente quanto à teoria de Elio Fazzalari – processo como concatenação de atos e posições em contraditório no procedimento – alinhamento e acréscimo estruturante à teoria de situação jurídica de Goldschmidt*

O italiano Elio Fazzalari, acrescentando noção relevante à qualidade do processo, também criticou a caracterização do processo como relação jurídica,⁶⁸ a qual – com o conceito, igualmente de matriz pandectista, do direito de ação (esta criticável na medida em que é concebida de modo restritivo e limitado ao ato inaugural do processo – propositura da demanda) – estaria ultrapassada e seria inidônea.⁶⁹ Para Fazzalari, a estrutura da relação jurídica seria, em essência (e ainda que tratada sob o plano da posição subjetiva)⁷⁰ muito simplória para absorver e expressar a complexidade do processo, sendo esquema estático que não representaria a dinamicidade do processo.⁷¹

A parti daí, Fazzalari explica o processo como procedimento em contraditório.⁷² A sequência de atos, normas e posições jurídicas (que formam as três angulações do procedimento)⁷³ deve ser estruturada de forma dialética, e em paridade, entre os destinatários

⁶⁷ PICARDI, Nicola. *La successione processuale: oggetto e limiti cit.*, p. 67-70.

⁶⁸ E que nominou de “vecchio e inadatto cliché pandettistico” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale cit.*, p. 75).

⁶⁹ Idem, p. 103 e ss.

⁷⁰ A posição subjetiva é referenciada por Fazzalari como posição abstrata do sujeito perante norma (Idem, p. 279).

⁷¹ Nas palavras de Fazzalari: “[...] il rapporto è schema semplice, che non può contenere la complessità del processo (assumere che quello processuale è rapporto giuridico *complesso* è pura convenzione di linguaggio, che tiene conto della realtà, ma non la spiega, implicitamente rimandando ad altro); nè, quale schema statico, può rappresentarne la dinamica” (Idem, p. 104).

⁷² Idem, p. 8 e 82 e ss.

⁷³ Idem, p. 78.

finals da atividade jurisdicional.⁷⁴ Nesta angulação, insere a posição do sujeito sob o aspecto da valoração normativa do ato – e, não da posição em si, concretamente, e em sua (eventual) vinculação jurídica com outros sujeitos. Afina-se, assim, nesse ponto, à teoria de Goldschmidt.

Ainda que se pretenda atribuir compatibilidade (ou melhor, de concepções não excludentes) entre a teoria de Fazzalari ao conceito de relação jurídica⁷⁵ com essa acepção, não se pode convergir sem mutilar a acepção de Fazzalari, que inequivocamente pretendeu construir (ou aderir a) uma teoria substitutiva.

Mesmo que possa parecer que entender o processo como procedimento e sequência de atos jurídicos em contraditório não exclui que se formem relações jurídicas no processo, não é demais lembrar que Fazzalari reiteradamente rejeita essa última conformação. É possível extrair que Fazzalari, ao abdicar (por simples, inadequada e estática)⁷⁶ da concepção de relação jurídica (e de direito subjetivo, adiante-se), objetiva substituir o amálgama dos vínculos jurídicos pela dinâmica do contraditório.⁷⁷ A vantagem seria efetivamente uma participação de paridade das partes, perante o juiz, na preparação do ato final.⁷⁸ Em outras palavras, a ideia de igualdade e paridade do contraditório seria incompatível com os amálgamas típicos de superioridade/subordinação que compõem a dinâmica de uma relação jurídica.⁷⁹

Nota-se, contudo, que substituir o vínculo (campo eficaz de nexos entre posições subjetivas, em linha reta/sem ângulo) por uma norma - fundamental (do contraditório) - apenas muda o plano de análise porque desvia o foco das concretas posições jurídicas dos sujeitos (em relação) para amalgamar (em ângulo, de planos distintos), no procedimento, os atos e as posições no modo dinâmico de (oportunização de) participação que aludida garantia impõe. Como enfatiza o brasileiro Aroldo Plínio Gonçalves, a garantia (do contraditório) e a relação jurídica (como vínculo de sujeição) “vêm de esquemas teóricos distintos”.⁸⁰ Arremata, então, que o processo como relação jurídica e como procedimento realizado em

⁷⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 83.

⁷⁵ Assim compreende relevante parte da doutrina, como exemplos, tem-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 30; DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida* cit., p. 84.

⁷⁶ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 103-104.

⁷⁷ Em outra obra o italiano afirma (sem exatamente descrever que natureza jurídica atribui) que as séries de posições e atos, por meio do contraditório (e das partes perante o juiz), “sono mutuamente implicate” (FAZZALARI, Elio. *Processo civile (diritto vigente)*. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 177).

⁷⁸ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 83.

⁷⁹ Nesse sentido e reforçando a incompatibilidade da teoria de procedimento em contraditório perante teoria de relação jurídica, veja-se GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. em especial, p. 192 e 230.

⁸⁰ Idem, em especial, p.192.

contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro”⁸¹ e, então, “não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual”⁸².

Nesse ponto, é possível constatar, contudo, que dilucidar o fenômeno processual com instrumentos de planos distintos (norma e posições subjetivas) não significa, nesse específico aspecto, que sejam categorias explicativas excludentes (justamente porque se referem a esquemas distintos). Nesse sentido, e não obstante não sejam excludentes, é possível que uma destas abordagens seja mais satisfatória, completa e útil. Isso será analisado adiante ao se destringir especificamente as posições.

De todo modo, é possível constatar que a teoria de Fazzalari, para além de se afinar com a de situação jurídica de Goldschmidt (sujeito perante a norma sem vinculação aos demais sujeitos),⁸³ avança ao qualificar o *iter* de atos e posições do sujeito (diante da norma) como procedimento em contraditório. Contraditório este, portanto, não na acepção de direito subjetivo,⁸⁴ e que imporia, de algum modo, enquadramento de vínculos jurídicos entre os sujeitos.

Pela especial peculiaridade da teoria de Fazzalari, bastante vinculada com sua concepção de ação, voltaremos a tratar do autor, novamente, em item específico sobre a ação.

1.3.2. Primeiras absorções brasileiras à teoria de Bülow

Não obstante recentes críticas à teoria de relação jurídica, é de constar que a teoria da relação jurídica processual tendeu a reunir a maioria da doutrina nacional, com atuais problematizações (conforme se verá adiante). A concepção de relação antes advinda via influência do direito lusitano foi reforçada,⁸⁵ com enfoques mais atuais, com o italiano

⁸¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. em especial, p. 192.

⁸² Idem, *ibidem*.

⁸³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 78.

⁸⁴ A respeito das categorizações que excluem a ideia de direitos processuais, Roberto Del Claro (em nota na qual se refere a Goldschmidt, mas aplicável a Fazzalari pela aproximação de objeções à relação), lança crítica, pois, para o brasileiro, “o fracasso das teses que buscam a construção de sistemas processuais a partir de linguagens e categorias próprias”, negando a ideia de direitos, seria tributado ao fato de que “nenhuma de tais teorias conseguiu demonstrar a imprescindibilidade de tal abordagem para a compreensão do processo” (DEL CLARO, Roberto *Direção material do processo*. 2009. Tese (Doutoramento) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 58).

⁸⁵ É importante lembrar que a doutrina do processo civil brasileiro, ainda que com influxos esparsos de outros sistemas, havia sido, até então, essencialmente delineada e inspirada pelo direito português. E, como exemplo do entendimento prevaletente de que há relação jurídica entre as partes, remete-se o leitor ao brasileiro MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969. p. 49-74. E especificamente quanto à história do direito processual civil vide: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

Enrico Tullio Liebman⁸⁶ (a partir da década de 1940)⁸⁷ – cujo pensamento aderente à relação foi exposto anteriormente. A teoria partiu da Alemanha à Itália e, então, para o “mundo latino”.⁸⁸ Adverte, contudo, José Frederico Marques que, antes da vinda do italiano, no Brasil a concepção de relação jurídica não foi de rápida absorção.⁸⁹ Para tanto, cita o também brasileiro Luiz Machado Guimarães quanto à evolução do termo instância para relação processual,⁹⁰ em obra de 1939.

Nesse sentido, concluiu o processualista carioca Luiz Machado Guimarães⁹¹ que a relação processual é “instrumento técnico útil e fecundo”, em especial por “corresponder à exigência de uma concepção unitária do processo”,⁹² superior à ideia de procedimento⁹³ (que seria o meio “extrínseco e exterior” em que a relação inicia, desenvolve e se extingue).

Importante, ainda, ressaltar a também refletiva adesão, por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, à teoria da relação jurídica,⁹⁴ do qual é conhecida a lição de a discussão ser “falsa questão”.⁹⁵ Esse jurista brasileiro opôs dura crítica à teoria de situação, na acepção de situação jurídica que não une dois sujeitos (ou seja, situação como algo distinto, e não uma

⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* cit., p. 62 e ss.; e L’opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processual cit.

⁸⁷ Influência esta expressamente reconhecida e lembrada por Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes em: *Teoria geral do novo processo civil*: de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016 cit., p. 34-36; por MARQUES, José Frederico. *O direito processual em São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 1-5.

⁸⁸ Conforme historia José Frederico Marques, em: *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1, p 112-114.

⁸⁹ Idem, v.2, p. 72.

⁹⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 72.

⁹¹ MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Estudos de direito processual civil* cit., p. 33-69. Nessa obra, Guimarães, criticando o uso do termo *instância* (pois disforme e pouco consensual) a partir da influência das Ordenações Filipinas sobre a legislação da época (que utilizava o termo seja para designar juízo, grau de jurisdição, feito, entre outros), defendeu que conceito de instância deveria ser absorvido pelo de relação processual. Apesar de ter consagrada, no Brasil, a concepção (já existente à época dos escritos de Machado Guimarães) de instância como grau de jurisdição (exemplifique-se, pois inúmeras as ocorrências, nos arts. 76, § 1.º, e 689 do Código Processual brasileiro de 2015), no Código Processual português, na explicação de José João Baptista, a relação processual é designada como instância (BAPTISTA, José João. *Processo civil I*: parte geral e processo declarativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 94). Verifica-se, contudo, que nos termos do Código Processual português (até os dias atuais – inteiro teor em http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12. Acesso em: 28 ago. 2016), o termo é usado ora como grau de jurisdição (art. 273, V, quando fala em “julgamento em 1.ª instância”), ora (ainda que majoritariamente) como se possível equivalente de relação processual (como em geral se extrai das disciplinas dos arts. 264 a 319).

⁹² MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Estudos de direito processual civil* cit., p. 67-68.

⁹³ Idem, p. 74.

⁹⁴ A esse respeito, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Relação jurídica processual* cit., p. 88-119.

⁹⁵ Idem, p. 90.

etapa da relação). Entende ser “fora de todo valor lógico e científico”⁹⁶ uma relação entre sujeito e norma (pois são planos diferentes) e justamente porque a regra jurídica destina-se a regular relações entre pessoas, vinculando-as.⁹⁷ Arremata que, por “obscuridade do sujeito passivo em certas categorias jurídicas ou do sujeito ativo, mudar de plano é mudar de linguagem e tomar atitude anticientífica”.⁹⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ainda pontua que o que se tem por relação processual equivale à totalidade de relações surgidas no processo e que confundir a parte pelo todo teria sido o erro da teoria de Goldschmidt.⁹⁹

Não obstante, verifica-se tendência à constatação do caráter *insatisfatório*, para o processo, da concepção (obrigacional) de relação jurídica, ainda que se bifurcando em conclusões negando-lhe destaque ou guarida (propondo outras em substituição) ou naquelas defendendo que da incompletude da teoria exigir-se-ia maior aprofundamento ou devidas adaptações/reparações ao que ocorre no processo.

É o que se verifica também nos mais recentes trabalhos sobre o tema, e que se passa a perscrutar.

1.4 Recentes problematizações a respeito da natureza do processo

Traçando como recentes as contribuições existentes a partir da década de 80 do século XX nos principais países com histórica interlocução com os estudiosos brasileiros (em especial, mas não exclusivamente, os de origem latina, seja na Europa Ocidental, tais como Espanha, Portugal, Itália, como respectivos países do continente americano), passamos a verificar algumas das principais teorizações.

O espanhol Jose Vicente Gimeno Sendra, estando o processo formado essencialmente por posições de ônus (e, assim, não formadoras de relações jurídicas), adere, em grandes linhas, Goldschmidt, acrescentando, contudo, que há situações (pontuais) de efetiva obrigação (a ser examinada sob o ponto de vista do direito positivo). E, no mais, que as situações

⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1, p. 129.

⁹⁷ Idem, *ibidem*.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Nas palavras do brasileiro: “A todo processo corresponde relação jurídica processual ou totalidade de relações jurídicas processuais, [...]. É preciso que não se confundam as situações jurídicas que são estados particulares, durante o processo, e a relação jurídica processual, que apanha todo o processo e independe de subsistirem algumas daquelas situações. O erro de James Goldschmidt, na luta contra a concepção de relação jurídica processual, resultou, principalmente, desta confusão” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Relação jurídica processual cit.*, p. 117).

jurídicas como um todo, no processo, além de serem dinâmicas e sucessivas, ocorrem sob o contraditório das partes.¹⁰⁰

A processualista portuguesa, Paula Costa e Silva,¹⁰¹ em espessas páginas nas quais se dedicou às situações processuais, discorreu não se poder atribuir contraposição das posições a outras posições do sujeito. Justificando seu entendimento, assim analisa detidamente as posições em confronto com concepções civilistas de direito obrigacional (direito/prestação) e de direito potestativo (poder/sujeição), não verificando enquadramento das situações processuais nessas categorias. Inclusive quanto aos deveres processuais, que seriam deveres genéricos, ou absolutos, por não poder se contrapor a “uma concreta situação da parte contrária”.¹⁰²

Por outro lado, extrai que no direito de ação as situações processuais devem ser integradas,¹⁰³ estas como *decomposição* daquele (como situação jurídica complexa que seria).¹⁰⁴ Nesse ponto, e quanto ao direito de ação, conclui haver relação jurídica, pois importa direito de a parte exigir “uma actuação concreto do tribunal e um dever deste tribunal de apreciar o acto praticado”.¹⁰⁵ Ao final, ainda, alude que tal relação gerada pelo direito de ação, no tocante ao demandado, é direito potestativo, pois a este imporá sujeição.¹⁰⁶

O processualista uruguaio, Enrique Véscovi, ao tratar das discussões a respeito da natureza do processo (destacando a importância concreta na análise teórica, pois impacta no modo de regulação jurídica do fenômeno processual), entende que a situação jurídica (em que se posicionam os sujeitos “con respecto a la norma que lo comprende” e derivada de um ato)¹⁰⁷ pressupõe a existência de relação jurídica.¹⁰⁸ Enfatiza, no entanto, que, no processo, a relação não se identifica com a relação típica de direito civil (em que se destacam as situações de direito subjetivo e dever jurídico); afirma que, quanto à relação processual, “su estructura especial le da una fisonomía particular”.¹⁰⁹

¹⁰⁰ E nesse ponto, digna-se, similar ao que defende o italiano Elio Fazzalari (GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* cit., p. 171-175).

¹⁰¹ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: RT, 2019. p. 122-161.

¹⁰² COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo* cit., p. 154.

¹⁰³ Idem, p. 136.

¹⁰⁴ Idem, p. 142.

¹⁰⁵ Idem, p. 145.

¹⁰⁶ Idem, p. 161.

¹⁰⁷ VÉSCOVI, Enrique. *Manual de derecho procesal*. Montevideu: Idea, 1991. p. 277.

¹⁰⁸ Idem, p. 122-123.

¹⁰⁹ Idem, p. 124.

1.4.1. Especificamente quanto às discussões recentes no Brasil

A teoria da natureza do processo tem sido objeto de problematização também por processualistas brasileiros¹¹⁰ nas últimas décadas.

A mais recente doutrina tem colocado sob questão a compatibilidade do conceito de relação jurídica processual com o imperativo da instrumentalidade do processo civil moderno, merecendo destaque José Roberto dos Santos Bedaque, o qual defende a redução da importância e do significado clássico projetado à ideia de relação jurídica processual. Para o processualista, a origem da sistematização da teoria da relação jurídica (em Bülow), vinculada à concepção dos pressupostos processuais, tende a um formalismo exacerbado ao se ater a esses pressupostos de modo desconectado das finalidades (interesses que as normas pretendem proteger), e, assim, utilizá-los como óbices ao julgamento do mérito.¹¹¹ Aqui merecem destaque as considerações feitas acima quanto à teoria de Bülow e a suas críticas, mais afeitas à contrariedade da importância dos pressupostos processuais para o julgamento do mérito quanto, à propiamente, a existência ou não de relação jurídica e seus específicos contornos e conteúdo.

Cita-se, também, Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar existir *crise* da teoria da relação jurídica perante o processo no Estado constitucional, considerando que tal teoria não teria evoluído de sua concepção original (em Bülow) enraizada de “conceitualismo ou do cientificismo neutro próprios à pandectística”.¹¹² Sugere, em arremate, categorizar o processo como “procedimento adequado aos fins do Estado constitucional”, pretendendo mostrar distinção com a tese de Fazzalari, pois, para além do enfoque da “legitimidade pelo procedimento” (em contraditório), incluir-se-ia a atenção finalística dos escopos do processo.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em outro enfoque, afasta a teoria da relação jurídica processual por ausência de dinamicidade, o que faz ao afirmar que adoção disseminada da teoria da relação jurídica é apenas *nominal*, pois o processo se constituiria de “diversas posições jurídicas subjetivas”.¹¹³

¹¹⁰ Como exemplos temos: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 190; MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais (UniBrasil)*, v. 6, p. 275-306, 2007.

¹¹¹ BEDAQUE. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 191-195.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional cit., p. 275-306.

¹¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 112.

Por fim, é de destacar recentíssimo estudo de Paula Sarno Braga,¹¹⁴ o qual, ao abordar o tema da natureza jurídica do processo (e suas teorias), defende que o processo, como dinâmico,¹¹⁵ não pode *ser* relação jurídica (estática) – ainda que gere, no plano *eficacial*, diversas relações jurídicas (as quais, para Braga, são espécie do gênero situação jurídica, gênero que compreende, também, situação jurídica *stricto sensu* – não relacional; todas realidades possíveis derivadas dos atos processuais).¹¹⁶ Conclui como mais adequado categorizar o processo como “ato (procedimental) potencialmente eficaz”,¹¹⁷ pois o designa por fenômeno dinâmico e que abarca tanto as situações relacionais como as não relacionais que nascem geradas na marcha processual.¹¹⁸

¹¹⁴ BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. 2015. Tese (Doutoramento) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. O estudo tem por objeto a análise da efetiva diferença entre norma de processo e norma de procedimento, com enfoque nas competências para legislar, e em que conclui inexistir “distinção entre elas que sirva de critério para repartir a competência legislativa” (Idem, p. 233). Em conclusão oposta, defendendo sensível dessemelhança (e não dissociação, como alerta no estudo), está Maria Carolina Silveira Beraldo (*Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988: normas processuais e procedimentais civis*. 2015. Tese (Doutoramento) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015). Para essa, processo deve ser concebido “método pelo qual o Estado exerce seu poder, prestando jurisdição”, e as normas que o disciplinam, então, regulam, em abstrato, o exercício do poder, enquanto as procedimentais disciplinam a concretização da função jurisdicional (processo e procedimento, portanto, como duas “realidades” em campos distintos da abstração e concretização, respectivamente, e, na mesma ordem, de dinâmica função e estático ato). Para chegar à aludida diferenciação, Beraldo aparta o que chamou de “paradigma do processo como relação jurídica” (pois “não se pode definir um instituto pelo que ele abarca ou contém”), relação esta que seria “tão processual quanto procedimental” pois processo e procedimento “se entrelaçam no exercício do poder”. Beraldo, então, e em apertada síntese ao que interessa ao objeto desse projeto, identifica o processo com ênfase no vértice do sujeito estatal (juiz) no exercício do poder jurisdicional; destina, por outro lado, a regulação da atividade dos outros sujeitos às normas de natureza *procedimental* (afirma que ação e defesa são disciplinadas, tão somente, por normas procedimentais). É de se concluir, nesse ponto, e mesmo considerando que a autora defende que no âmbito dos sujeitos haja *fluidéz* entre as naturezas processuais e procedimentais que regulam a relação jurídica (o que, por si só, apresenta dificuldade na identificação das normas), afirma que os sujeitos da relação jurídica estão em *planos diferentes* (juiz, no abstrato, sujeitos parciais, no concreto).

¹¹⁵ A respeito dessa recorrente crítica de a relação (em especial análise à relação obrigacional) não ter a *dinâmica* que representa o processo, é relevante apontar que não é realidade posta na doutrina de direito obrigacional. Há recente trabalho, nas searas do direito civil, propugnando, justamente, que a obrigação, em seu desenvolvimento, é *dinâmica*, e, portanto, é processo. O brasileiro Clóvis do Couto e Silva propugna, nesse sentido, que a obrigação, vista de modo amplo, “abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principalmente secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas”. Ainda conforme esse autor, apenas em abordagem estrita poder-se-ia considerar apenas os elementos do crédito e do débito. Assim, a relação obrigacional como um processo apresentaria mais do que as clássicas posições antagônicas (de crédito e débito), dando espaço à verdadeira matriz cooperativa e orgânica cujo “nexo finalístico tem posição relevante”. Arremata, então: “Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 19-22).

¹¹⁶ BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro cit.*, p. 121-122.

¹¹⁷ Idem, p. 122.

¹¹⁸ Idem, p. 122-125.

Daniel Francisco Mitidiero, ao analisar as principais teorias do processo – que classifica como relação jurídica e procedimento em contraditório –, critica aquela difundida por Bülow e se alinha à segunda teoria.¹¹⁹ Em entendimento similar ao do processualista Marinoni (exposto anteriormente), e para além das considerações correntes (empréstimo de esquema do direito privado e ausência de dinamicidade), classifica a teorização de relação jurídica como imbuída “de uma inadequação ideológica”¹²⁰ e incompatível com a “contínua construção de um Estado Democrático e Social de Direito”.¹²¹ Isso pois as supostas neutralidades e purezas científicas seriam, em realidade, “veículo bastante apropriado para então veicular a ideologia burguesa consagrada na Revolução Francesa, construída à base do individualismo próprio do homem da época”.¹²² Nesse sentido, a neutralidade seria indesejada porque vulnerável “aos sabores dos detentores de poder”.¹²³ Entende, então, que a teoria de Elio Fazzalari seria a mais apta a explicar a dinamicidade do processo (sem os vícios da influência de categoria de direito privado, da qual seria extraída a relação jurídica), o caráter dialético do contraditório (baluarte da democracia participativa).¹²⁴

Desta exposição é possível tecer, desde logo, algumas ponderações. A primeira é a de que, como esquema técnico neutro, a relação jurídica pode, por evidente, absorver os postulados axiológicos vigentes, como natural aos conceitos lógico-jurídicos, e conforme lições de Fredie Didier Jr.¹²⁵ Igualmente, falar que relação é postulado liberal burguês, além de não fazer jus às evoluções dessa época à estrutura de direito (em cuja disputa não se pretende adentrar na presente pesquisa), não expõe de modo completo e adequado a ideia da obra do civilista citado como referência dessa constatação, qual seja, Orlando de Carvalho. Esse autor, apresentando tal crítica de “neutralismo ideológico, de cientismo, de anti-humanismo e, em último termo, de conceitualismo” da pandectista, idealizadora de conceitos e de abstrações, da teoria da relação jurídica, pondera, ao final, que a teoria geral e a relação jurídica, antes de serem perniciosas a um Estado de objetivos sociais e concretos, são úteis

¹¹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 138-145.

¹²⁰ Idem, p. 141-142.

¹²¹ Idem, p. 138-145.

¹²² Idem, *ibidem*.

¹²³ Idem, p. 143.

¹²⁴ Idem, p. 143.

¹²⁵ Para esse autor, a depender da generalidade de conceitos, estes serão fundamentais/lógico-jurídicos, marcados pela vocação de validade universal e úteis a toda norma. São os conceitos de ato jurídico, fato jurídico, relação jurídica (todos com a qualidade *processual* ao se tratar de teoria geral *do processo*). Esses conceitos servem de fundamento para a construção de conceitos jurídico-positivos, estes, por suas vezes, marcados pela historicidade e direito vigentes (DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida* cit., p. 48-54).

e compatíveis na medida de sua reformulação com ênfase na pessoa (a dizer, de perspectiva, para além de estrutural, *funcional*).¹²⁶

Não fosse isso suficiente a demonstrar a superficialidade da crítica, há vozes ressoando justamente o contrário: que, no processo, a teoria sistematizada por Bülow trouxe caráter *socializante*, público, e com (talvez indesejável) maior destaque ao papel do juiz em relação às partes, e efetivamente como relação ao processo privado das partes. É o que pondera Dierle José Coelho Nunes, assinalando que “a proposta alardeada por linhas recentes da sociologia ou do Direito Processual”,¹²⁷ no sentido de “aprimoramento do sistema jurídico mediante a boa escolha de juízes, seu decorrente ativismo judicial”¹²⁸ encontraria origem e raiz no pensamento de Bülow (além de outros pensadores que cita). Conclui, contudo, que, em que pese compreensível o movimento (à época) de supremacia dos interesses privados na jurisdição, “a defesa pura e simples do protagonismo judicial como chave e solução de boa parte das mazelas do sistema”¹²⁹ é, atualmente, “no mínimo, ingênua”.¹³⁰

Não obstante, Nunes, defendendo ausência de hierarquia entre os sujeitos do processo (inclusive entre partes e juiz) – entre os quais haveria apenas interdependência –, adere ao entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves¹³¹ no sentido de que relação jurídica pressuporia subordinação/submissão, razão pela qual inadequada a explicar o processo.¹³² Assim, afinase (ainda que com incrementos e ponderações) à concepção de Fazzalari pois mais afeita ao debate dialético democrático dos sujeitos¹³³ (e que seria incompatível com a teoria de Bülow, centrada na “sabedoria do juiz”).¹³⁴

Quanto à não dinamicidade e necessária ideia de subordinação de interesses, como óbices à absorção da teoria da relação jurídica, analisar-se-á em capítulos adiante desta pesquisa.

1.4.2 Breve notícia a respeito de algumas das minoritárias teorias da natureza do processo

Apenas a título de notícia, faz-se oportuno mencionar que há outras categorias defendidas por outros doutrinadores a respeito da natureza do processo, mas que não serão

¹²⁶ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

¹²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed (2008). 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 103.

¹²⁸ Idem, *ibidem*.

¹²⁹ Idem, p. 104.

¹³⁰ Idem, *ibidem*.

¹³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo* cit., em especial, p.192; e p. 230.

¹³² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático* cit., p. 204 e 256.

¹³³ Idem, p. 203-208.

¹³⁴ Idem, p. 207.

utilizadas no presente trabalho seja porque não conferem instrumentos ao aprofundamento das posições das partes, seja porque incompatíveis com a evolução atual da ciência. São elas: a teoria de processo como instituição e como contrato ou quase contrato.

A primeira possui como maior referência o espanhol Jaime Guasp,¹³⁵ tendo contado com a adesão (com ressalvas) do uruguaio Eduardo Juan Couture.¹³⁶

Para o espanhol, o enquadramento da natureza do processo em alguma categoria jurídica geral é premente pois é *insuficiente* que se trate de processo como vínculo entre sujeitos ou como ato complexo. Seria necessário, então, *unificar* a multiplicidade de vínculos e relação a uma “unidade superior”,¹³⁷ a instituição. E, além de outros caracteres que utiliza para inserir o processo como instituição, como hierarquia e como universalidade, destaca-se a concentração das relações jurídicas processuais e vontades individuais a “ideia comum e objetiva” da “satisfação de uma pretensão”.¹³⁸

É, pois, certo admitir que com tal teoria não pretendeu Guasp afastar a construção de processo como relação jurídica,¹³⁹ mas, sim, conferir um *plus* que unificaria a pluralidade de relações processuais encerradas no processo. Não obstante, e sem almejar se aprofundar se se trata, ou não, o processo também de instituição, essa categorização não acrescentou elementos ao conteúdo e dinâmica das posições processuais,¹⁴⁰ enfoque principal do presente estudo.

Ainda, quanto à categorização de processo como contrato ou quase contrato,¹⁴¹ destaca-se que a natureza pública que se conferiu à atividade jurisdicional retirou a premissa de que o juiz se vincularia à vontade das partes em sua atuação. Ao máximo, pode-se afirmar que há elemento de vontade no autor, ao ajuizar a demanda (e das partes, em geral, nas

¹³⁵ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961. t. 1, p. 19-24), mais recentemente seguido pelo brasileiro João Batista Lopes (A natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013).

¹³⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 17. imp. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 141-145; do mesmo modo, o mesmo autor em *El proceso como institución* cit., p. 353.

¹³⁷ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil* cit., p. 22.

¹³⁸ Idem, *ibidem*.

¹³⁹ Do mesmo modo, o uruguaio Eduardo Juan Couture expressamente consignou que a teoria de processo como instituição “no excluye la concepción del proceso como relación jurídica”. Não obstante, propugna e retirada do conceito de relação como categoria jurídica processual. Isso pois defende que a relação existente no processo não seria propriamente jurídica, e, sim, “real o mental” ligando os sujeitos pelo seu objeto comum (COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 145 e 132-133, respectivamente).

¹⁴⁰ No mesmo sentido dessa constatação: CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo cit., p. 39-54.

¹⁴¹ A respeito dessa histórica concepção e outras minoritárias. vide ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general y historia del proceso*. México: UNAM, 1974. v. 1, p. 377-448.

condutas), mas efetivamente não bem explica o caráter público e imperativo dos vínculos e *efeitos* gerados.

1.5 Arremate do capítulo: núcleo comum das discussões

Do aprofundamento teórico das críticas que se apresentam à teoria da relação jurídica é possível verificar o recorrente apontamento a um vício de fonte (empréstimo de conceitos e acepções da relação obrigacional de direito material). Tal fonte seria inapta às peculiaridades do processo dinâmico, cuja interação exige específica explicação.

Não obstante, verifica-se que as teorias que criticam a relação jurídica também trazem invariavelmente, no objetivo de construir de uma explicação mais adequada, categorias típicas também de outras áreas do direito (tais como procedimento, ato, situação, entre outros).

Igualmente, observa-se que as teorias a propugnar que os efeitos dos atos não vinculam as partes (situações não relacionais, dos sujeitos em si mesmos com a norma) defendem que a “integração” (aparentemente, portanto, não jurídica) das posições deriva do conteúdo que se pode atribuir à ação¹⁴² – em que se decompõem as situações, as quais, por sua vez, não são ligadas entre si como relações – ou, ainda, tal integração é fixada por princípios constitucionais (notadamente o contraditório).

Assim, mostra-se relevante, além da tentativa de recolocação da relação entre ação e processo, aprofundar o conteúdo das posições processuais, sem o que se mostra, mais do que improficuo,¹⁴³ imprudente qualquer tomada de posição a respeito das teorias dispostas (ou da aptidão de suas críticas). Possível, ainda, em tal análise, verificar se, em confronto com a descrição de posições, a absorção do processo como relação se fez de modo aparente/açodado, por exemplo, como alertou o espanhol Jose Vicente Gimeno Sendra¹⁴⁴ ao defender

¹⁴² Como o fazem, por exemplo, a portuguesa Paula Costa e Silva (*Acto e processo*: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit., p. 136 e ss) e o italiano Elio Fazzalari (*Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 426-427).

¹⁴³ Como bem destacou o mexicano Eduardo Pallares, ao falar de relação processual: “No se adelanta nada cuando se postula que el proceso ès relación jurídica autónoma, unitaria, compleja, colaborante, tridimensional, etc., se no se tiene una idea clara de lo que es una ‘relación jurídica’” (PALLARES, Eduardo. Crítica de las doctrinas sobre la relación jurídico-procesal cit.); não por outra razão a crítica de James Goldschmidt de que “sobre o conteúdo da relação processual domina a mais absoluta escuridão”. Em: GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 11-23; e em *Direito processual civil* cit., p. 16-18.

¹⁴⁴ GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* (jurisdicción, acción y proceso) cit., p. 171.

como inconciliável a adoção de categorias da teoria de Goldschmidt e a manutenção da aceitação de processo como relação.

Nesse sentido, também faz-se necessário, como categoria comum às teorias, verificar de modo mais minucioso o que se tem por posições jurídicas assumidas pelos sujeitos do processo (com enfoque nos sujeitos parciais) e as variações a depender da concepção de processo, para, a partir de então, identificar os pontos de distanciamento e aproximação entre as teorias de situação e relação e sua adequação ao fenômeno processual.¹⁴⁵ Igualmente, constatar-se-á em que medida emprestaram conceitos de outros ramos do direito e no que efetivamente criaram categorias novas ou específica e adequadamente as moldaram ao fenômeno processual.

Antes desse ponto, contudo, e para bem compreender os díspares conteúdos, a depender da teoria adotada para explicar a natureza do processo, das posições e de seus modos de correlação, é oportuno que se verifique como do conceito de ação utilizado refletem compreensões a respeito da posição dos sujeitos e da natureza do processo. Essa análise será, por certo, sintética, haja vista fugir aos escopos deste trabalho realizar uma incursão profunda no tema.

¹⁴⁵ Propugnando pela necessidade de analisar as situações processuais para verificar se há relação entre as partes, vide, exemplificativamente, PICARDI, Nicola. *La successione processuale: oggetto e limiti cit.*, p. 45-50; CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 159; COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit.*, p. 146.

2 AÇÃO, PROCESSO E POSIÇÕES DOS SUJEITOS

2.1 Teorias da ação e natureza do processo

2.1.1 Ação como direito deflagrador da relação processual – polarização nos eixos (inicial/final) do processo

A natureza jurídica e conteúdo atribuídos à ação influem diretamente na concepção do processo, sua natureza e dinâmica, e, ainda, no conteúdo e correlação das posições de seus sujeitos.

Por essa razão, faz-se relevante analisar os reflexos que emergem dessas interferências para compreensão do conteúdo do processo e, em linhas gerais, nos influxos que conferem às posições dos sujeitos.

O exercício da ação entendida como direito tende, por arrastamento, na compreensão do processo como relação processual.

Já na metade do século XIX, com a polêmica entre Windscheid e Muther, configuraram-se as linhas gerais dos contornos da ação que, contudo, só vieram a ser consolidados mais de um século depois.¹⁴⁶ É possível extrair desse debate que a ação, além de *direito* autônomo (distinto do direito material alegado) processual,¹⁴⁷ exercitável perante o Estado para tutela jurisdicional,¹⁴⁸ não se exaure nesta e na propositura da demanda, mas “si realizza nel processo”, não só por meio dos outros atos do autor, mas também dos do réu.¹⁴⁹

O mérito da polêmica em conferir ampla abrangência do direito de ação (sobre o ato inicial do processo) foi bem identificado pelo brasileiro Cândido Rangel Dinamarco,

¹⁴⁶ Quanto ao desenvolvimento da teoria a seus atuais contornos, remete-se à recente obra de SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6-57.

¹⁴⁷ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' "actio"* cit., a título exemplificativo, p. 314 e 333 (Windscheid).

¹⁴⁸ Idem, p. 241-241 (Muther); p. 314 (Windscheid).

¹⁴⁹ Idem, p. 14 (Windscheid). É certo, contudo, que nessa mesma passagem o alemão é restritivo quanto ao réu ao indicar que a ação se refere também aos atos do réu apenas quando este, para além de apenas se opor à pretensão do autor, “opponga una difesa indipendente, è uguale a quella dell'autore”. Com essa restrição não comungamos, como se verá mais à frente (pois o réu é titular de posições derivadas do direito de ação independente de sua conduta e do conteúdo dessa – inclusive omissiva). O brasileiro Heitor Vitor Mendonça Sica, e restringindo-se especificamente à demanda (para os fins que se propunha no trabalho), contribui com o tema ao entender que mesmo na hipótese de o réu se limitar a pedir a improcedência da demanda, esse formula demanda declaratória, equiparável a demanda do autor (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu* cit., p. 229-233).

reforçando que tal amplitude “nunca foi muito ressaltada pelos processualistas”.¹⁵⁰ Segue o brasileiro destacando, e aludindo especificamente Windscheid (quem realizou efetivamente tal constatação),¹⁵¹ que “*actio* não se referia apenas ao ato de *iniciativa* do processo, mas também a todos os atos de *impulso*”.¹⁵² Mais do que isso, a todos os atos até tutela jurisdicional (incluindo-se esta).¹⁵³

Quanto ao conceito que se dá à tutela no presente trabalho, e sem adentrar nas profícuas discussões a respeito (sob pena de desvio indevido do escopo desta pesquisa), basta que se afirme que a esse termo se confere a mais ampla acepção. Mesmo em hipóteses nas quais não se fez possível a tutela pedida (pela impossibilidade de se entrar no mérito, e, ato seguinte, satisfazer no plano concreto esse reconhecimento), alguma tutela foi concedida, ainda que não em sua máxima potência.¹⁵⁴ Compreende-se o mesmo, portanto, para as hipóteses de improcedência da demanda inicial do autor.

Apesar da longevidade da concepção extraída da polêmica de Windscheid e Muther, observa-se que é mais recente a adoção convergente à ideia ampla que se dá à ação (que não se exaure com a propositura, e, sim, engloba os demais atos do processo).

Verifica-se, nesse sentido, que o italiano Giuseppe Chiovenda,¹⁵⁵ de inafastável influência sobre os estudiosos nacionais, apesar de reconhecer o mérito na polêmica alemã em destacar a autonomia do direito de ação do direito material,¹⁵⁶ opunha-se à ideia de ser abstrato o direito de ação (ou seja, “independentemente da un esito *favorevole*”).¹⁵⁷ Concretista por compreender o direito de ação como “potere di realizzazione della volontà concreta della legge”,¹⁵⁸ rejeitava a tese abstrata, cuja premissa da eventualidade (em ter ou não a tutela favorável) importava “simples faculdade jurídica”.¹⁵⁹

Desse entendimento de ação pelo italiano ainda deriva que quem tem ação, tem a tutela favorável, e não detém interesses opostos ao do Estado (juiz) – cujo interesse é justamente de aplicar o direito. Tem interesses opostos, sim, aos da outra parte, que fica *sujeita* aos efeitos

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno* cit., p. 103.

¹⁵¹ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' "actio"* cit., p. 14 (Windscheid).

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno* cit., p. 103.

¹⁵³ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' "actio"* cit., p. 241-241 (Muther); p. 314 (Windscheid).

¹⁵⁴ Nesse sentido, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu* cit., p. 29.

¹⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 49-50.

¹⁵⁶ Idem, p. 17 e 49.

¹⁵⁷ Idem, p. 19.

¹⁵⁸ Idem, p. 17.

¹⁵⁹ Idem, p. 19.

jurídicos (e coativos) da tutela do Estado, derivados do exercício do *poder* de ação (para o italiano – direito potestativo).¹⁶⁰ Tal compreensão da ação (como poder) é expressamente defendida com o intento de separar direito processual do direito material, pois, para o autor (e, como se tem visto, para outros relevantes processualistas), prestação e obrigação pertencem ao direito material (civil) e a ação ao direito processual que, portanto, não pode se valer daquelas categorias,¹⁶¹ o que significou, inclusive, em preferir o termo “tutela” ao termo “prestação” jurisdicional (pois prestação imbricar-se-ia na categoria de relação obrigacional, de direito material privado).¹⁶² Em tal sentido, ainda, de forma convergente à essa premissa, acrescentou que a ação não é direito subjetivo (a uma prestação), mas *poder* equivalente a direito potestativo¹⁶³; como defendido pelo também italiano Piero Calamandrei¹⁶⁴.

Francesco Carnelutti,¹⁶⁵ por outro lado, não somente absorveu da polêmica supracitada (de Windscheid e Muther) a ideia de que ação importa não apenas em apresentar a demanda à decisão judicial (ou, na conhecida concepção do autor, “giusta composizione della lite”),¹⁶⁶ tenha, ou não, o autor razão –, mas também abarca todos os atos e posições do processo. O mesmo autor afirma que ação é poder atribuído no processo e ao processo.¹⁶⁷ Refuta, contudo, a figura do direito potestativo para explicar a ação porque nega, como um todo, a existência da figura direito potestativo.¹⁶⁸ Para o italiano, não existe direito sem correlata obrigação e prestação, e sem direito não há relação jurídica.¹⁶⁹ Assim, na hipótese em que não haja correlata obrigação a uma prestação, como é o caso do fenômeno atribuído ao direito potestativo, não se pode falar em direito.¹⁷⁰

¹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 19-21.

¹⁶¹ Idem, p. 21-22.

¹⁶² Esse ponto é constatado por Cândido Rangel Dinamarco, que, em nota à obra de Enrico Tullio Liebman, e no trecho em que este expõe seu conceito ao direito de ação, destaca que, se, para o italiano, o direito de ação (e, talvez, mais propriamente um poder) não é um direito de natureza obrigacional perante o Estado, a resposta deste não tem natureza prestacional (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* cit., p. 202, nota 126).

¹⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 24-25.

¹⁶⁴ Calamandrei, em convergência à Chiovenda, buscou, na conceituação de ação, aproximação com conceito de poder e sujeição, culminado na sujeição do Estado à deflagração do processo (e, depois, na sujeição das partes ao seu resultado), cujo dever de agir do estado (como função) não encontra contrapartida em um direito subjetivo, pois está em outro plano de interesses (de interesse coletivo), mas que se coordena (e não se contrapõe ou converge, pois em planos diferentes) com o interesse particular das partes (CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 252-256; 338-339).

¹⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo* cit., p. 110-112.

¹⁶⁶ Idem, p. 110.

¹⁶⁷ Idem, p. 110.

¹⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I, p. 54-55.

¹⁶⁹ Idem, p. 53-54; 899.

¹⁷⁰ Idem, p. 54-55. p. 54.

Para Carnelutti, então, ação, quando vista sob o aspecto da obrigação do juiz de julgar, representa correlativo efetivo direito subjetivo processual, cujo interesse protegido é de meio – de justa composição da lide – e o fim é a favorável tutela a quem tem razão (e essa ulterior obrigação, não necessariamente vinculada à vontade da parte, seria o ponto em que a obrigação *não* é correlata ao direito da parte).¹⁷¹ Para o italiano, ainda, o obrigado é o juiz, e não o Estado, pois a este incumbe *poder* judicial (e apenas àquele obrigação).¹⁷²

No que interessa a esta síntese, relevante lembrar da teoria de Enrico Tullio Liebman, conhecida como eclética, pois acrescentou elementos de “concretude” (vínculo com o direito material) à abstração, ao trazer condições (vinculadas à *fattispecie*) para que o mérito da demanda pudesse ser julgado (conhecidas e polêmicas “condições da ação”).¹⁷³ Salienta, ainda, diferentemente de seus antecessores, que a ação, apesar de não corresponder ao esquema obrigacional civilístico, é de direito subjetivo – ora de natureza processual e instrumental, e que ganha, assim, delineamentos próprios. Entre estes, não se entende que o Estado possui obrigação, pois detém interesse convergente (e, não, contrastante ou subordinado) no exercício do poder jurisdicional, relativamente ao qual ambas as partes estão em sujeição.¹⁷⁴

Nota-se do breve exposto sobre ação a recorrente preocupação de aproximá-la com retoques (como o fez Carnelutti) ou de afastá-la (como os demais autores citados) do esquema de relação obrigacional. Estes últimos, notadamente fixados em sua concepção de interesses contrapostos do direito civil (o que não existiria entre partes e Estado, quanto ao processo) e na determinabilidade destes interesses quanto aos efeitos e resultados alcançáveis, e aquele, ao reconhecer que, havendo, no processo, convergência de interesses de meio – no direito à prestação (justa composição da lide, independentemente de eventualmente favorecer ao réu ou ao autor), haveria obrigação e direito subjetivo (sempre com os temperamentos cabíveis no direito instrumental, processual).

Mesmo com tais destaques, todos esses autores foram convergentes ao ligar a natureza relacional existente no processo como derivantes, de um modo ou de outro, do que procuram conceituar como direito de ação (seja subjetivo, seja potestativo). Utilizaram-se, portanto, de categorias típicas da teoria geral do direito e do direito civil (de direito e relação), com pontuais ajustes, para explicar o fenômeno processual.

¹⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 54-55; 890; 896-898.

¹⁷² Idem, p. 899.

¹⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno IV, 1950.

¹⁷⁴ Idem, ibidem.

Em tal sentido também se mostram afeitos à ideia de polos e correspondência entre posições, comuns a tais categorias. Igualmente, destaque-se, processo seria um *plus* em relação à ação, pois composto desta (quanto ao autor) e do direito de defesa (quanto ao réu).

Na tentativa de explicar o direito de ação (seja na acepção abstrata, seja na concreta), os referidos autores buscaram analisar principalmente os eixos iniciais e finais do processo (quanto ao que se pede, com relação a quem se pede, como e com que natureza se dá resposta a tal pedido), em esmaecimento do que ocorre no *iter* processual propriamente dito.

Aludido destaque – acerca do conteúdo do direito de ação (notadamente quanto ao que se entregará a título de decisão final e tutela) e como deflagrador de relação processual –, em detrimento da mesma importância da descrição do conteúdo da relação (ou do processo), foi constatado pelo brasileiro Clóvis do Couto e Silva.¹⁷⁵ Ao tratar das polêmicas em torno do direito de ação processual, assinalou que uma das importâncias conferidas a tal discussão era justamente de que “do seu exercício deveria resultar a própria relação processual”. Isso demonstraria, ainda, o “nexo íntimo com o problema da existência da relação processual”. Arremata, então, que sobre esses enfoques e influências “se estabeleceram as discussões mais vivas e importantes, superando mesmo as da análise dos elementos da aludida relação”.¹⁷⁶

2.1.2 *Ação como situação jurídica composta e processo como procedimento em contraditório (Elio Fazzalari) – ênfase na despolarização dos eixos (mas retorno da polarização no procedimento pelo contraditório)*

Elio Fazzalari, em contrapartida, evidentemente influenciado pelas concepções de James Goldschmidt (refratário à ideia de relação processual), compatibilizou a negativa da relação processual à negativa da categoria de sua premissa, isto é, ação como direito (subjeto).

Conforme noticiado no capítulo anterior, o italiano Elio Fazzalari criticou processo como relação jurídica pois seria clichê pandectista inapto a explicar a complexidade do

¹⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, 1985.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*. Em sentido semelhante destacou Antonio do Passo Cabral ao afirmar que, “nas discussões sobre a ação, descuidavam das interações do processo” (*Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais cit.*, p. 166, nota 262).

processo.¹⁷⁷ Este, então, seria mais bem designado como procedimento em contraditório¹⁷⁸ sequenciado por posições processuais encadeadas, em paridade, de modo dinâmico e dialético por meio de tal garantia.¹⁷⁹

De modo coerente, então, critica a ideia de ação como direito subjetivo (pois também de matriz pandectista).¹⁸⁰ A ação, diferentemente, é uma situação jurídica composta formadora do processo,¹⁸¹ e (a ação) não se exaure apenas no exercício da faculdade,¹⁸² do autor, de propositura da demanda, mas se compõe,¹⁸³ então, da série de posições processuais que a lei disciplina para as condutas das partes ao longo do processo.¹⁸⁴

Nesse sentido, a ação é mais do que o ato de iniciativa do autor pela tutela jurisdicional, seja quanto às posições e atos, seja quanto aos sujeitos. Na primeira abordagem, porque é uma situação subjetiva composta não só da posição de faculdade do autor em propor a demanda, mas também do conjunto de posições de “*facoltà, poteri e doveri, quanti la legge ne assegna al soggetto per la sua condotta, lungo tutto l’arco del processo*”.¹⁸⁵ Quanto à segunda abordagem englobante (no tocante aos sujeitos), e, entende-se, ainda mais relevante e avançada que a primeira, tal situação composta em que se insere a ação refere-se não só ao autor (como parte que promove o processo), e, sim, a todas as partes do processo (réu e eventuais intervenientes).¹⁸⁶ Ao autor cabe a iniciativa primeira no exercício da faculdade de realizar o ato de demandar.

Disso é possível concluir um conceito de ação de múltipla titularidade e de extrema paridade (e compatibilidade com as garantias fundamentais compartilhadas pela maioria

¹⁷⁷ Nas palavras de Fazzalari: “[...] il rapporto è schema semplice, che non può contenere la complessità del processo (assumere che quello processuale è rapporto giuridico *complesso* è pura convenzione di linguaggio, che tiene conto della realtà, ma non la spiega, implicitamente rimandando ad altro); nè, quale schema statico, può rappresentarne la dinamica” (*Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 104).

¹⁷⁸ *Idem*, p. 8 e p. 82 e ss.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 78-83.

¹⁸⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 103.

¹⁸¹ *Idem*, p. 426.

¹⁸² Para o italiano, faculdade, e, não, poder, pois “che la domanda dell’attore vincola il giudice a rispondere ma non ad accogliere la domanda” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 425). Essa categorização é convergente com o entendimento de faculdade para esse autor, ou seja, como posição para qual o ordenamento não confere efeito convergente ao *interesse* do agente, senão algo diverso ou contrário (FAZZALARI, Elio. *Processo civile (diritto vigente)* cit., p. 180). Portanto, sendo o interesse do autor pela tutela em seu favor, os efeitos do ato de demanda (derivado do exercício de uma posição da faculdade) não se vinculam ao seu interesse (como ocorreria na posição de poder) porque o juiz não fica vinculado em acolher a demanda do autor.

¹⁸³ Como semelhantemente defende a portuguesa Paula Costa e Silva em *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo* cit., p. 142.

¹⁸⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 103.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 426.

¹⁸⁶ *Idem*, *ibidem*.

dos países ocidentais), pois composta de posições de todas as partes e não só do autor da demanda inicial¹⁸⁷ (promovendo a instauração do processo). Em tal abordagem, explica de modo evidentemente distinto ao de que a ação (não só a demanda inicial) pertence ao autor, no que ao réu se equipararia a garantia de defesa, essa deflagradora das posições compostas em igualdade às posições da ação.¹⁸⁸

Neste ponto, pode-se concluir que a concepção de que ao autor/demandante (com exclusividade) pertenceria a ação (como direito polarizado) seria, no entendimento do italiano, efetivamente tomar a parte (demanda) pelo todo (ação como situação subjetiva composta), em algo aproximado à figura de metonímia.

Abram-se parênteses para realçar que efetivamente também o contraponto (entre a ação do autor e defesa do réu)¹⁸⁹ não abrange o espectro de todos os atos possíveis ao réu no processo, atos esses que ultrapassam a posição de apenas apresentar defesa.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Entendimento semelhante foi alcançado por Piero Calamandrei ao dispor que as proposições do réu também estão inseridas no conceito de ação, pois, ainda que o réu se limite ao pedido de rejeição da demanda, solicita provimento judicial declaratório negativo (adverte o italiano, contudo, que na terminologia corrente se atribui essa atividade a atividades de defesa/exceção) (*Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 239-240). No Brasil, em sentido semelhante, quanto ao réu formular demanda ao pedir improcedência, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu* cit., em especial, p. 229 e ss. E, ainda, quanto à revisão da estática bipolaridade do processo, intrincada aos polos da demanda: CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e “zonas de interesse”*: sobre a migração entre polos da demanda. *Reconstruindo a teoria geral do processo*, p. 8-10. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁸⁸ Como um dos expositores dessa corrente, tem-se, exemplificativamente, o brasileiro Cândido Rangel Dinamarco, para quem a garantia de ação (do autor) e de defesa (do réu): “Defesa é o contraposto negativo do poder de ação, ou uma visão especular desta – ou seja, ela é o conjunto de poderes e faculdades que permitem ao demandado opor-se à pretensão do autor, pleiteando sua rejeição”. Completam então que, “Postas assim, ação e defesa têm muito em comum e são poderes situados rigorosamente no mesmo plano, considerada a essencial igualdade das partes no processo” (*Instituições de direito processual civil* cit., p. 443-444). Em sentido semelhante, o uruguaio Eduardo Juan Couture expõe: “En su más amplio significado, la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él.” Assim, “la excepción es, em cierto modo, la acción del demandado” (*Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 89). Igualmente extrai-se do brasileiro José Frederico Marques, em *Instituições de direito processual civil* cit., p. 218.

¹⁸⁹ Essa polarização ganha contornos questionáveis no fenômeno da coisa julgada e da subsidiariedade (e excepcionalidade) da influência dos atos do réu nessa estabilidade. Essa questão, em sentido aproximado, foi levantada por Antônio do Passo Cabral em trabalho a respeito de coisa julgada e preclusões. Pondera o brasileiro que: “O argumento mais comum para excluir as defesas do réu da estabilidade é sua suposta falta de autonomia. Por exemplo, a prescrição, alegada como defesa, poderia até levar o réu à vitória, mas ele nunca poderia ir a juízo pleiteá-la como ‘meio de ataque’ ou ‘em formato ofensivo’ porque não há, para ele, um ‘direito subjetivo à prescrição’. Observa-se, desde logo, um aprisionamento a conceitos pandectísticos (sobretudo o direito subjetivo), e uma visão privatista e individualista de processo, [...]” (*Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 511).

¹⁹⁰ Conforme previsões normativas vigentes (e especificamente com vistas ao direito brasileiro), além de rechaçar diretamente o que pretende o autor, o réu tem o poder, com a ação, de *alargar* o conteúdo da tutela, por exemplo, *reconvindo* (Art. 343 do Código de Processo Civil brasileiro: “Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento

Em conclusão, Elio Fazzalari explica que a ideia de polarização (em que a ação pertence ao autor) está imbricada com a concepção de direito (que é titularizado por um sujeito em referência, contraposição a outro) e que se derivaria ainda do resquício da confusão entre a ação e a situação substancial discutida no processo.¹⁹¹ Destaca, então, que o processo é formado de posições: posições das partes (ação) e posição do juiz (função).¹⁹²

Verifica-se, em síntese, que o referido jurista italiano buscou coerência nas categorias fundamentais do direito processual (notadamente ação e processo), tanto ao rejeitar a existência de relação processual quanto ao afastar o que seria seu ato deflagrador: exercício inicial do *direito* de ação. Em tal aspecto, ainda, explicou que a ação, como situação jurídica composta, contém posições titularizada por ambas as partes (em contraponto às do juiz, que estão englobadas não em “ação”, mas em “função”), pois ser titularizada apenas pelo autor seria um retorno ao conceito polarizado de direito.

Pois bem. Em que pese a coerência da contraproposta (à ação como direito e processo como relação), é de questionar se é necessária a manutenção do termo “ação”, pois já desvinculada da categoria pandectística de direito subjetivo e explicada essencialmente por posições processuais.¹⁹³ Traz ainda maior complexidade ao tratar as posições e atos do juiz como externos à ação (seriam “função”).

Nesse sentido, relegar ao contraditório (independentemente da mais amplíssima aceção que se confira a este) o “liame” condutor das posições dos sujeitos é certamente

da defesa”, conforme redação vigente em novembro de 2019 e acessível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Tal ato permite muito mais do que o pedido de vetor contrário; poderá ser diferente – bastando liame fático com a demanda do autor. Assim, é de se questionar se esse conjunto de posições do réu não são resultado efetivamente das posições que titula a partir da ação (e, não, nos estritos limites de defesa), posições essas expandidas de modo majoritariamente *dúplice* no processo, e, inclusive, para certas hipóteses, independentemente de sua participação (pois quando advém tutela de procedência, sendo revel, também recebe tutela) ou, ainda, *convocação* (essa, que se mantém premissa inafastável da validade de uma sentença *desfavorável*). Neste sentido, veja-se a hipótese normativa de sentença de improcedência sem a citação do réu (tutelando este – conforme art. 332 do Código de Processo Civil brasileiro: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...]” conforme redação vigente em novembro de 2019 e acessível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) e que compatibiliza-se com a abrangência multissubjetiva da própria ação pois o réu já titulariza *posição* apta para esta sentença independente de sua convocação ou conduta ativa; tudo convergindo no sentido de que ação lhe confere posições, posições essas que extrapolam consideravelmente a ideia de defesa e de sua oportunização.

¹⁹¹ FAZZALARI, Elio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 177.

¹⁹² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 422-423.

¹⁹³ O brasileiro Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, nesse sentido, vai além, defendendo o abandono da categoria “ação”, pois o processo (e o direito ao processo e à tutela) seria mais adequado e suficiente a tratar de todas as posições (iniciais, finais e intermediárias) das partes e do juiz no processo, bem como das garantias inerentes a estes (Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, p. 11-26, 2008).

simplificar o que ocorre no processo em posições que não necessariamente são dialéticas ou contrastantes.¹⁹⁴ Neste sentido, o brasileiro Flávio Luiz Yarshell, ao tratar da categorização do processualista italiano de procedimento em contraditório, aponta que, em que pese não seja inexato, simplifica “fenômeno que é consideravelmente mais complexo”. Para Yarshell, portanto, a dinâmica das posições não se limita ao exercício do contraditório, nem se englobam, neste, poderes do juiz¹⁹⁵ e deveres das partes.¹⁹⁶

Assim, se era simplista a concepção de processo como relação de Oskar von Bülow, em tal elemento também se revela incompleta a concepção do italiano, ainda que notadamente mais aperfeiçoada aos influxos constitucionais (notadamente da igualdade) sobre as posições processuais e, tão logo, sobre a ação.

É também juridicamente questionável o uso da categoria técnica de situações jurídicas para explicar a posição dos sujeitos, e, ao mesmo tempo (ao explicar a dinâmica dessas mesmas posições), colocar em igual plano¹⁹⁷ a garantia do contraditório como elemento determinante de “la successione e mutua implicazione degli atti dei vari protagonisti (di una parte, dell'altra, del giudice, dell'ausiliare, ecc.)”.¹⁹⁸

Não se ignora o propugnado “processo civil constitucional”, pelo qual há uma “condensação” de metodologia dos valores constitucionais no processo (notadamente o da igualdade)¹⁹⁹. Não obstante, rechaça-se que essa (inafastável) “intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo” importe, além de dar ampla compatibilização e eficácia

¹⁹⁴ Como não podemos deixar de lembrar quanto ao atual enfoque do contraditório em seu aspecto de cooperação (já posta por CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 335-336.). Nesse sentido, mais recentemente, Antonio do Passo Cabral destaca que “a participação deixa de transitar na tradicional ‘possibilidade de manifestação’, para representar uma soma de esforços para a melhor solução do conflito” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais* cit., p. 211).

¹⁹⁵ Ainda que não se possa olvidar que, para o jurista italiano, ao juiz incumbe apenas a posição de dever, como qualificador de todo órgão público (não só do juiz), ao que se contempla o conteúdo discricionário, e superior a ideia de poder-dever (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 410-421).

¹⁹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 329.

¹⁹⁷ Não se ignora, nesse sentido, o propugnado “processo civil constitucional”, pelo qual, e como explica, há uma “condensação” de metodologia dos valores constitucionais no processo (notadamente o da igualdade). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 25-26). Não obstante, não se verifica como essa (inafastável) “intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo” importa, além de dar ampla compatibilização e eficácia (no processo) das normas constitucionais, como elemento único para explicar o liame entre atos e posições processuais. Quanto aos diferentes planos da garantia e da técnica, cita-se passagem do brasileiro Antonio do Passo Cabral ao destacar que “Os valores que são realizados pelo processo são diretrizes constitucionais, expressas nas garantias fundamentais processuais e que devem ser, através da técnica e das normas de disciplina formal, realizados e concretizados praticamente” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais* cit., p. 182).

¹⁹⁸ FAZZALARI, Elio. *Processo civile (diritto vigente)* cit., p. 177.

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 25-26.

(no processo) das normas constitucionais, encerrar na garantia do contraditório elemento suficiente para explicar o liame entre atos e posições processuais. Igualmente, e, repise-se, são diferentes planos, como bem elucidado também pelo brasileiro Antonio do Passo Cabral ao destacar que os “valores que são realizados pelo processo são diretrizes constitucionais, expressas nas garantias fundamentais processuais e que devem ser, através da técnica e das normas de disciplina formal, realizados e concretizados praticamente”²⁰⁰.

Neste sentido, Elio Fazzalari substitui o “clichê pandectista” do vínculo entre posições – erigido na relação jurídica e derivada do direito de ação – pelo da garantia do contraditório, como mais apta a explicar o mesmo liame entre posições, garantia esta que (e mesmo ignorando a evidente confusão de planos) não explica posições que não estejam em direta contrariedade²⁰¹, colocando as partes em um (suposto) paralelismo que não bem explica o amálgama eficaz sucessivo entre seus atos e posições das partes. Ou seja, não parece explicar técnica e complementemente as posições dos sujeitos. Também é questionável a escolha dessa garantia para qualificar, como processo, o procedimento, pois certamente há garantias de idêntica estatura cuja falta desqualificaria o procedimento como processo constitucionalmente alinhado e legítimo.

Em síntese, sua noção englobante de ação como situação composta não se mostra tão original ao explicar a dinâmica das posições processuais como sujeitos em contraditório. Isto, pois, e como se verá, o conteúdo das relações jurídicas não exclui essa dinâmica (que, frise-se, mostra-se incompleta). Não se nega, contudo, e por outro lado, que Elio Fazzalari acrescentou elemento relevante de igualdade e paridade das partes (quanto às posições que assumem no processo) ao despolarizar a ação do autor da demanda (atribuindo-lhe também ao demandado).

Note-se, por fim, e como síntese, que o italiano insere as posições do juiz como externas à ação²⁰² (são função), que seriam unidas (em substituição aos vínculos de relação

²⁰⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 182.

²⁰¹ Quanto a isso, Piero Calamandrei acrescenta elementos mais amplos à dinâmica processual ao afirmar que o processo é composto de situações sucessivas não só de contraposição, mas também de *colaboração*. Contrapõe-se no que é objeto da demanda e da tutela a ser entregue e colaboram no processo como atividade comum em pleitear um pronunciamento judicial (CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 335-336). No direito civil, essa ideia de colaboração como desenvolvimento a um fim comum também é expressa por Clóvis do Couto e Silva, que propugna que a relação obrigacional como um processo – além das posições antagônicas (de crédito e débito) – dá espaço à matriz *cooperativa* e orgânica cujo “nexo finalístico tem posição relevante” (*A obrigação como processo* cit., p. 19-22).

²⁰² Nesse ponto, aproxima-se da lógica do alemão James Goldschmidt que, ao explicar a obrigação do juiz em conhecer a demanda, coloca-a entre outro plano (aqui, excluindo relação processual, pois se trataria de relação de direito público, com efetiva correlação ao direito subjetivo de acesso à justiça) (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 19).

jurídica) às posições das partes, no processo, por meio de garantia (contraditório). Assim, o processo seria um *plus* em relação à ação, pois engloba posições de outra categoria do juiz, a função (como, às teorias do direito de ação, o processo seria um *plus* composto pelo direito de defesa).

2.2. Momentos da ação (ou do processo) e reflexos sobre as posições: posições nos limites (inicial e final/decisão de mérito) e no *iter* processual

Marca-se distinção entre as posições dos atos inicial/final do processo, no tocante aos demais típicos do *iter* processual, o que acarretou considerável aproximação²⁰³ (entre as teorias de relação e situação) quanto ao que ocorre nos eixos do processo, e, por outro lado, ampla divergência quanto aos atos do *iter*.

Acerca de tal distinção é importante ressaltar a atual natureza *sincrética* do processo, isto é, a simultaneidade de atos materiais à parte e atos de preparação/cognição processuais. Nesse sentido, tratar de ato ou posição “inicial/final” afina-se mais ao conteúdo/natureza deste do que seu caráter topológico no procedimento. Como ato inicial/final está-se a referir a atos diretamente vinculados ao direito material discutido/preensão trazida, notadamente as demandas das partes e atos do juiz concedendo-as – seja provisoriamente, seja definitivamente, ambas as hipóteses passíveis de ocorrer no intermédio do procedimento.

Para melhor elucidação, utiliza-se, em termos mais amplos, relevante categorização trazida por Cândido Rangel Dinamarco, especificamente para as posições do juiz. Ao tratar do que entende como posições do juiz (poderes e deveres), explicita o objetivo último da jurisdição de conceder tutela, o que configura como *ato-fim*, como “aquele com que o juiz outorga a uma das partes a tutela jurisdicional”.²⁰⁴ Por outro lado, e para atingir tal ápice, o juiz “exerce as atividades preparatórias”²⁰⁵ que denomina, então, de *atos-meios* e que se imbricam com os atos intermediários de instrução e trâmite, entre outros.

Em tal sentido, e trazendo essa lógica também aos atos e posições das partes, é possível distinguir aqueles que geram efeitos intermediários e preparatórios, no *iter* procedimental (atos e posições “meio”), daqueles em que diretamente se veicula/responde e julga a demanda (atos e posições “início” e “fim”). Nestes últimos, gerando efeitos diretos sobre sua esfera

²⁰³ Com exceção da teoria de Fazzalari, vista anteriormente, e coerente quanto à inexistência, em qualquer momento (inicial/final, e intermediário) de relação jurídica.

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 266.

²⁰⁵ *Idem*, p. 267.

jurídica material, que podem importar, por exemplo, em uma verdadeira posição de dever do vencido ordenado a uma obrigação de fazer em favor do autor.

Nota-se que aludidas posições possuem mais direto vínculo com o direito material, ganhando contornos mais próximos à natureza deste (e importando mais realce à natureza instrumental do processo), razão pela qual a polarização se justifica mais nas posições de eixo (quanto ao demandante/demandado – posição ativa/posição passiva), se comparado aos atos/posições preparatórios e, assim, intermediários (de *iter*).

Essa distinção é relevante para compreender a diferente dinâmica das posições dos sujeitos no *iter* processual – e causa determinante das divergências a respeito da natureza do processo. Diante dessa importância, tratar-se-á do tema nos próximos itens.

2.2.1 Polaridade (quanto ao direito material discutido) e os diferentes momentos do processo

Sob o ponto de vista dos sujeitos no *iter* processual, a natureza de posições (como se verificará) amplifica-se para algo bastante distinto da direta continuidade do polarizado²⁰⁶ ato inaugural de propositura da demanda. Polarização esta cujas cores voltam fortes (ainda que com menos intensidade do que já se entendeu) no ato de entrega da prestação jurisdicional.

A amplitude do conceito de ação (a marcar o início, todo o procedimento, e a tutela jurisdicional efetiva) *não* é suficiente (e, portanto, não dispensa) para demonstração do caráter distintivo entre os atos/posições iniciais e finais (de tutela) daqueles atos/posições intermediários.²⁰⁷ Tal diferenciação ressoa no sentido de que o ato inaugural de exercício do denominado direito de ação (i.e., a propositura da demanda²⁰⁸) possui efeito marcadamente *mais* polarizado e menos difuso se comprado àqueles atos e posições do *iter*, preparatórios à entrega da tutela jurisdicional. Em outras palavras, a função instrumental perde realce no

²⁰⁶ A ideia de polarização com caráter mais anunciado nos eixos do processo (ou da relação), em comparação com o que ocorre em seu desenvolvimento, é também extraída de doutrina de direito civil. Em obra que trata da obrigação como *processo*, o brasileiro Clóvis do Couto e Silva afirma que, na relação obrigacional, o adimplemento a polariza. Por outro lado, defende que o desenvolvimento da relação, como um processo, e abrangendo todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principalmente secundários, dependentes e independentes, obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas ocorre de modo menos dialético/polarizado, até em “ordem de cooperação” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo* cit., p. 17-19).

²⁰⁷ No destaque à importância do processo: “A volta ao processo, já ressaltada, reside nesse retorno dos fins (fortes no movimento de efetividade do processo) para os meios, buscando-se direcionar valorativamente as formalidades e incentivar a criação de estruturas que possibilitem, no procedimento, interações participativas, inclusivas e de boa-fé” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais cit., p. 206).

²⁰⁸ Mesmo que da resposta do réu se extraia uma demanda. A esse respeito: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu* cit.

iter pois este que passa a ser informado com destaque a garantias mais afeitas à da isonomia (ainda que em inseparável fusão a seus escopos finalísticos). A estrutura das posições jamais se descola da função finalística do processo (o que se pode dizer dos institutos em geral, quanto à estrutura e função), mas a tais posições se agregam valores que alteram significativamente sua abordagem (relevantes não só para a legitimidade do resultado, mas, destacadamente, para qualidade e efetividade deste). Passa a não ter tanta importância quem ou o que se demandou (primeiro) para compreensão da engrenagem das posições, mas, sim, se tal engrenagem desenvolve-se em máxima igualdade. Como se verá, a subordinação inicial do demandado ao demandante (quanto ao que este postulou de tutela) – e, de ambos, em diferentes pólos, à decisão final - transforma-se, no *iter*, na mais possível igualdade.

Não com outra abordagem parece destacar Piero Calamandrei ao entender que o processo se desenvolve em colaboração e se instaura e se resolve em contraposição. Destaca, nesse sentido, que, “opuestos en cuento a la acción (esto es, en cuento al contenido de la providencia jurisdiccional que cada parte espera que sea favorable a ella y desfavorable a la contraria)”, as partes são, por outro lado, “cooperantes en el proceso [...]”. Arremata que, “En cuento al contenido de la decisión, las aspiraciones de cada litigante pueden estar en pugna con las del adversario”, convergem, “cuento a pedir que una decisión se pronuncie” e, a tal, “sus intereses confluyen”.²⁰⁹ Em tal sentido, ainda, Piero Calamandrei destaca a *bilateralidade*²¹⁰ do direito de ação ao se verificar que sempre se pede providência jurisdiccional perante outro sujeito (ideia de autor e réu).

Nesse ponto, faz-se ressalva à explicação de Elio Fazzalari no sentido de que a *polarização* (em que a ação pertence ao autor) estaria imbricada essencialmente em elementos de confusão entre a ação e a situação substancial discutida no processo.²¹¹ Ora, não se pode negar que a polaridade também se refere ao que se insculpe no ato da *demanda* e que, sem maiores questionamentos, indica uma bilateralidade (entre autor e réu) que está sendo direcionada à resolução judicial (em regra, a razão do autor exclui, quanto ao pedido, a razão do autor).

A distinção da influência do direito material (que polariza no sentido do que se pede e quem tem razão) nos atos e posições iniciais e fins do processo, quanto aos atos do *iter*, é tão relevante que há quem se utilize de tais distinções para preferir uso de categorias separadas (ainda que conexas) como direito à ação e direito ao processo. Assim o fizeram os espanhóis Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Jiménez e Jaime Vegas Torres.

²⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 336.

²¹⁰ Idem, p. 238.

²¹¹ FAZZALARI, Elio. *Enciclopedia del diritto* cit., p. 177.

Referidos autores, mesmo que partindo de um conceito concretista de ação (como direito à tutela do autor que tem razão)²¹² – e da necessidade de explicar o fenômeno processual às hipóteses nas quais o autor não tem razão –, argumentam como critério distintivo entre direito de ação e direito ao processo que aquele se liga a pressupostos materiais e estes a pressupostos de natureza processual.²¹³ Defendem, ainda, que explicar ambos os fenômenos de modo englobante, ainda que simplifique a explicação, “empobrece la comprensión de la realidad jurídica”.²¹⁴

Não é demais ressaltar, ainda, que, sob outro viés, a compatibilização/conexão entre direito material e processual dar-se-ia pelo direito fundamental à *tutela*. É como teorizou o brasileiro Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²¹⁵ também ao tratar do direito ao processo. Este compreenderia “todas as posições ‘ativas’ das partes, ao longo de todo o procedimento, até o ato final”, e decodificaria o que ocorre “entre a iniciativa do indivíduo para a instauração do processo (princípios dispositivo e da demanda) e a possibilidade de obter, em juízo, uma tutela jurisdicional adequada”. A constitucionalização das garantias de acessar, agir (derivada da garantia de igualdade) e receber a tutela por meio do processo esmaeceria a utilidade da “velha e superada categoria da ‘ação’”.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defende, então, que “impõe-se desmistificar tanto a ação processual quanto a possibilidade de reação do demandado”, pois estes equivalem, efetivamente, “em agir ou reagir em juízo, pelo exercício dos poderes (abstratos) e dos atos

²¹² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho procesal*: introducción. 3. ed. Madrid: C.E.R.A., 2004. p. 90-91 e 100-103.

²¹³ Idem, p. 96. Nesse sentido, evidentemente se aproximam do entendimento de Chiovenda. No que a ação teria de *concreto*, cuja existência vincula-se à efetiva existência do direito material deduzido pelo *autor*, o processo (relação jurídica material) seria “fonte di diritti per tutte le parti” e teria por conteúdo julgar as demandas das partes (vinculando-a, então, *abstratamente*, à tutela jurisdicional como decisão de mérito, e não à razão do autor: CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 49). Portanto, antevê direito de ação e direito ao processo, no que sua teoria, de modo englobante, contemplaria todo o fenômeno (Idem, p. 50). O brasileiro José Maria Rosa Tesheiner por essa razão, é cético quanto aos que criticam a teoria de Chiovenda como se não contemplasse as situações de improcedência ou extinção sem mérito. Narra: “É absurdo condenar as teorias concretas, com a observação de que não explicam a ação improcedente. Como se Wach e Chiovenda não soubessem que o autor pode ser vencido! Esses autores não buscaram explicar o direito ao processo, mas o dever do Estado de tutelar situação substancial do autor” (Situações subjetivas e processo cit., p. 18-23). Essa lição é facilmente extraída dos trabalhos do italiano Chiovenda, por exemplo, quando, em um de seus artigos, declara: “Colla proposizione della domanda giudiziale nasce il diritto dell’attore e del convenuto al provvedimento del giudice sulla domanda. É inutile che io insista qui sulle differenze di questo diritto dal diritto d’azione. [...] Ma indipendentemente dal diritto d’azione, che non può spettare se non all’una o all’altra parte, e che solo a processo finito risulterà appartenente all’una o all’altra, durante il processo *entrambe* le parti hanno diritto al provvedimento, e il giudice è tenuto verso *entrambe* a questa prestazione” (Rapporto giuridico processuale e litispendenza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 8, parte 1, p. 5, 1931).

²¹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho procesal*: introducción cit., p. 100.

²¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica cit.

(concretos) realizados no decorrer do procedimento”. Nesse sentido, dentro da percepção das garantias do processo, o agir e reagir seriam mais consequências do direito ao processo do que pressupostos deste. Falar, portanto, de “tutela adequada” e “processo adequado” superaria as limitações de englobar tudo em uma “ação adequada”. Em síntese, é possível concluir que, para o brasileiro, sequer seria necessário lançar mão da antiga acepção de ação²¹⁶ para explicar e dar contornos adequados às posições dos sujeitos no processo e à tutela final que estes receberão, sendo esta última, ainda, o amálgama entre direito processo e material.

No Brasil, e mais recentemente, Antonio do Passo Cabral²¹⁷ propugna que a posição dos sujeitos do processo não deve estar estaticamente vinculada aos polos da demanda, inclusive em situações que não representam típica contrariedade ou dialeticidade. Referenciando-se em Fazzalari, afirma que para a análise de muitos atos processuais (e sua legitimação) a situação substancial não é relevante (e, portanto, os polos que esta atraiem).²¹⁸

Assim, é possível concluir que o processo, deflagrado com a propositura da demanda, instaura campo de efetiva isonomia e paridade rumo à tutela final, de força idêntica entre as partes,²¹⁹ cuja polarização (vinculada à demanda e a seu julgamento) se *esmaece* no curso do processo (o que, por sua vez, é intrínseco à efetiva ideia de isonomia, e de não subordinação).

Pois bem, e ainda a respeito da diferente natureza das posições quando se trata dos atos de pedido (demanda) e entrega da tutela jurisdicional frente aos demais outros atos de *iter* processual, cabe breve notícia da convergência doutrinária (clássica e atual).

²¹⁶ Em sentido aproximado, o brasileiro Cândido Rangel Dinamarco critica a manutenção da atenção, pelos processualistas latinos em torno da ação – conceito, elementos, condições – (diferentemente dos alemães, que voltaram o foco de atenção ao objeto do processo). O brasileiro constata, aí, uma incoerência ou desencontro entre a evolução da ciência para contornos publicistas, de um lado, e, de outro, o ainda uso dessa categoria pandectista (ação), que é “sinal da visão privatista do sistema processual, supostamente posto a serviço do autor e dos direitos” (*A instrumentalidade do processo* cit., p. 51-53).

²¹⁷ CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Reconstruindo a teoria geral do processo* cit., p. 8-10.

²¹⁸ *Idem*, *ibidem*.

²¹⁹ Em abordagem semelhante, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Relação jurídica processual* cit., p. 98. Nesse ponto, é relevante ressaltar que a legislação nacional não tem sido coerente com a garantia constitucional da isonomia ao apenas condicionar a aceitação do réu à desistência (que *não* é da demanda, e, sim, do processo, que se extingue como um todo) do autor apenas se “oferecida a contestação” (art. 485, § 4.º, CPC/2015). Isto porque o réu, antes mesmo de ser citado e já com a propositura da demanda pelo autor, ostenta legítimas posições no processo, inclusive já lhe tem delineada a projeção de tutela jurisdicional favorável mesmo sem ser citado (nas hipóteses da denominada “improcedência liminar do pedido”, art. 332, CPC/2015). Ou seja, se o réu já detém, exemplificativamente, posição apta à tutela jurisdicional favorável muito antes de ser citado, é questionável que o trâmite do processo (sobre o qual detém posição e direito, frise-se, desde o ajuizamento da demanda do autor) possa ser interrompido sem a sua anuência. Ainda que razões práticas gerais possam justificar tal regramento, é certo concluir que o réu detém posições desde o ajuizamento da demanda, posições estas derivadas do seu direito ao processo. Essa compreensão é útil para situações que venham a merecer tratamento menos generalizado, em especial às que contenham abusos do autor antes da convocação do réu. E, repise-se, citação imbrica-se mais a pressuposto de validade da sentença (desfavorável) do que de a conteúdo (e início) das posições do réu no processo.

2.2.2 *Tendência teórica convergente a respeito da natureza das posições subjetivas quanto ao pedido (demanda)/entrega da tutela jurisdicional*

O enfoque na ação com relação (jurídica) a seu ato de tutela (classicamente ato “final”) foi ponto nevrálgico extraído da polêmica de Windscheid e Muther (conforme exposto anteriormente) e da teorização de Bülow versando o processo como relação jurídica, pois, para este, e repisando, de um lado, o juiz com “la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio” e, de outro lado, “las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común”.²²⁰

Não por outra razão, James Goldschmidt não afastou, nesse enfoque, a natureza de relação jurídica. Ao abordar a atividade judicial de decidir, reconheceu ser relação política do cidadão com o Estado (em que pese não ser, para o autor, relação *processual*).²²¹ É com lucidez que se pode extrair, portanto, que Goldschmidt rejeitou o que ocorre no *iter* processual como relação jurídica (pois sensivelmente desenquadrada do esquema típico obrigacional que se desenvolvia até então), mas não o pode fazer quanto à tutela jurisdicional a ser entregue a partir do exercício inicial do direito de ação. Portanto, nota-se que o destaque das divergentes configurações (entre o que ocorre no meio e o que se tem ao final) foi tamanho que atribuiu à tutela o pertencimento a outro ramo do direito (não processual), para reconhecer existir, efetivamente, naquela, relação jurídica.

E, em que pese não se possa excluir a natureza processual do direito de ação, é do mesmo modo inegável seu viés marcadamente político (no que não é, portanto, de todo extravagante a ponderação de Goldschmidt).²²²

Em sentido semelhante foi a categorização proposta por Francesco Carnelutti, ao distinguir as situações derivadas de norma material das de norma instrumental.²²³ Aquelas compõem os conflitos imediatamente (em solução abstrata) e estas (instrumentais) mediamente, por intervenção judicial (que disciplinará a atuação dessa norma material). A norma material (geral) tornar-se-ia, por meio da norma instrumental (como meio), o fim como comando concreto. Essa categorização impactaria diretamente a qualificação das posições

²²⁰ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* cit., p. 2.

²²¹ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil* cit., p. 16.

²²² Sandra Regina Mancuso, em artigo que trata do processo como relação jurídica, expressamente adere a essa parcela do pensamento de Goldschmidt ao dispor que: “Goldschmidt tinha razão ao afirmar que o dever do juiz de conhecer a demanda não se fundamenta no Direito Processual, mas no Direito Público” (O processo como relação jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 682, p. 56-61, ago. 1992).

²²³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 47 e ss.

dos sujeitos: direito subjetivo e obrigação (material); poder e sujeição (instrumental).²²⁴ Portanto, em apertada síntese, o italiano distingue as posições vinculadas ao direito material diretamente (cuja natureza, necessariamente, é de relação prestacional) daquelas do processo (não relacionais – porque não prestacionais, conforme se verá a seguir) e volta a tratar de relação prestacional²²⁵ no momento em que a tutela é entregue, disciplinando comando concreto (obrigacional) às partes.

A relevante distinção também foi pontuada, de modo semelhante, por Jaime Guasp,²²⁶ exatamente ao se esmerar na natureza do processo e ao afirmar que “el derecho de pretender (la acción) y la obligación de satisfacer (la jurisdicción) son figuras previas y ajenas, por lo mismo, al proceso”.²²⁷

Mais recentemente, a processualista portuguesa, Paula Costa e Silva, a qual, mesmo entendendo não haver, no *iter* processual, relações jurídicas entre as partes, defende que no exercício do direito de ação há relação jurídica, pois importa direito de a parte exigir “uma actuação concreto do tribunal e um dever deste tribunal de apreciar o acto praticado”.²²⁸

No mesmo sentido, Paula Sarno Braga,²²⁹ para quem, igualmente em que pese entender que o processo não forme, majoritariamente, relações jurídicas, há “feição minimante política”²³⁰ (embora se refira não propriamente ao direito de ação, e, sim, à relação processual), pois haveria, em seu conteúdo, “um direito público e subjetivo da parte a uma prestação jurisdicional do Estado (acesso à justiça)”.²³¹

Veja-se, portanto, tendente convergência na admissão de que o direito de ação gera uma relação (de tutela/atuação) entre as partes e o juiz. Contudo, o que destoaria seria reconhecer se desse enfoque relacional (direcionado aos eixos do processo) resultariam ou não vínculos relacionais dos sujeitos no *iter* processual. Se nesse *iter* formam-se ou não

²²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 47 e ss., p. 47-51.

²²⁵ Nesse ponto, transcreve-se explicação do italiano ao tratar da norma material que confere direito de passagem àquele que se encontra em imóvel encravado: “È vero che dall’esercizio del potere del giudice nasce un’obbligo del confinante; e che, per converso, dalla norma materiale, che costituisce l’obbligo del confinante, nasce altresì il diritto del proprietario intercluso, il qual diritto è un potere; ma nel primo caso l’obbligo non sorge della norma fin que el potere non sia esercitato” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 49).

²²⁶ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil* cit., p. 23-24.

²²⁷ *Idem*, p. 23.

²²⁸ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo* cit., p. 153.

²²⁹ BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro* cit.

²³⁰ *Idem*, p. 121.

²³¹ *Idem*, *ibidem*.

posições em relação jurídica é, portanto, um dos pontos de divergência principal das teorias sobre a natureza do processo.

Que tais posições (entre pedido/tutela e o *iter*) apresentam-se de modo distinto, portanto, ressoa de razoável convergência.

2.3 Conclusão parcial – Despolarização do *iter* processual e arrefecimento da importância (histórica) da ideia de ação para compreensão do processo

À luz do exposto, foi possível constatar que do conteúdo que se atribui à ação (como poder ou direito; ou como situação complexa) emergem reflexos quanto ao que reconhece como natureza do processo no tocante à posição de seus sujeitos (se relacional ou situação). Esses dois institutos, ação e processo, estão intrinsecamente ligados, seja por força de uma relação de conexão/complementaridade (aos concretistas), seja por uma relação de continência – processo como conteúdo do englobante conceito de ação (e também mais alinhados ao conceito abstrato de ação).

Não obstante, em que pesem os louváveis objetivos do máximo caráter englobante da ação, não se pode olvidar que envolve momentos processuais de marcada distinção (quanto aos influxos do direito material sobre as posições e suas *polaridades*), motivo que levou (arrisca-se a concluir) alguns autores a preferir distinguir (de modo excludente) direito de ação e direito ao processo, e outros a excluir a ação como categoria para apenas tratar de direito ao processo e à tutela do direito material.

Desse embate é possível extrair a reconhecida diferente natureza (em níveis de influência e polarização) entre os atos e posições finais/iniciais, e os intermediários do processo. Essa verificação é convergente e independe da concepção adotada quanto aos distintos modos de explicação desses institutos (ação e processo; ou processo e tutela – relação ou situação jurídica). Nomes e designações diferentes que, diga-se, em sentido somatório, congregam a mesma preocupação,²³² *status* e abrangência ao fenômeno processual, no tocante às garantias processuais.

O que se extrai, efetivamente, sob o enfoque estrutural do que ocorre no processo, é que (e, repise-se, de modo convergente entre as teorias) distingue-se o modo de compreensão do processo entre (a) os momentos de pedido/entrega da tutela; e (b) os demais em que se posicionam as partes no *iter* processual. Ou seja, revela-se remansoso entendimento quanto à natureza distinta das posições dos sujeitos (e existência ou não de interligação) a depender do grau de influência e determinabilidade, sobre essas mesmas posições, do direito material discutido.

²³² A respeito da extração de identidades, cita-se o uruguaio Eduardo Juan Couture, que caracteriza a ciência como “una reducción de multiplicidades a identidades” (El proceso como institución cit., p. 353).

Há, portanto, um giro metodológico (e de essência) entre os *eixos* da tutela (pedido/entrega) e dos demais atos e posições processuais (ainda que em tudo comporte o conceito mais englobante de ação). Tais diferentes níveis de influência e relevância, do direito material discutido, sobre os atos e posições do processo (a depender do momento desse encadeamento) traz luz à natureza especial (e processual) que detêm as posições do *iter* processual sobre as demais e a extrema distinção da natureza de tais atos e posições sobre a natureza das posições da relação (em seu recorte demandado) de direito material discutida.

Tal distinção servirá de premissa para análise das posições (marcadamente do *iter*) cuja compreensão (paritária) independará de quem iniciou o processo com a propositura da demanda. E isso não será uma forçada abstração científica, mas, antes, o resultado da verificação dessa evidente diferença, do que emergem necessária adequação e peculiar apreensão do fenômeno processual das posições dos sujeitos e seu encadeamento.

Também do exposto é possível verificar que o apego ao conceito de ação, historicamente vinculado aos esforços exitosos em conferir autonomia (inclusive científica) ao processo, tornou sua explicação complexa, pouco aderente às diferenças das posições dos sujeitos (entre o *iter* e os eixos inicial/final); segregadora (excludente) quanto às posições do réu (pois este teria bem o direito de defesa, e, não, de ação) – ou das do juiz (para Fazzalari, para o qual o contraponto de ação – agora de ambas as partes – seria a função do juiz).

Então, conclui-se que mais coerente que continuar insistindo na ideia de ação (vinculada à sua origem material polarizada) é, de fato, partir para uma categorização e conceituação ainda mais autônoma, tratando de processo como decorrente do direito ao processo (de ambas as partes, incluindo a posição do juiz) e à tutela (na sua acepção mais ampla, conforme disposto acima). Naturalmente, a demanda é ato polarizado e com importância específica quanto aos efeitos que gera no processo, mas não apegada ao direito de ação, mas como ato inserido no direito ao processo e à tutela. Aqui parte-se das citadas críticas de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, mas com acréscimos que se fará ao conteúdo destes direitos (ao processo e à tutela) no tocante às posições dos sujeitos, conforme se desenvolverá mais à frente, nessa pesquisa.

Destaque-se, de todo modo, e por fim, que ressoa considerável aproximação das teorias (sobre ação e sobre processo) quanto à diferente natureza das posições do *iter* se comparada às posições de eixo do processo. Contudo, quanto ao conteúdo dessas posições do *iter* e sua dinamização pairam relevantes (e, em alguma medida, *aparentes*) divergências, do que se passa a tratar.

3 DAS POSIÇÕES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

3.1. Configuração mínima dos sujeitos do processo para análise de posição

É relevante traçar, brevemente, quem são os principais sujeitos titulares de posições processuais.

Para Cândido Rangel Dinamarco, os sujeitos (que, por sua acolhida à teoria de relação, são sujeitos da relação processual) são “*todas as pessoas* que figuram como titulares das situações jurídicas ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual”.²³³

Dentre tais sujeitos, há o que se convencionou chamar de partes ou sujeitos *parciais* do processo. Na estrutura mínima,²³⁴ figuram como sujeitos parciais o autor e réu porque, e em distinção à figura do juiz, e nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, são “sujeitos *interessados* da relação processual”.²³⁵ E, ainda, nas palavras do antecessor Enrico Tullio Liebman, “sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”.²³⁶ Ambos os autores²³⁷ balizam essas concepções na constatação de que tais sujeitos, detentores de pretensões (próprias ou alheias), adquirem a posição de futuros destinatários de provimento jurisdicional.²³⁸

Sem desmerecer a profícua análise de todos os sujeitos que possam, ainda que pontualmente e desvinculados ao pedido de tutela (e mesmo interessados²³⁹ em fragmentos

²³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 228.

²³⁴ Em designação bastante adequada conferida por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil* cit., p. 289).

²³⁵ Idem, p. 287.

²³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* cit., p. 123.

²³⁷ Idem, p. 123-125; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 287-289.

²³⁸ É digno de nota que tal concepção é mais englobante se comparada à anterior adotada pelo italiano Giuseppe Chiovenda, e declaradamente extraída de Redenti, de que parte é “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” (*Principii di diritto processuale civile: le azioni il processo di cognizione* cit., p. 579). A concepção de Chiovenda, desse modo, assemelha-se mais à ideia de partes na demanda, distinguida por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil* cit., p. 321), e que exclui figuras como a do assistente. Compreensível, de todo modo, e contextualizando a pretensão de Chiovenda, que mirou-se mais em elevar a concepção de demanda como ato que contém o pedido (objeto do processo), em substituição à concepção de lide, demasiadamente vinculada à relação material discutida e, portanto, insuficiente a fenômenos em que tal sincronia não se faz tão inerente.

²³⁹ Em concepção de interesse não necessariamente vinculada à relação jurídica material discutida (e congregado na clássica fórmula do interesse de agir), e, sim, no interesse em ostentar situação de vantagem quanto a cada ato processual. No sentido da ampliação do conceito de interesse processual: CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Reconstruindo a teoria geral do processo cit. No mesmo sentido defende Fredie Didier Jr. em: As diversas posições jurídicas que um sujeito processual pode assumir em um mesmo processo: a dinami-

menores do fenômeno processuais), vir a assumir posições processuais, a configuração dos sujeitos parciais principais em estrutura mínima (autor e réu) servirá de base suficiente para o estudo.

Alerta-se, reiterando o exposto supra, que a análise da posição dos sujeitos, e notadamente dos sujeitos parciais, não estará adstrita à posição que detêm quanto à demanda inicial ou a outras hipóteses destinadas à compreensão da pretensão de tutela jurisdicional, mas também às posições perante o ato processual específico.

Em síntese, não se olvidará, como ponto de partida, do que se convencionou chamar de autor e réu (na demanda), ainda que para eventuais configurações posicionais tais designações reduzam a importância na dinâmica das partes e nos interesses que estas possam deter a depender da posição que titularizam no processo.

3.2. Noção dinâmica de posição – elemento concatenado entre ato passado e ato futuro

Conforme disposto anteriormente, posição processual é instituto invariável tanto aos que aderem à teoria relacional quanto aos que defendem a posição não relacional.²⁴⁰ A diferença que os delimita, portanto, é se essas posições, titularizadas individualmente por um sujeito, estão ou não em vínculo (jurídico) com posições de outros sujeitos do processo.

Pode-se constatar, inclusive, que o embate pode advir de diferentes premissas e esquemas teóricos, um focado no direito objetivo (perspectiva da norma) e, outro, no direito subjetivo (perspectiva do sujeito).²⁴¹ Também não se pode olvidar que, agora no âmbito da teoria geral do direito, e mesmo sob a perspectiva do direito subjetivo, há infindáveis disputas sobre a existência, ou não, de posições jurídicas inseridas em situações *não* relacionais²⁴².

cidade do interesse processual e da legitimidade. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-179/>. Acesso em: 10 jun. 2017.

²⁴⁰ Nesse sentido, para Aroldo Plínio de Gonçalves “Não é excessivo ressaltar que a expressão ‘posição subjetiva’ contém um sentido muito específico. Não se refere à posição de sujeitos em uma relação com outros sujeitos ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição dos sujeitos perante a norma, [...]” (*Técnica processual e teoria do processo* cit., p. 109).

²⁴¹ É possível extrair que a concepção *normativista* do direito, nominalmente ou não, opõe-se ao esquema de *direito subjetivo* (o qual parte das posições subjetivas e, não, da norma). A teoria normativista gera dificuldades de apreensão concreta e eficaz da posição dos sujeitos, que não estão na mesma base ou plano (abstrato) da norma.

²⁴² Em estudo no qual se propôs centralmente a analisar o tema, o civilista brasileiro Olímpio Costa Junior defende que situação jurídica é gênero da qual a relação é espécie. Situação jurídica é “um conceito genérico, capaz de compreender toda e qualquer situação da vida social regulada pelo direito”. Para o autor, há situações uniposicionais e relacionais. Nas situações relacionais, a incidência da norma estabelece vínculo entre os sujeitos. Quanto às uniposicionais, apenas um sujeito a comporia, sem vínculo, “interferência ou mediação de outrem”, que resultaria da incidência de normas de qualificação/organização (personalidade/capacidade/legitimação) (*A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São

Para o momento, basta fixar-se o termo posição como condição individual do sujeito em uma situação jurídica (conforme prescrição normativa do ato jurídico), seja esta relacional ou não.

Pois bem. Ocorrido o ato, a norma gera ao sujeito prescrito efeitos jurídicos que lhe configuram uma ou mais posições jurídicas.²⁴³ Estando, em primeira abordagem (retrospectiva), no campo *eficacial*²⁴⁴ do ato processual anterior, as posições, em momento seguinte/prospectivo, determinam e informam os atos e posições seguintes.²⁴⁵

Neste sentido, é possível também verificar que não só a prática do comportamento ativo do sujeito, mas também a conduta omissiva,²⁴⁶ ao mesmo tempo que resultam de posição anterior (relacionada a outro ato ou omissão que já havia gerado efeitos sobre o sujeito, conformando-lhe uma posição), dão origem a efeitos jurídicos novos que conformam outras posições e atos.

Paulo: Saraiva, 1994. p. 4-19). Não destoa das lições, em tempos mais remotos, do italiano Emilio Betti, que dispõe que, ocorrido, “concreto, um facto ou uma relação da vida social, que, [...] corresponda ao tipo de fatispécie contemplado, [...], produz-se a nova situação jurídica disposta em previsão”. Para o referido autor, situação jurídica é gênero, ao qual, ao lado da situação sem correlação com outro sujeito (organização/configuração), encontra-se a relação jurídica “como a espécie saliente, e mais completamente desenvolvida, do gênero ‘situação jurídica’, entendida esta expressão no seu significado mais lato, e exprime, com a bilateralidade que lhe é própria, a correlação necessária que ocorre entre poder e vínculo, entre posição activa e posição passiva” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1, p. 17-26). Apenas a título de notícia, tem-se que, quanto ao conceito mesmo de fatispécie (*Fattispécie*), do latim medieval que significa “figura de fato”, é conceituada por Emilio Betti como “hipóteses de facto, classificadas por tipos e, ao mesmo tempo, orientadas segundo as directivas de uma valoração jurídica”. É diferente, portanto, de fato jurídico, que indica a norma incidente sobre o fato propriamente dito (Idem, p. 17).

²⁴³ Como exposto por Marcelo Abelha Rodrigues: “as normas processuais que se sucedem ao longo do processo, gerando para cada específico participante uma posição jurídica na cadeia processual, são antes de qualquer coisa normas como outras quaisquer, com a peculiaridade de que são normas processuais que só devem incidir sobre fatos processuais. Todavia, inegavelmente são normas processuais abstratas que incidem sobre fatos (ou vice-versa), gerando situações jurídicas subjetivas” (*Manual de direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 263-264).

²⁴⁴ Nas palavras do italiano Francesco Carnelutti, ainda que já partindo de uma situação preexistente: “Efficacia giuridica processuale si ha quando l’atto determina il mutamento di una *situazione giuridica processuale*. [...]; un fatto giuridico à processuale non già *sia compiuto nel processo*, mai in quanto *sia rilivante per una situazione giuridica processuale*” (*Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1938. v. II, p. 60).

²⁴⁵ Explica Cândido Rangel Dinamarco que “cada ato realizado cria uma situação jurídica” a qual, “por sua vez, autoriza ou induz a prática de um novo ato; a realização do novo ato jurídico autorizado ou exigido dá vida a uma nova situação jurídica”. (*In: Instituições de direito processual civil* cit., p. 27). No mesmo sentido, FAZZALARI, Elio. *Processo civile (diritto vigente)* cit., p. 180; e CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 324; Redenti, Enrico. *Atti processuali civili*. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1959. v. 4, p. 138.

²⁴⁶ A parte que opta em não recorrer, na forma prescrita (tempo, modo etc.), de decisão desfavorável poderá, por exemplo, com os efeitos da preclusão, gerar situação de sujeição à outra parte (ainda que por meio da atividade jurisdicional) que lhe pode exigir uma conduta (derivada da produção de efeitos de uma decisão mandamental, por exemplo). A respeito da íntima ligação entre ônus e o efeito desfavorável para preclusão vide: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 97-105.

Note-se, pois, que a omissão possui papel central nos efeitos e na “dinâmica” do processo.²⁴⁷ Por essa razão, dizer que o processo é constituído de comportamentos ativos é uma simplificação, uma explicação reduzida do fenômeno, marcado pelo campo de peculiar liberdade em que as condutas omissivas assumem papel de intensa relevância. Nesse sentido, tratar-se-á o ato processual²⁴⁸ como gênero abarcador tanto de condutas comissivas como omissivas dos sujeitos, independentemente do grau de autonomia/determinabilidade que a vontade do sujeito tem sobre os respectivos efeitos da conduta (em que pese tenha sobre o ato). Em tal sentido não se considera adequada a exclusão, da conduta omissiva, da categoria de ato jurídico²⁴⁹ ou sua inclusão como ato-fato jurídico. Essa última designação destacaria que, em que pese haver conduta humana (ato), a vontade é totalmente irrelevante/abstraída para a apreensão jurídica do evento (aproximando-se de fato), não podendo ser analisada sob o âmbito da validade, portanto.²⁵⁰ Ora, a omissão, além de comportamento/conduta do sujeito, é volitiva; determinante ao comportamento, ainda que não aos efeitos, como é peculiar aos atos processuais em geral – notadamente quanto ao desfecho do processo (e como, inclusive, discutível critério distintivo entre os atos jurídicos em sentido estrito e o negócio jurídico).²⁵¹

²⁴⁷ Conforme destaca COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit.*, p. 111.

²⁴⁸ Ainda que não se ignore que a doutrina, em grande parte, aborda o ato processual sob a perspectiva de conduta ativa/comissiva. Como exemplos: BETTI, Emilio. Per una classificazione degli atti processuali di parte. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, parte 1, p. 106-124, 1928; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile cit.*, p. 60-66; Redenti, Enrico. *Atti processuali civili cit.*, p. 105-139; COULTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil cit.*, p. 206-208; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil cit.*, p. 547-558.

²⁴⁹ Como entende Cândido Rangel Dinamarco ao inserir as omissões como “meros” fatos jurídicos por consistirem em um “nada histórico” cujos efeitos “não dependem da vontade daquele que se omitiu” (Idem, p. 558). Ocorre, lembre-se, que a não autorregulação dos efeitos é justamente o que o mesmo autor acolhe como marca distintiva entre *ato* processual e negócios jurídicos: “os efeitos dos atos processuais são em princípio os que resultam da lei, e não necessariamente da vontade do agente, estando pois ausente, nesses atos, a vinculação entre a vontade manifestada no ato e o efeito a ser produzido, sendo essa vinculação uma fundamental característica dos negócios jurídicos (Emilio Betti)” (Idem, p. 551).

²⁵⁰ Categoria defendida por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. II, p. 421-422).

²⁵¹ Em tal ponto bem colocada a ponderação de Paula Costa e Silva ao constatar o esmaecimento (e dificuldade de apreensão concreta) da distinção entre autorregulação de efeitos (negócio jurídico) e heterorregulação – isto é, por lei – desses mesmos efeitos (ato jurídico em sentido estrito). Tal se dá porque, em realidade, e em ambos os casos, “há toda uma série de combinações possíveis de autonomia com heteronomia”. Assim, e considerando a inexistência prática de categorias puras (negócios jurídicos com efeitos exclusivamente regulados pela vontade das partes e atos com efeitos integralmente previstos em lei), a portuguesa entende que adotar a distinção é aceitar uma “gradação da autonomia”, o que significa “uma perda de precisão no estabelecimento da dicotomia acto simples/negócio jurídico e na qualificação do facto concreto” (*Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit.*, p. 232-233).

Na esteira das lições da portuguesa Paula Costa e Silva, a conduta omissiva processual é qualificada como voluntária pois a demonstração de justo impedimento (no nosso direito processual designado como justa causa)²⁵² permitirá a retrocessão da oportunidade da conduta ativa.²⁵³ Não se verifica, igualmente, utilidade distintiva (ou seja, não inclusão na categoria de ato jurídico em sentido estrito) a fim de que não se atribua, pelo elemento volitivo, efeitos indesejáveis à omissão; como, por exemplo, considerar-se a omissão em contestar como preclusão (ou ato contraditório) à produção de provas pelo réu.²⁵⁴ Os efeitos da omissão – tais como preclusão e outros efeitos desfavoráveis – são disciplinados, caso a caso, pelo ordenamento, não sendo marca distintiva (como aos demais atos em geral) a vontade do sujeito quanto à amplitude de efeitos ou resultados dessa omissão.

Estabelecidas estas premissas, observa-se efetiva vantagem de tratar das posições processuais, em comparação aos atos. As posições, de modo mais completo e abrangente, não só (em momento retrospectivo) albergam efeitos das condutas (comissivas e omissivas) realizadas, mas, também, projetam e delimitam as ações e omissões que dela poderão derivar, em concatenação. Nas palavras de Antonio do Passo Cabral, ao revisar as posições nas teorias do processo e avaliar as previsões normativas para as posições (notadamente do ônus cuja omissão é lícita, mas, não, favorável) impulsionadoras do agir, defende que os “padrões de comportamento são, agora, prescritiva e teleologicamente estimulados, e não apenas retrospectivamente sancionados”.²⁵⁵

A ideia de concatenamento²⁵⁶ de posições é bastante relevante ao indicar que a posição do sujeito funciona como força motriz do processo, pois não se encerra no momento eficaz da norma (ou de outros atos vinculantes derivados da permissão desta, como o previsto em negócio jurídico processual), mas, também, determina²⁵⁷ os espectros possíveis para o

²⁵² Como exemplifica o atual art. 223 do CPC: “Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa. § 1.º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário”.

²⁵³ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo* cit., p. 294-297.

²⁵⁴ Exemplificativamente, preocupação destacada por Eduardo Luiz Cavalcanti Campos em Ato-fato processual: reconhecimento e consequências. *Revista de Processo*, ano 41, São Paulo, v. 245, abr. 2016.

²⁵⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais* cit., p. 206.

²⁵⁶ Nos termos em que descreve Flávio Luiz Yarshell em passagem que se refere à relação, mas de indistinta aplicação à teoria opositora: “o ato que integra o procedimento é resultado do exercício de uma posição emergente da relação processual; ato cuja prática gera uma nova posição, cujo exercício resulta em novo ato, e assim sucessivamente” (*Curso de direito processual civil* cit., p. 295).

²⁵⁷ Marcelo Abelha Rodrigues dá ideia de potência, e sintetiza: “todo o processo é na verdade um conjunto de atos em potência e atuais ao mesmo tempo, tendentes a um mesmo fim. Assim, o despacho que ordena a

próximo ato (e seus efeitos). Aí ressoa o caráter dinâmico da posição, amalgamador (dos atos), prospectivo e delimitador de condutas e posições futuras.²⁵⁸ Nas palavras do italiano Pietro Perlingieri: “A atividade ou o ato jurídico outras coisas não são que a realização de uma situação, de um poder conferido ao sujeito”.²⁵⁹

Portanto, diverge-se da corrente que defende inadequado designar o processo por meio das posições (em situações uniposicionais²⁶⁰ ou relacionais), porque seria fenômeno estático e posto apenas quanto aos efeitos jurídicos de ato passado. Para além de determinar momento de eficácia ou incidência sobre ato anterior, a posição, no processo, delimita os atos (e posições, conforme se elucidará abaixo) que normativamente poderão se originar dessa mesma posição. Assim, a concepção de posição, vista de modo prospectivo e teleológico no processo, oferece cenário amplo, condensador, dinâmico²⁶¹ e rico das perspectivas (e não só de enfoque retrospectivo) da marcha processual, dando suporte técnico adequado (e mais completo) ao processo e às garantias que o informam. Essa percepção, portanto, prescreve uma ótica mais englobante da análise do fenômeno.

Relevante, então, compreender as principais posições e classificações correntemente descritas pela doutrina. Neste ponto, concentrar-se-á em expor as principais categorias com enfoque em seu conteúdo, notadamente pela (e como se verá) indissociável divergência de termos e elenco.

citação já existe como despacho mas é mera potência quanto à citação” (*Manual de direito processual civil* cit., p. 266). Em compreensão semelhante, Paula Sarno Braga, ao designar processo como “ato (procedimental) potencialmente eficaz” (*Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro* cit., p. 122-125).

²⁵⁸ Como bem elucidada o civilista italiano Pietro Perlingieri, exemplificando o ato assinatura do cheque com o efeito (obrigação de pagar), concatena que: “A obrigação de pagar não é o pagamento (o qual é execução, adimplemento da obrigação), ela não é um *fato*, mas um *conceito* que permite avaliar um comportamento. O pagamento (fato) é o comportamento conforme à obrigação de pagar (efeito), que deriva da emissão do cheque (fato). O efeito é instrumento de avaliação do agir humano segundo categorias. O conceito geral de tais categorias é a situação jurídica”. Arremata que os comportamentos delineados pelo conceito de situação “constituem o perfil dinâmico” desta (*Perfis do direito civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 105-106).

²⁵⁹ *Idem*, p. 106.

²⁶⁰ Tais como defendido pela Paula Sarno Braga, para a qual, como visto anteriormente, afirma que o processo, como dinâmico, não pode *ser* relação jurídica (estática) – ainda que gere, no plano *eficacial*, diversas situações jurídicas, categorizando, o processo, então, com “ato (procedimental) potencialmente eficaz” (*Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro* cit., p. 122-125.); e, em sentido similar, Fredie Didier Jr., por processo não ser, mas gerar, situações – para ele, relacionais (*Teoria geral do processo, essa desconhecida* cit., p. 84-85).

²⁶¹ A respeito deste aspecto dinâmico como a outra face do aspecto estático (eficacial) entre norma e fato vide VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 139-141.

3.3 Principais classificações gerais de posição

3.3.1 *Posições para Oskar von Bülow e para James Goldschmidt – entre a brevidade e a insuficiência de explicações*

Oskar von Bülow, ao sistematizar processo como relação jurídica distinta e autônoma da relação material discutida, buscou demonstrá-la em linhas gerais (e suficientes ao objetivo de destacar os pressupostos processuais), e não em seu conteúdo mais analítico. Assinalou a mútua vinculação das partes e do juiz no processo, que disciplina faculdades, deveres, direitos e obrigações, todas em reciprocidade e vinculação.²⁶² Ressalta que o juiz teria a obrigação de decidir o pedido e as partes em colaborar e se submeter a tal decisão.²⁶³ Ainda, ilustra que para tal ato final ocorrem diversos atos sucessivos, em relação jurídica em transformação e movimento, em processo que avança de modo gradual.²⁶⁴

Além dessas premissas postas de modo geral e rápido, por meio das quais não aprofunda cada uma das posições e modo em que se colocam em relação jurídica, verifica-se que abordou, de modo mais central, os *ônus* (ainda que sem os conceituar), pois se imbricam em sua distinção quanto aos pressupostos processuais e as defesas materiais. Para tanto, trata especificamente do reflexo sobre os respectivos ônus de alegar e provar²⁶⁵ em cada uma dessas matérias. Lembra que os ônus devem ser divididos, quanto à matéria de fundo, de modo igual entre as vantagens e desvantagens para contribuir para uma decisão favorável. Quanto aos pressupostos, defende o caráter público que indica posição ativa do juiz na verificação da presença (não sendo necessário que o réu alegue e prove sua falta ou vício).²⁶⁶

Essas lacunas e o modo superficial em tratar das posições foram apontados pelo opositor James Goldschmidt, para o qual no processo não haveria obrigações e direitos em correlação. Existiriam, diversamente, direitos/possibilidades, ônus e alguns deveres. A obrigação do juiz em decidir a demanda não estaria na esfera processual, mas de direito público perante o Estado e o cidadão. E, ainda assim, sem correlação com direito subjetivo²⁶⁷

²⁶² BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* cit., p. 1- 2.

²⁶³ Idem, p. 2-3.

²⁶⁴ Idem, p. 3.

²⁶⁵ Nas palavras do autor: “El examen acabado de los presupuestos procesales es también provechoso para resolver la importante cuestión de si la *carga de las alegaciones y de la prueba* corresponde al actor o al demandado en el proceso preparatório” (BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* cit., p. 8 e 297-302).

²⁶⁶ Idem, p. 297.

²⁶⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 19.

porque o cidadão estaria sujeito ao império estatal em derivação da relação geral que possui com o Estado.²⁶⁸

Ao tratar das posições que adota, inicia com o que chama de direitos processuais ou possibilidades processuais. Vincular-se-ia a uma situação processual favorável, como “prognósticos de causalidade” com a resolução final favorável.²⁶⁹ Referido processualista defende que, diferente do direito material, os direitos processuais não se correlacionam com deveres de outro sujeito e não podem ser violados por um obrigado, senão frustrados dentro da matéria de erro judicial, com efeitos de nulidade ou impugnação de tal ato judicial.²⁷⁰

Para Goldschmidt, esses direitos/possibilidades não seriam direito potestativo, pois não constituem relações e também não derivam de negócio jurídico. Assim, o ajuizamento da demanda não emerge de um direito potestativo, mas no exercício da possibilidade de ser ouvido.²⁷¹

O mesmo autor destaca que processo não é direito público, no que justifica a grande disponibilidade das partes em agir ou se omitir a seu arbítrio.²⁷² Não exclui normas de interesse público no processo, mas seriam tão excepcionais²⁷³ que não retirariam sua natureza (então, eminentemente) privada.²⁷⁴ Assim, os direitos processuais podem ser renunciados ao não se aproveitarem as possibilidades processuais (como renúncia à réplica), as quais se extinguem pelo desuso.²⁷⁵

Como *antítese* dos direitos processuais, destaca que os ônus seriam posições apresentadas para evitar prejuízos ao onerado, e, em última escala, uma sentença desfavorável a este.²⁷⁶ Seriam, então, com base nessa premissa “imperativos do próprio interesse”.²⁷⁷ E não são obrigações, e, sim, ônus (de comparecer, fundamentar, provar, contestar). Afirma, então, que, por ser imperativo do próprio interesse, o ônus não possui correspondente de direito perante outra parte ou o Estado.²⁷⁸

²⁶⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 19.

²⁶⁹ Idem, p. 64-65.

²⁷⁰ Idem, p. 66-67.

²⁷¹ Idem, p. 68.

²⁷² Idem, p. 69-70.

²⁷³ No mesmo sentido de serem excepcionais a ponto de não impactarem na essência das posições processuais (LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, v. 9, parte 1, p. 153, 1954).

²⁷⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 71.

²⁷⁵ Idem, p. 73-74.

²⁷⁶ Idem, p. 82-83.

²⁷⁷ Idem, p. 82.

²⁷⁸ Idem, p. 84.

O autor não descarta, por outro lado, pontuais previsões legais em que haveria efetivo *dever* (como o de dizer a verdade).²⁷⁹

Conjectura o alemão que o cumprimento de um ônus pode vir acompanhado de uma efetiva vantagem, caso concorra com uma possibilidade (como a de recorrer).

Desta breve exposição (que será aprofundada especificamente quanto à tratativa do ônus) é possível constatar que, se, por um lado, Oskar von Bülow tratou de modo breve da existência da relação jurídica (sem aprofundar o conteúdo das posições e seus vínculos), por outro, James Goldschmidt faz considerável esforço em retirar os vínculos jurídicos entre as posições. Sempre que antevê a necessidade de os justificar (como quanto ao que vincula o juiz à demanda e a decidir) expõe que não se trata de direito processual (senão público).

Em contrapartida, mesmo destacando que não se trata de relação obrigacional (o processo, porque identifica uma de direito público não processual), Goldschmidt usa a categoria de direito (mas o transmuta à natureza processual como possibilidade) e deveres, sempre destacando ausência de correlação. A antítese (e não correlação) do direito, que seriam os ônus, apresenta com esses direitos difícil distinção. A distinção entre ônus e direitos/possibilidades se mostra mais um ponto de diferentes perspectivas entre alcançar uma vantagem ou evitar uma desvantagem, do que de marcadas diferentes posições.

3.3.2 *Posições em Francesco Carnelutti – dificuldades do prisma do conflito de interesses sobre as posições ativa, passiva e neutra*

Após oposição de James Goldschmidt²⁸⁰ à teoria de Oskar von Bülow, criticando este quanto ao enquadramento indevido do processo em relação obrigacional de direito privado e propugnando que a posição de *ônus* tomaria ao lugar das obrigações,²⁸¹ verifica-se como referência na sistematização dessa posição, e também de outras, pelo italiano Francesco Carnelutti.

Distinguindo as situações derivadas de norma material das de norma instrumental,²⁸² expõe a interferência entre ambas as categorias partindo da ideia de conflito de interesses²⁸³

²⁷⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 82-83.

²⁸⁰ Idem, p. 11-23; e *Direito processual civil* cit., p. 16-18.

²⁸¹ Idem, *ibidem*.

²⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 47 e ss.

²⁸³ Francesco Carnelutti, ao expor as premissas de sua obra, dispõe como conflito de interesses a hipótese em que a satisfação de uma necessidade exclui a satisfação de outra. E quando essa contraposição se dá entre sujeitos diversos e a resolução é prevista pelo ordenamento, dá origem a uma relação jurídica. Há, assim, nesse conflito, um interesse protegido, e outro subordinado a este. E, como o interesse é uma “posizione dell’uomo”, constitui-se, cada qual, em uma situação jurídica, cada qual contraposta e combinada, a qual,

dispostos no processo. As normas materiais constituem os conflitos imediatamente, prescrevendo a solução genérica, e as instrumentais compõem mediamente, por intervenção judicial (que disciplinará a atuação dessa norma material). A norma material (geral) estaria entre a instrumental (como meio) e o comando (como fim). A interferência dessas categorias de normas (material e instrumental) disciplinaria a conexão entre *direito* subjetivo e obrigação (material) e poder e sujeição (instrumental).²⁸⁴ O poder agiria como um instrumento do titular do interesse protegido, e, por outro lado, esse próprio instrumento poderia acarretar obrigação (derivada, justamente, do comando concreto produzido pelo juiz).²⁸⁵ Ao lado destas (direito/ obrigação; poder/sujeição), e no campo da liberdade (o que excluiria, portanto, a sujeição e obrigação, e seus respectivos correlatos), estariam a faculdade e o ônus.

Carnelutti inicia, então, com as posições de poder e sujeição em face das de direito e obrigação. Explica poder como possibilidade de comandar, da qual se vale o direito como possibilidade de lançar mão desse poder. O poder domina, sujeita, pois os efeitos que seu ato produz independem da vontade do sujeitado (a resistência deste é inócua). Diferentemente, a obrigação é a subordinação, do interesse próprio, a outro interesse.

O mesmo autor ainda dispõe que há poderes cujo exercício constitui uma obrigação (poder obrigatório ou vinculante), em contrapartida ao poder livre ou discricionário. No poder vinculado, uma vez presentes os requisitos para sua prática, seu não exercício constitui o descumprimento de uma obrigação, ou, seja, um ilícito. Exemplifica, aqui, o juiz que deixa de atuar conforme prescrito, preferindo tratar de assuntos particulares seus.²⁸⁶

Carnelutti afirma, sempre com base em suas grandes premissas, que *não* há correlação entre poder e sujeição e, assim, não há relação jurídica, pois entende como relação jurídica “un conflitto di interesse regolato dal diritto”²⁸⁷ (considerando que o interesse ou resistência do sujeitado são inócuos ou irrelevantes ao poder). Não por outra razão, adiante-se, o italiano se opõe ao conceito de direito potestativo. Como direito pressupõe relação – e relação pressupõe vínculo de direito e *obrigação* – a simples automática realização de efeitos não pode constituir, em si, um direito²⁸⁸ (senão uma faculdade, como se verá adiante).

por sua vez, é elemento da relação jurídica. A situação passiva é a do interesse subordinado conforme norma jurídica, que o vincula ao interesse protegido, situação ativa. Essa noção vincula, ao italiano, a imprescindibilidade de interesse para determinar a relação jurídica, constituída por um sujeito de direito (interesse protegido) e o sujeito obrigado (interesse subordinado) (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 7-44).

²⁸⁴ Idem, p. 47-51.

²⁸⁵ Idem, p. 47-48.

²⁸⁶ Idem, p. 51-52.

²⁸⁷ Idem, p. 53.

²⁸⁸ Idem, ibidem.

Prossegue o italiano explicando faculdade como posição de liberdade, *derivada* da do titular de direito (este, sim, em posição ativa de interesse, em conflito, tutelado), e dessa derivação implica o desgarramento (ao menos imediatamente) de tal interesse (a faculdade resguarda um interesse independente do conflito).²⁸⁹ Nesse ponto, e rejeitando, como se viu, o conceito de direito potestativo (que entende ser essa abordagem de faculdade, à disposição do titular do direito subjetivo), explica, exemplificativamente sob esse específico enfoque, que não há *direito* potestativo, e, sim, *faculdade* em exercitar a ação para obtenção de tutela. A ação é direito subjetivo cujo exercício de respectiva faculdade depende a obrigação de tutela jurisdicional, obrigação esta como correlação necessária do direito (de ação).²⁹⁰

Ônus, por outro lado, é uma faculdade cujo exercício é condição necessária para obter uma vantagem em interesse próprio. Distingue-se, assim, de obrigação, cujo interesse a ser atendido é o de outro sujeito.²⁹¹ Do mesmo modo (e ao categorizar os atos) defende distinção entre ônus – como ato necessário para o atingimento da situação favorável, mas cuja omissão não importa ilícito – e obrigação – como ato devido –, cujo descumprimento incorre em ilícito. Em regra, segundo o autor, são atos de omissão (derivados de exigências de posturas éticas das partes, como não produzir prova falsa etc.).²⁹²

A partir de tais premissas e sempre partindo dos sujeitos em conflito de interesses (regulado por normas que denominou de materiais), designa os estados dos sujeitos em de necessidade, liberdade e supremacia, os quais se traduziriam, respectivamente, nas posições passiva, neutra e ativa.²⁹³

As passivas assim se enquadrariam por corresponder a um sacrifício ou “subordinação de um interesse” e seriam, por sua vez, a sujeição, o ônus e a obrigação.²⁹⁴ Notadamente, esta última se distinguiria do ônus, pois o interesse a que se subordina é de outro sujeito, enquanto no ônus o interesse é o próprio.

A situação neutra, por outro lado, constituída pela posição da faculdade, é qualificada por uma liberdade, do que se distinguiria, por sua vez, das posições ativas (compostas pelo direito e poder), pois para estas a liberdade estaria atrelada à supremacia de interesse (no direito, interesse próprio, no poder, de outro – como domínio da vontade de outro, sujeição).²⁹⁵ Ainda, não sendo necessária para obtenção de vantagem, não se enquadraria no ônus.

²⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 54.

²⁹⁰ Idem, p. 54-55.

²⁹¹ Idem, p. 55.

²⁹² Idem, p. 86-89.

²⁹³ Idem, p. 56.

²⁹⁴ Idem, ibidem.

²⁹⁵ Idem, ibidem.

Essa classificação apresenta obstáculos e limitações evidentes desde logo.

De início, porque se vincula intrinsecamente a premissas bastante particulares de relação jurídica e conflito, conflito este trazido ao processo e às posições, como instrumentos de uma relação jurídica que, para o italiano, identifica-se necessariamente com relação prestacional (uma das razões pelas quais não atribui vínculo jurídico relacional entre poder e sujeição). Passa ao largo, portanto, de posições não conflituosas (ou para cuja compreensão e regulação a situação substancial não seja relevante ou determinante)²⁹⁶ ou em que o interesse não seja visto unicamente frente à situação de direito material.

Isso fica evidente na dificuldade de compreender a categoria da faculdade e sua neutralidade. Não é coerente partir da premissa do conflito de interesses para designar o direito e, depois, inserir uma categoria (pela simples hipótese de ser instrumento do direito subjetivo) desvinculada dessa premissa. Ainda, inserir o ônus como espécie de faculdade com o adjetivo de necessidade do ato para uma vantagem ao sujeito é inserir, lado a lado, categorias que seriam, entre si, gênero e espécie (faculdade e ônus, respectivamente).

Finalmente, soa artificial incluir o ônus como posição passiva sob a justificativa de que o sujeito se subordina ao interesse dele mesmo.²⁹⁷ Ora, subordinação é uma categorização, em regra, relativa (a um fator externo). Ônus, sob a designação de interesse apenas na esfera do sujeito onerado é categoria absoluta. Do mesmo modo, seria possível, pelas mesmas premissas do italiano, enquadrar o ônus como categoria ativa, pois naturalmente o sujeito possui supremacia em favor do interesse único e seu, sem correlação.

No mais, as posições ativa e passiva das demais posições (direito/dever; poder/sujeição) não apresentam originalidade (e, contestação), à exceção da compreensão do autor de que não haveria correlação entre as posições de poder e sujeição (por ausência de conflito de interesses, pois o interesse do sujeito é irrelevante à satisfação do interesse de quem possui poder).

A defesa de que não há, em regra (à exceção das posições de direito e dever), correlação entre as posições dos sujeitos, é problemática se confrontada com a sua teoria acerca da natureza do processo, ou aos efeitos que esta gera.

²⁹⁶ Nesse ponto, lembra-se das lições do brasileiro Antonio do Passo Cabral, no sentido que a posição dos sujeitos do processo não deve estar estaticamente vinculada aos polos da demanda, e, citando Fazzalari, defende que para a análise de muitos atos processuais a situação substancial não é relevante (CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Reconstituindo a teoria geral do processo cit., p. 8-10).

²⁹⁷ Nesse sentido, critica o civilista brasileiro Clóvis do Couto e Silva, para quem “custa imaginar” que como a ideia de ônus como “deveres para consigo mesmo” foi defendida por “conspícuos juristas”. Para o autor, dever é sempre “dever para alguém” e o assim ônus, para ter juridicidade de conceito, constituiria direito *formativo* (*A obrigação como processo* cit., p. 98).

Conforme visto anteriormente, o italiano defende que o processo gera um “emaranhado” de relações jurídicas,²⁹⁸ cuja dinâmica dá-se por meio de conexões e vínculos que não poderiam ser algo diferente de uma relação jurídica.²⁹⁹ Ora, se o processo é formado de posições que, em regra, não possuem correlação e vínculo entre si (à exceção daquelas diretamente formadoras da norma material concreta de direito subjetivo e obrigação) é difícil compreender de que relações e vínculos está a tratar quando designa o processo como relação jurídica. Parece certo, nesse sentido, concluir que essas posições, derivadas e subordinadas da relação de norma material (direito subjetivo e obrigação), seriam absorvidas por esta, que dariam ao processo o enfoque de relação.

Contudo, torna-se evidente que isso não explica, analiticamente, o vínculo entre as posições processuais de ônus, poder, sujeição e faculdade. Parece usar, como nexos unificador do processo (em relação) a situação (relação) material trazida, o que se aproxima mais da teoria de James Goldschmidt, no que esse designa ser a situação material discutida o critério unificador das posições processuais.³⁰⁰ O alemão, do mesmo modo, não negou a existência de relação jurídica entre as partes e o juiz quando se analisa a posição de obrigação deste em administrar a justiça e a das partes, de sujeição ao Estado (contudo, qualifica essa relação como de direito público, não processual, processo cujo conteúdo não é formado de relações).³⁰¹

3.3.3 Piero Calamandrei – essencialmente posições de poder/sujeição, obrigações e ônus em dinâmica de colaboração

Piero Calamandrei apresenta classificação distinta da de Carnelutti. Inicialmente, defende que o processo não admite a configuração clássica de direito subjetivo e *obrigação*. Para tanto, defende que o juiz tem *poder-dever* de praticar todos os atos processuais que lhe incumbem, e não a obrigação disso. Descreve que a faculdade de as partes demandarem tutela não se enquadraria no esquema típico de direito subjetivo, pois, quanto ao Estado-juiz, e porque tem interesse também no exercício da jurisdição, “no se puede reducir a la figura del obligado que, con sacrificio del interés propio, se ve compelido a cumplir en interés del titular de derecho”.³⁰²

²⁹⁸ Para tanto, utiliza a expressão “groviglio” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo* cit., p. 34 e ss.). Tal palavra é traduzida, em geral, como “feixe” (como exemplo, DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida* cit., p. 83).

²⁹⁹ Idem, p. 36.

³⁰⁰ Idem, p. 60.

³⁰¹ Idem, p. 19.

³⁰² CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 338.

Assim, as partes teriam direito potestativo de, por meio de seus atos, provocar o juiz às decisões, e estas, por sua vez, sujeitam as partes. Mais que isso, as partes teriam, indistintamente, “direito abstrato de atuar” com o objetivo de o juiz decidir de modo favorável.

Pondera, ainda, que há típicas obrigações das partes (tais como lealdade e probidade), obrigações esta em favor do Estado³⁰³ (e não da contraparte). Trata, ainda, de ônus para mencionar as hipóteses em que o comportamento previsto ao sujeito o é em favor de seu próprio interesse, com liberdade de agir, caso deseje alcançar uma vantagem, ou em contrapartida, cuja inércia favorece a parte contrária.³⁰⁴

Arremata, conforme premissas dispostas *supra*, que só se pode falar em relação processual se o exercício da função jurisdicional é limitado e condicionado pelas posições de ônus e poder das partes. Assim, o jogo das partes (entre poderes e ônus) se conforma em constante *colaboração* para o ato final jurisdicional, fixando os limites deste.³⁰⁵

Nesse ponto, verifica-se que qualifica as posições de modo relacional quanto aos poderes/sujeição, mas não o faz no tocante ao ônus, dinamizando-o apenas no objetivo das partes em colaborar com elementos que lhes sejam, ao final (no mérito), favoráveis.

3.3.4 *Posições para José Frederico Marques – ônus como imperativos de impulso processual*

O brasileiro José Frederico Marques elenca como posições direitos, deveres, obrigações, faculdades, poderes e ônus.³⁰⁶

Esclarece que as normas processuais criam imperativos ou ordens que regem os comportamentos dos sujeitos, e como aspectos fundamentais desses imperativos estariam os direitos (cujos imperativos implicam poder) e os deveres (cujos imperativos implicam sujeição).³⁰⁷

Destaca que, com “a propositura da ação”, seu titular (o autor) exerce o poder de obrigar o Estado a decidir. Desse exercício resulta a relação processual, da qual se originam direitos e deveres ao autor. O mesmo ocorre com o réu quanto ao seu direito de defesa.

Exemplifica como direitos das partes os de pedir provas, pedir correção de erros procedimentais, recorrer, entre outros, e ao juiz se congregam poderes para decidir o que lhe cabe.

³⁰³ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 339.

³⁰⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 340-341.

³⁰⁵ Idem, p. 341-342.

³⁰⁶ Idem, p. 217.

³⁰⁷ Idem, *ibidem*.

Afirma que os deveres e obrigações das partes são impostos para preservar interesses públicos, para o que a figura do ônus não seria suficiente para atingir esse escopo. Às partes caberiam, por exemplo, os de lealdade processual, de pagar custas; para o juiz, de conduzir e julgar a demanda (ou, motivadamente, a de não julgar por ausência de requisitos).³⁰⁸

Ao tratar especificamente sobre ônus, explica que é imperativo em favor do próprio sujeito onerado, a fim de que este evite um prejuízo. Há, contudo, liberdade em agir ou não. Essa faculdade congloba, contudo, efeitos desfavoráveis na omissão. Assim, o imperativo da norma cria efeitos alternativos para o onerado (a depender da ação ou da omissão). Verifica que ao ônus está intrinsecamente ligado o impulso processual (que ocorrerá seja na ação, seja na omissão) e é figura usada amplamente no processo (como reino do ônus).³⁰⁹

3.3.5 Elio Fazzalari – posições sob quadrante vontade do sujeito/efeitos do ato – desvinculação da situação material (“conflito de interesses”)

O italiano Elio Fazzalari elenca inicialmente as posições dos sujeitos como faculdades, poderes e deveres.³¹⁰ Descreve as posições das partes como faculdades (simples ato); poderes (declaração de vontade) e deveres (como de exhibir um documento – no contexto do ordenamento italiano);³¹¹ e a do juiz como dever (vinculado à sua função de órgão público, ainda que com conteúdo de dever discricionário).³¹²

Sem se vincular diretamente a tais designações, ainda diferencia a manifestação de vontade (poder) do mero ato (faculdade) porque a lei apenas reconhece efeito convergente à vontade manifestada na primeira posição (de poder). Para a segunda (faculdade), diferentemente, o ordenamento não confere efeito convergente ao interesse do agente, senão algo diverso ou até contrário³¹³ (podendo-se trazer, por exemplo, aqui, a faculdade de propor a demanda, cujo desfecho pode não coincidir com a vontade do proponente).

Por fim, pondera que, na hipótese de a lei disciplinar consequências prejudiciais derivadas da falta (omissão) do exercício dos poderes e faculdades (como a hipótese de juiz que não considerar fato porque não provado suficientemente), tais faculdades ou poderes podem ser considerados *ônus*.³¹⁴

³⁰⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 219 e 225-227.

³⁰⁹ Idem, p. 220-222.

³¹⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 78 e 421.

³¹¹ FAZZALARI, Elio. *Processo civile (diritto vigente)* cit., p. 175-176.

³¹² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 426 e 419-421.

³¹³ FAZZALARI, Elio. *Processo civile (diritto vigente)* cit., p. 180.

³¹⁴ Idem, p. 176. No mesmo sentido, de verificar que as faculdades apresentam também aspectos de ônus, Cândido Rangel Dinamarco, “na medida em que a omissão do exercício pode acarretar consequências desfavoráveis”, exemplificando-as (*Instituições de direito processual civil* cit., p. 29).

Acrescenta que todas as posições são titularizadas como consequência do direito de ação por ambas as partes, e não só por aquela que exerceu a faculdade de iniciar o processo.³¹⁵

O autor italiano não se utiliza, ao falar das posições, das categorias passiva, ativa e neutra, o que demonstra coerência com suas premissas (que não partem de conflito de interesses, subordinação e correlação entre posições).

Nota-se que referido jurista acrescenta elementos mais precisos aos conceitos (se comparados ao do italiano Francesco Carnelutti), notadamente quanto às posições das partes, por três razões.

O primeiro reside na eliminação da conceituação com enfoque no enquadramento das posições à situação de direito material (no conflito de interesses), simplificando-as, portanto, de modo bastante relevante.

O segundo refere-se à explicação da faculdade de modo mais satisfatório (igualmente desenquadrada de uma “acessoriedade” do direito subjetivo – como posição em favor deste) e aferível de modo objetivo, o que seja, posição de não convergência entre a vontade de seu titular e os efeitos previstos pela norma ao ato facultado.

Por último, e mais relevante, segregam-se de modo mais analítico as posições de poder/faculdade e ônus, considerando o específico enfoque da omissão. Se a ausência de ato suficiente (pelo titular da posição e de faculdade) se resolver em efeitos desfavoráveis ao posicionado, trata-se de ônus. Tal ponto explicita algo de relevante e explica que o ônus não pode, por si só, ser considerado passivo, em subordinação (de próprio interesse) ou de consequências favoráveis ou desfavoráveis, pois dependerá majoritariamente do comportamento (ativo ou passivo) do onerado.

O que se questiona, desde logo, como interseção das teorias (relação/situação) nesse modo mais analítico de ver o ônus, é como, por exemplo, resta enquadrada a posição de sujeição – correlata ao poder – ao este (poder) ser considerado ônus – com a verificação de a omissão trazer ao onerado efeitos desfavoráveis. Em outras palavras, indaga-se se o poder, e sua correlata posição de sujeição (sempre com base em premissas de relação jurídica), uma vez enquadrável como ônus, terá também posição de sujeição, em correlação.

3.3.6 *Posições para Hernando Devis Echandía e Enrique Véscovi – aproximação entre direitos, poderes e ônus*

O colombiano Hernando Devis Echandía categoriza as posições em direitos, faculdades, obrigações, deveres e ônus.³¹⁶

³¹⁵ FAZZALARI, Elio. *Processo civile (diritto vigente)* cit., p. 178.

³¹⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*. 2. ed. rev. e cor. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. p. 44-46 e 363-369.

Designa os direitos processuais como direitos individuais públicos como os de ação, de defesa, de provar, de recorrer, bem como os direitos patrimoniais de exigir pagamento de custas e de honorários periciais. Correlativamente, existem o dever de o juiz julgar a demanda, o de decidir os pedidos interlocutórios, entre outros; há também os deveres das partes como os de lealdade e de boa-fé (para as partes) e atos (para terceiros, como a testemunha de comparecer) – cujo descumprimento pode acarretar penalidades (multas), atos de coerção e força para o cumprimento e responsabilidade de indenizar.

Se do não exercício dos direitos decorrem consequências desfavoráveis, existirá um ônus de atuar (e que designa como posições ativas), cujo descumprimento pode impactar também nos direitos processuais. Exemplifica ônus como o de ajuizar demanda, defender-se desta, recorrer, produzir provas. Não existiriam ônus ao juiz.

Também há, por outro lado, as obrigações (que apenas existiriam pelas partes com relação ao Estado), como as de pagar custas e despesas, por exemplo, honorários do perito.

Do mesmo modo, existiriam as faculdades, de cujo não exercício não acarretam consequências desfavoráveis, mas o contrário (efetivo exercício) pode trazer consequências favoráveis. Ao juiz, exemplifica como faculdades a de determinar produção de provas ou intervenção de terceiro, ambos de modo oficioso. Às partes, os de impugnar perito (cuja omissão poderia não lhe acarretar prejuízo e o perito impugnado pode demonstrar aptidões suficientes) e o de constituir advogado em hipóteses nas quais o patrocínio não é exigido.

Há de verificar do elenco de direitos, para o colombiano (ajuizar demanda, contestar, produzir provas, entre outros), que estes se confundem com ônus.

A marca distintiva maior seria entre posições menos frequentes, como as faculdades (a omissão necessariamente não acarretaria consequências desfavoráveis, diferentemente do que ocorreria com os direitos e ônus), os deveres de boa-fé (para as partes), atos específicos (para terceiros) e de decidir a demanda e pedidos interlocutórios (ao juiz). Inclui ainda, em outra categoria, as obrigações (que apenas existiriam para as partes frente ao Estado), notadamente a de pagar custas.

O uruguaio Enrique Véscovi inicia a tratativa com a premissa de que a ação é um poder do qual derivam todos os outros (e intermediários entre a demanda e a providência final), do réu e do autor, ambos com o objetivo de o resultado final lhe ser favorável. Esse poder, contudo, vem limitado por deveres de lealdade e boa-fé.³¹⁷

³¹⁷ VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Colombia: Temis, 1999. p. 183.

Explica o referido autor que os poderes são tratados ora como direitos, ora como ônus (que categoriza como situação passiva). No entanto, destaca que o processo é composto majoritariamente de poderes, ônus e sujeições, se comparado a deveres e direitos. Destaca que em contrapartida aos poderes das partes há sujeição do juiz.

Ao tratar especificamente de deveres, descreve como deveres os de as partes pagarem custas, agirem com moralidade (boa-fé, veracidade; sobre pena da obrigação de indenizar, além de outras penalidades), e também o dever de obedecer as ordens judiciais (tais como as derivadas em sentença e as de execução) sob pena inclusive de atos de força.³¹⁸ Assevera ainda que todos os participantes do processo podem responder civilmente por abuso de direito processual.

Afirma que do poder de ação/contradição (a das posições que derivam) formam-se posições que se correlacionam em posições passivas (deveres, sujeições etc.) e ativas (direitos, ônus etc.) interdependentes e sucessivas.³¹⁹ No entanto, ao falar de posições, o jurista segrega o ônus daquelas em que os sujeitos se encontram em situação de reciprocidade, quais sejam os frequentes poderes e sujeições³²⁰ (se as partes estiverem em situação de poder, o juiz estará na de sujeição, e vice-versa).³²¹ Tal segregação funda-se justamente na acepção de que o ônus apenas interessa ao onerado³²² (em evitar posição desfavorável ou manter favorável, considerando que a própria categorização como posição passiva ou ativa não auxilia em muitos aspectos e não encontra convergência).

Nota-se que Enrique Véscovi congrega poderes, direitos e ônus como figuras muito afins, destacando que, quanto aos poderes das partes, há sujeição do juiz; mas, para o ônus, não há correlação. Além dos deveres frequentemente apontados pela doutrina (de lealdades processual), inclui o de pagar custas e os de *obedecer* às ordens judiciais (em especial as derivadas de sentença e execução).

Apesar do elenco mais amplo apresentado por esses autores, verifica-se tendência à simbiose entre posições de poder/ônus e direito (com o destaque de que o ônus não possui correlação) e na congregação de deveres/obrigações como figuras afeitas à lealdade das partes. Enrique Véscovi especificamente apresenta distinção ao tratar de sujeição (como contrapartida do juiz aos poderes das partes) e de dever das partes em obedecer ordem

³¹⁸ VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso* cit., p. 185.

³¹⁹ Idem, p. 183-184 e 187.

³²⁰ Não deixa de mencionar, no entanto, haver no processo outras posições, tais como deveres pelo pagamento das despesas processuais (e no descumprimento, responsabilidades); dever de moralidade; direito de obter o pronunciamento judicial; poderes do juiz de direção, de instrução, de decidir (Idem, p. 245-252).

³²¹ Idem, p. 244.

³²² Idem, p. 279-280.

judicial, e Hernando Devis Echandía, ao tratar das faculdades (para o juiz e partes) como posições de liberdade cujo descumprimento não é sancionado ou não deriva consequências desfavoráveis.

Portanto, há aproximação quanto ao *iter* processual (ônus/poderes/direitos/deveres) e maior distinção na entrega jurisdicional (se deriva de sujeição ou de dever do juiz).

E, ao que, interessa, por ora, basta destacar a convergente aproximação das figuras de poderes, ônus e direitos.

3.3.7 Cândido Rangel Dinamarco – simbiose de posições: “tudo são ônus”

Cândido Rangel Dinamarco, não incorporando a conceituação de Francesco Carnelutti quanto às posições neutras, apenas divide-as entre ativas e passivas.³²³ As primeiras (ativas) *possibilitariam* a prática de atos de interesse do seu titular ou exigiriam essa prática por parte de outro sujeito. São os poderes e as faculdades. As passivas, por sua vez, impeliriam o sujeito ao ato, seja em favor de interesse alheio (dever, sujeição), seja para evitar a si mesmo prejuízo (ônus).

Acrescenta que o juiz detém o poder-dever (“poder vinculado” para Carnelutti³²⁴) de decidir sobre todos os pedidos e situações do processo, a cuja autoridade as partes se *sujeitam*. Nesse ponto, dispõe que no “binômio autoridade-sujeição, racionalmente estruturado, reside a síntese das situações jurídicas passivas das partes”.³²⁵

Exclui, entre as posições processuais, direitos subjetivos e obrigações. Para tanto, conceitua³²⁶ direito subjetivo como “situação jurídica de vantagem em relação a um bem” contraposta à obrigação, como “situação jurídica de desvantagem em relação ao mesmo bem”. Ora, não sendo o Estado-juiz despojado de bem ou de interesse ao entregar a tutela jurisdicional (o que, em verdade, é seu interesse),³²⁷ é impróprio tratar dessas categorias no

³²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 231.

³²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 51-52.

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 233.

³²⁶ Ainda que confessando ser uma “redução simplificadora dos conceitos” (Idem, p. 241, nota 15).

³²⁷ Como já defendia Piero Calamandrei ao afirmar que a faculdade de as partes demandarem tutela não se enquadraria no esquema típico de direito subjetivo, pois, quanto ao Estado-juiz, que tem interesse também no exercício da jurisdição, “no se puede reducir a la figura del obligado que, con sacrificio del interés propio, se ve compelido a cumplir en interés del titular de derecho” (*Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 338).

processo.³²⁸ Diferentemente, destaca que há deveres das partes (como “imperativo de conduta no interesse alheio”), raros, mas que cujo descumprimento incorre em efetivo ilícito.³²⁹

Quanto às demais posições das partes, insta salientar a dificuldade do processualista brasileiro em visualizar faculdades puras. Para tanto, parte da particular premissa de que essa posição seria qualificada pela “liberdade de conduta” sem causar efeitos vantajosos ao titular, ou desvantagens a outro (se à parte) ou dever (se ao juiz). No primeiro caso, configurar-se-á poder (imporá desvantagem ao outro); no segundo, ônus (vantagem ou desvantagem a si, sem desvantagem a outro). Extraí alguns exemplos do que poderiam ser faculdades puras, tais como o modo de escrita da petição e o dia de protocolo da contestação (dentro do lapso temporal legal).³³⁰

Por fim, o mesmo autor conceitua a posição de poder como “capacidade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia”. Não obstante, exemplifica poder como o de *recorrer* (no sentido de que se optar por fazê-lo, gerará dever de o órgão jurisdicional proferir nova decisão) – posição que, sabe-se, pode ser inserta no conceito de *ônus*.

Quanto ao ônus como posição, que, apesar de inicialmente designar como situação passiva,³³¹ deixa evidente o que depois qualifica como “posição intermediária”,³³² uma vez que congrega ônus dentro da própria posição de faculdade (quando o exercício desta tem relevância jurídica). Nesse sentido, conceitua: “Há ônus quando o cumprimento de uma faculdade é necessário ou ao menos conveniente para a obtenção de uma vantagem ou para evitar uma situação desvantajosa” em todas as hipóteses, gerando efeitos apenas ao “próprio sujeito ao qual se dirigem”.³³³ O aludido jurista distingue, ainda, ônus absolutos de ônus relativos, a depender se seu descumprimento acarretar automaticamente situação desfavorável ou se apenas é um risco, respectivamente.³³⁴

Desta exposição é possível extrair que, inexistindo direitos e obrigações no processo, e afora as posições de poder-dever (estatal)/sujeição (sujeitos parciais) e dever (dos sujeitos parciais), há profunda *simbiose* entre as demais posições designadas pelo autor: quais sejam, ônus, faculdades e poderes (em semelhança ao que dispôs Elio Fazzalari, conforme exposto anteriormente); entre ônus e faculdades, quando seu ato gerar efeito ao sujeito; entre

³²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 241-242.

³²⁹ Idem, p. 240.

³³⁰ Idem, p. 235.

³³¹ Idem, p. 232.

³³² Idem, p. 232.

³³³ Idem, p. 235.

³³⁴ Idem, p. 236.

faculdades e poder, quando ato daquele gerar efeitos em esfera de outro sujeito; entre ônus e poder, quando a omissão deste gerar desvantagem ao próprio sujeito.

Também é de se questionar a relevância da posição “faculdade pura”, conforme conceito do brasileiro, pois, se não gera efeitos jurídicos, não parece ser categoria jurídica em si. Então, sequer se estaria tratando de posição jurídica processual; no máximo, de uma posição com visualização bastante tormentosa e escassa.

Igualmente, a própria categorização em passiva e ativa tem pouco alcance para explicar o ônus, pois, se o conceito de posição ativa é a possibilidade da prática de um ato de interesse do titular, é difícil compreender como não seria do *interesse* do onerado obter uma vantagem (ou evitar uma desvantagem). Seria passiva porque *impele* o sujeito à prática de ato (em próprio favor), ou seja, a distinção entre possibilitar e impelir, nesse quadrante, é pouco explicativa. Mesmo ao se falar de posição ativa, como a de poder (para o que o autor usou o exemplo de recorrer), não se verifica como o sujeito não será impelido a recorrer ciente de que a decisão desfavorável precluirá ou lhe tará prejuízos. Nesse ponto, tratar de interesse do sujeito (o que possui mais sentido à teoria carneluttiana de conflito de interesses) poderia ser substituído por efeitos favoráveis ou desfavoráveis³³⁵ ao posicionado em questão (nesse sentido, quanto ao que contribuem ou não ao resultado na decisão final).

Portanto, a classificação aqui se apresentou mais como um plano para explicar diferentes momentos ou *enfoques* dessas posições dos sujeitos (à exceção dos bem delimitados deveres, no que se refere às posições dos sujeitos parciais) do que para destacá-las como situações efetivamente distintas. Logo, bem ilustrativa a passagem em que o autor, ao conceituar deveres (como posição excepcional no processo), contrapõe-nos com ônus, técnica prioritária de opção normativa, intrínseca ao que entende como natureza “duelística” do processo. E em tal momento conclui: “Tudo são ônus, cujo descumprimento pode produzir desvantagens, mas não constitui *ilícito processual*”.³³⁶

O que se problematiza, por fim, e novamente na esteira das ponderações do espanhol Jose Vicente Gimeno Sendra,³³⁷ é como se explica e se sente o processo como relação jurídica (adotada por esse autor), se o processo é marcado de posições de ônus, categoria excludente de efeitos jurídicos e vínculos para outros sujeitos que não o próprio onerado. Difícil compreender onde está (ou estão) a relação jurídica, para além daquela existente

³³⁵ Como em sentido semelhante, e com destaque, explicou o brasileiro SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 98.

³³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 240.

³³⁷ Nesse sentido, GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* cit., p. 170-171.

frente à entrega jurisdicional final (relação esta, repise-se, que foi reconhecida pelo próprio James Goldschmidt),³³⁸ ou seja, como conteúdo do processo.

3.3.8 Heitor Vitor Mendonça Sica – posições sob a perspectiva da preclusão

Mais recentemente, Heitor Vitor Mendonça Sica, como premissa para tratativa do fenômeno da preclusão, analisou as posições dos sujeitos do processo³³⁹ e também as classificou em ativas e passivas.

Para as ativas, apontou que, além de seu ato gerar efeitos na esfera jurídica alheia, oferece necessárias vantagens na própria esfera, e a omissão (ou a prática em desconformidade com o modelo prescrito) consequências negativas.³⁴⁰ Contudo, ao tratar das passivas, notadamente do ônus, aproximou parte do conceito (quanto às posições ativas) ao delimitar que a consequência negativa adviria da omissão³⁴¹ e a vantagem em se desincumbir do ônus.³⁴² Não por outra razão apresentou críticas à clássica e estanque categorização do ônus como posição (apenas) passiva.³⁴³

O referido autor aproxima faculdade de ônus, considerando o ônus como imperativo do próprio interesse e a dificuldade em visualizar uma faculdade (pura) que não gere quaisquer efeitos (ainda que de pequeno grau) a seu agente. Não obstante, conclui que a diferença entre os institutos repousa, então, em que o inadimplemento do ônus (também como categoria ativa, pois a ideia de vantagem no ato e a de desvantagem na omissão são intrínsecas) gera, necessariamente, o efeito da preclusão, e o da faculdade, não.³⁴⁴ Ainda nesse sentido, trata dos direitos processuais (que considera expressamente como sinônimo de poder)³⁴⁵ como poderes sujeitos a ônus, e as faculdades, por sua vez, são poderes que não se sujeitam a ônus.³⁴⁶

³³⁸ Ainda que atribuindo a essa relação a natureza de não processual (GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* cit., p. 19).

³³⁹ O autor ressalva não tratar das posições correlatas (por entender que fugiria do escopo daquela pesquisa) e expressamente consigna seu entendimento de que há correlação, pois inerente a natureza de relação jurídica, “na qual os sujeitos assumem, recíproca e sucessivamente, várias posições jurídicas” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 96).

³⁴⁰ Idem, p. 98.

³⁴¹ Idem, p. 103.

³⁴² Idem, p. 100.

³⁴³ Idem, p. 100-102.

³⁴⁴ Idem, p. 99-102.

³⁴⁵ Idem, p. 102.

³⁴⁶ Idem, ibidem.

Por fim, Sica designa a posição passiva da parte como deveres (qualificando como vínculo de sujeição), que assinala serem excepcionais no sistema e os diferencia de ônus em inúmeros aspectos, no que se destaca (além de o dever atender interesse de terceiro ou público) o fato de que o dever é situação desfavorável, tenha o devedor cumprindo-a ou não (o sistema continuará a exigir o adimplemento ou o sancionará). Diferentemente, o ônus apenas terá efeito desfavorável (e irrepreensível) na específica hipótese de dele o sujeito não se desincumbir.³⁴⁷ Por fim, não obstante tratar apenas de deveres como posição passiva, ao descrever a posição do juiz (de dever-poder), correlaciona-a com a sujeição das partes.³⁴⁸

O enfoque do autor é diferenciado, notadamente ao vincular os institutos de preclusão e ônus, e estes com outras posições. Ademais, constatou que a omissão do onerado importa no efeito da preclusão – e a omissão do titular de faculdade, não.³⁴⁹ Sobre essas premissas, salienta que os direitos processuais (que trata expressamente como sinônimo de poder)³⁵⁰ são poderes sujeitos a ônus e as faculdades, por sua vez, são poderes que não se sujeitam a ônus.³⁵¹

Em síntese, verifica-se que o autor foi coerente em condensar as posições sob o enfoque de um dos efeitos negativos da inércia, ou seja, a preclusão. E, aproximando a posição do onerado e a preclusão (como efeito da omissão daquele), também aproximou as demais posições (em especial faculdade e poder) ao ônus.

Disso se pode extrair (e sempre com as ressalvas quanto aos específicos objetivos e enfoques do autor), novamente (como verificado nas exposições anteriores),³⁵² que as posições são cambiantes (especialmente entre poderes, faculdades e ônus), dependendo do enfoque. Na perspectiva dos efeitos da preclusão, é possível, para o autor, aproximar poder, de ônus (e, pela mesma razão, afastar faculdade de ônus).

O autor, aderindo à concepção de processo como relação jurídica, expressou a necessidade de harmonizar a situação jurídica “com a ideia de que o processo é uma relação jurídica, na qual seus sujeitos assumem, recíproca e sucessivamente, várias posições jurídicas”.³⁵³ E, não obstante afastar-se (pois desnecessário ao objeto de sua pesquisa) da análise da posição dos sujeitos sob a perspectiva do vínculo que cria entre os demais

³⁴⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 103-105.

³⁴⁸ Idem, p. 105-106.

³⁴⁹ Idem, p. 99-102.

³⁵⁰ Expressamente abdicando de adentrar nas inúmeras discussões a respeito: Idem, p. 102.

³⁵¹ Idem, *ibidem*.

³⁵² Notadamente o italiano Elio Fazzalari (*Processo civile (diritto vigente)*, p. 176) e o brasileiro Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil* cit., p. 29).

³⁵³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 96.

sujeitos,³⁵⁴ deixa antever coerência em sua premissa (de relação) ao aproximar o ônus a uma categoria correlacional (poder).³⁵⁵

3.3.9 Antonio do Passo Cabral – posições em difuso condicionamento de influência em contraditório cooperativo

Para compreender as críticas a respeito do processo como relação jurídica, o brasileiro Antonio do Passo Cabral descreve as posições em linhas gerais e parte da classificação (adotada por Carnelutti) em favoráveis, desfavoráveis e neutras.³⁵⁶

Nas favoráveis, estariam inseridos os direitos e os poderes. Aqueles (direitos) como “o poder de agir para a satisfação de um interesse próprio”,³⁵⁷ e estes (poderes) como “domínio da vontade alheia”.³⁵⁸ Descreve que tais posições aparecem em pares (direito/dever; poder/sujeição).

Em seguida, apresenta as faculdades como situações neutras pois são liberdades (assim como os direitos) que, contudo, “não se colocam em dualidade num conflito de interesses”.³⁵⁹ Nesse sentido, residiria aí a neutralidade. Entretanto, há dificuldade de visualizar essa categoria, pois ações e omissão poderiam “produzir condicionamentos reflexivos”.

Quanto às posições de desvantagem (dever, sujeição e ônus): o dever, posição de não liberdade de “cumprimento da obrigação”, sob pena de sanções; a sujeição, a “ineficácia do querer” perante um poder; o ônus, como uma obrigação do sujeito para com ele mesmo para satisfação de interesse próprio. Descreve que os “ônus, assim como as faculdades, não remetem a outros sujeitos”, destacando que servem para que o processo prossiga mesmo nas *omissões*.

Partindo dessas concepções de posições, problematiza-as. Defende que, em que pese as posições não poderem, em regra, ser consideradas aos pares, de modo bipolar ou dual (ou, ainda, por vetores em oposição), atualmente as “efetivas relações que decorrem do processo são tributárias do recíproco e difuso condicionamento que os sujeitos exercem

³⁵⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 97.

³⁵⁵ Idem, p. 102. Quanto à correlação de poder, o que seja, *sujeição*, contudo, destaque-se que, para esse autor, não há vínculo direto entre as partes, apenas por meio do juiz, que, assim, exercendo seu poder, sujeita as partes (Idem, p. 97, nota 12).

³⁵⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais* cit., p. 159.

³⁵⁷ Idem, *ibidem*.

³⁵⁸ Idem, p. 160.

³⁵⁹ Idem, *ibidem*.

uns aos outros”,³⁶⁰ assinalando que tal influência “ocorre em qualquer posição ou situação jurídica”.³⁶¹ Ao tratar do condicionamento difuso, esclarece que, ao “contrário dos vínculos contratuais, que possuem caráter mutuamente combinatório, os atos processuais não possuem uma direção única”.³⁶² Salienta, então, que o “poder-influência é circulatório e cambiante”³⁶³ e “não se afigura correlacional”.³⁶⁴ Conclui, com essas premissas revigoradas, que a relação jurídica processual constitui-se não só entre Estado e partes, mas entre todos os sujeitos do processo e que, pelo que entende de influência, isso importa “implicação mútua entre as partes”³⁶⁵ e, assim, efetivas relações jurídicas.³⁶⁶

O referido autor, portanto, abandonando o conceito creditório bipolar de relação jurídica, recoloca-a para explicar a complexidade do conteúdo do processo, que teria vínculos difusos quanto ao modo e direção das influências, abarcando posições não compreendidas no esquema clássico de correlação em contraposição (como direito e dever).

Cabral, ao aprofundar a análise da distinção entre deveres e ônus, acrescenta que as normas que regem os deveres são impositivas e as do ônus, potestativas, como poderes para alcançar posições.³⁶⁷ Aproxima a ideia de sanção para a posição do onerado, mas na abordagem de “sanção positiva” (diferente da sanção negativa/coercitiva) “de natureza persuasiva, condicionando as ações desejadas, ao invés de reprimir as indesejadas”.³⁶⁸

Nessa esteira, arremata que os “padrões de comportamento são, agora, prescritiva e teleologicamente estimulados, e não apenas retrospectivamente sancionados”. Tal premissa inclui “não só os ônus, como as posições jurídicas neutras e de vantagem na teoria das nulidades”.³⁶⁹

Extraí do princípio do contraditório que, além de garantir direito de participação, limita-o como dever de boa-fé.³⁷⁰ Do mesmo modo, “como a reflexividade do contraditório-

³⁶⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais* cit., p. 166.

³⁶¹ Idem, p. 166.

³⁶² Idem, p. 167.

³⁶³ Idem, p. 168.

³⁶⁴ Idem, p. 169.

³⁶⁵ Idem, p. 170.

³⁶⁶ Em suas palavras: “vimos que a releitura da teoria do processo como relação jurídica resgata democraticamente as mútuas implicações e vínculos entre os sujeitos” (Idem, p. 208).

³⁶⁷ Idem, p. 202-203.

³⁶⁸ Idem, p. 204.

³⁶⁹ Idem, p. 206.

³⁷⁰ Idem, p. 207 e ss.

influência pressupõe a alteridade e recíproca interferência [...], “podem ser exigidos certos deveres dos sujeitos do processo”.³⁷¹

O autor traz essas premissas para revisitar a teoria das nulidades, reduzindo seu campo de aplicação por meio das oportunidades do contraditório cooperativo, em mútua e convergente influência, de retificar ou aprimorar o ato.³⁷² Estaria incompleto, portanto, o estudo das nulidades considerando, de modo estático, o momento em que é praticado, desconsiderando o procedimento como dinâmico e reflexivo,³⁷³ ou melhor, nos reflexos e repercussão sobre o procedimento, de modo prospectivo.³⁷⁴ Assim, a nulidade “só pode ser analisada no desenvolvimento da relação jurídica processual e no palco das interações difusas que a compõem”,³⁷⁵ e, especialmente relevante, “se prejudicar a amplitude do contraditório e do caráter dialético do processo”³⁷⁶, ou resultar em “ruídos que perturbem a comunicação”³⁷⁷ (exemplifica com os vícios de intimação e publicidade).

3.4 Especificamente sobre o ônus pela preponderância no *iter* processual

É possível constatar, do exposto até aqui, convergência na constatação da importância do desenho conferido à posição dos ônus como figura determinante no *iter* processual.

Ainda que não se possa olvidar da relevância das outras posições descritas (as quais ora podem ser vistas como *aspectos* do ônus, ou, em outras vezes, posições pontuais que informam aspecto publicístico do processo, como os deveres), o ônus assume papel protagonista no processo,³⁷⁸ e em especial quanto às categorias ativas.

Nas supracitadas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, os ônus são técnica prioritária na opção normativa, inerentes ao que entende como natureza “duelística” do processo. E em tal momento conclui: “Tudo são ônus, cujo descumprimento pode produzir desvantagens mas não constitui *ilícito processual*”.³⁷⁹

³⁷¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais* cit., p. 225.

³⁷² Idem, p. 243-244.

³⁷³ Idem, p. 270-271.

³⁷⁴ Idem, p. 271-272.

³⁷⁵ Idem, p. 271-273.

³⁷⁶ Idem, p. 275

³⁷⁷ Idem, p. 276.

³⁷⁸ Já nesse sentido: LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile* cit., p. 151; e MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 222.

³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 240.

Do mesmo modo, o italiano Michele Taruffo³⁸⁰ reconhece ser o ônus a situação jurídica de maior importância (e não limitada apenas aos aspectos probatórios), pois configura a maior parte das situações em que são investidas as partes (senão, todas), o que se pode extrair da estrutura das posições, independentemente do nome que se atribua a estas.

O também italiano Crisanto Mandrioli, mesmo ao inserir os ônus como aspecto do poder, atestara a função central dos ônus na marcha processual.³⁸¹

Dessa feita, e por essas relevantes razões, dedicar-se-á maior aprofundamento aos elementos da posição do ônus.

3.4.1 Ônus e dinâmica processual – liberdade de conduta em dialética e ética

A busca pela explicação do processo para algo distinto de uma ideia de *subordinação*, derivada da concepção de obrigação, é notável pelo inestimável esforço em se categorizar a posição das partes em algo distinto do esquema obrigacional.

É possível constatar esse enfoque como uma das linhas centrais da obra do alemão James Goldschmidt, defendendo (até de modo bastante extremo) a premissa de que, no processo, os ônus tomariam o lugar das obrigações.³⁸² Nesse sentido, quando trata das posições, enfatiza a liberdade, a disponibilidade e a licitude das partes em agir (ou se omitir) para influir no resultado (motivo inclusive pelo qual insere o direito processual como direito privado).³⁸³

Nota-se referenciado trabalho de Carnelutti na distinção entre ônus e obrigações, em especial quando trata de ato necessário e ato devido. Ônus é faculdade cujo exercício é condição necessária para obter uma vantagem em interesse próprio – mas o não exercício não importa ilícito –, e a obrigação, por sua vez (cujo interesse satisfeito é o de outro sujeito), é posição cujo exercício é devido e o descumprimento incorre em ilícito.³⁸⁴ Apesar de inserir ônus como categoria de faculdade (esta inserta no âmbito da liberdade), coloca-o como categoria passiva³⁸⁵ (no que sofreu duras críticas, conforme se verá adiante).

³⁸⁰ TARUFFO, Michele. L'onere come figura processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. LXVI, n. 2, 2012.

³⁸¹ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli, 2000. v. 1, p. 32.

³⁸² GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 20-23.

³⁸³ Idem, p. 71.

³⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 84-90.

³⁸⁵ Idem, p. 53-57.

O alemão Friedrich Lent³⁸⁶ destacou a importância da categoria no trâmite e dinâmica processuais. Sob a premissa da liberdade que marca o onerado (em agir ou se omitir, sem, em qualquer caso, comprometer o trâmite processual), diferente das matrizes da obrigação, explica as vantagens práticas, no processo, da prevalência da posição de ônus (e a excepcionalidade da de obrigação). O ônus regula de modo mais simples e célere os atos processuais. Se se tratasse de obrigações, o processo poderia retroceder sem limite de tempo até que se extraísse da parte a conduta obrigada. O ônus, ao ser descumprido, geraria efeito imediato (em desfavor do onerado e, geralmente, em favor da outra parte,³⁸⁷ e com destaque à preclusão) e conduz o processo a seu prosseguimento, bem como serve de estímulo mais eficaz à conduta da parte (que obtém vantagem ao se desincumbir do ônus).

Piero Calamandrei, em seu artigo “Il processo come giuoco”,³⁸⁸ apesar de realçar muitos elementos psicológicos no agir das partes, ressalta que a liberdade das partes (congregadas no princípio dispositivo e em dialética) satisfaz o interesse público. Descreve a dialeticidade como o movimento de uma parte que possibilita à outra realizar outro movimento para tentar combater os efeitos desse ato. Salienta que a própria liberdade é pressuposto dos deveres de lealdade e probidade (se não houve a elasticidade dos atos, não haveria também espaço para conter excessos). Conclui, então, que o ônus é técnica inerente à liberdade, porque a parte “è lasciata libera di modificare colla propria attività o di lasciare invariata alla propria inerzia la propria situazione giuridica nel processo”.³⁸⁹

Assim, sob o aspecto de dinamicidade e liberdade, é possível verificar na posição designada por ônus que, para bem além de significar momento estático (eficaz) do ato anterior (por exemplo, ônus de contestar a demanda proposta pelo autor), representa força motriz³⁹⁰ (e dialética) principal dos atos processuais seguintes, impondo continuidade prospectiva ao processo. A liberdade, contudo (e como inerente a esta), encontra, como regra em ordenamentos processuais (inclusive o brasileiro), limitações baseadas em postulados de conduta ética inerente aos escopos públicos do processo. É necessário destacar, ainda, que a liberdade atina-se muito mais aos atos do onerado (que não lhe podem ser exigidos) que aos efeitos destes sobre a tutela final (que resultam do amálgama de todos os atos processuais e da incidência, em geral pouco negocial, de seus efeitos compostos).

³⁸⁶ LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile cit.*

³⁸⁷ *Idem*, p. 156.

³⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco. Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, parte 1, 1950.

³⁸⁹ *Idem*, p. 46.

³⁹⁰ O uruguaio Eduardo Juan Couture, por exemplo (e apesar de tratar o ônus como situação passiva) associa o ônus ao impulso processual pois impele às partes as práticas de atos e sua omissão não impedirá que o processo prossiga (*Fundamentos del derecho procesal civil cit.*, p. 213-214); no mesmo sentido, o brasileiro José Frederico Marques, em *Instituições de direito processual civil cit.*, p. 222.

A importância e dinâmica do ônus processual põem em questão se se trata, efetivamente, de uma figura passiva. É conforme se passa a expor.

3.4.2 *Ônus e o questionável enfoque no prejuízo (categorizado como posição passiva)*

É assentado que a categoria ônus obteve delineamento de destaque no processo com a obra do alemão James Goldschmidt, na segunda década do século XX, em que criticou a concepção de processo como relação jurídica pela premissa central de que neste não haveria obrigações, senão ônus.³⁹¹ Mais que isso, porque obrigações adviria de um esquema relacional de direto material ao qual o processo não se enquadraria.

Não obstante, o ônus não se desprende relevantemente de sua origem, em direito material, idealizada no objetivo de criar figura distinta da obrigação (e, naturalmente, não amoldado às especificidades do processo); ou seja, focada em se distinguir de categoria correlacional *passiva*, a obrigação.

O italiano Giacomo Gavazzi³⁹², em obra em que analisou profunda e criticamente o ônus, destaca a atribuição da ideia, a partir da qual se construiu o ônus, ao Giovanni Brunetti³⁹³ para quem o inadimplemento de dada obrigação não era propriamente um dever porque não o submetia a exigibilidade forçada da prestação (senão a conduta do credor de expropriar bens para satisfação do equivalente). Se o devedor pode optar é livre e molda sua conduta ao que desejar/preferir (realizar a prestação ou deixar o autor expropriar seus bens). Apesar das relevantes ressalvas técnicas das premissas e conceitos de Brunetti³⁹⁴, é certo que abriu espaço à compreensão de categoria que não seria a de deveres típicos pois seu descumprimento não seria ilícito e a conduta estaria inserida em espaço de liberdade do sujeito - a depender dos objetivos finais deste. Seria um 'dever livre', distinto do clássico dever por aquele não ser tão 'coativo', permitindo um espaço de opção do sujeito em vista (finalística) dos diferentes efeitos possíveis do cumprimento/descumprimento.

³⁹¹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 20-23.

³⁹² GAVASSI, Giacomo. *L'onere: tra la libertà e l'obbligo*. Torino: G. Giappichelli, 1970.

³⁹³ A obra mais citada de Brunetti remonta ao ano de 1913 (*Norme e regole finale nel diritto*, Torino), idealizando a categoria que chamou de dever livre, porque o devedor poderia livremente escolher em cumprir ou sofrer a expropriação de bens, a ser objeto de seu cálculo quanto a tais opção e o que melhor lhe aprouver (se quer evitar expropriação, cumpra a prestação, se não, não cumpra). Ainda mais a esse respeito: SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Onere (nozione). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1980. v. XXX, p. 100-101; e PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 21-22.

³⁹⁴ Expostas por GAVASSI, Giacomo. *L'onere* cit, p. 25-37; e, mais recentemente, por RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018, p. 57-61.

A ideia de ônus originou-se, portanto, de premissas civilistas pensadas para distinguir deveres de outras categorias passivas nas quais se permite cálculo finalístico, pelo sujeito passivo, entre realizar ou não realizar determinada conduta, cálculo este que estaria amparado pela licitude qualquer que tenha sido a opção eleita.

Neste sentido, em linha bastante aproximada, Goldschmidt, no processo, defende que os ônus seriam posições apresentadas para evitar *prejuízos* ao onerado, e, em última escala, uma sentença desfavorável a este.³⁹⁵ Seriam, então, com base nessa premissa, “imperativos do próprio interesse”³⁹⁶, e não seriam, portanto, obrigações. Diferenciar-se-iam dos direitos processuais (e que não possuem correlação com dever de outro sujeito) pois estes, ao revés, implicariam uma situação processual favorável. Ainda, o alemão traz exemplos legais em que haveria, no processo, efetivo dever (como o de dizer a verdade, por exemplo).³⁹⁷

O autor afirma, então, que, por ser imperativo do próprio interesse, o ônus não possui correspondente ou correlação de direito frente à outra parte ou ao Estado (pelo contrário, a outra parte não desejaria mais que o outro *não* se desincumbisse do ônus).

Conjectura o alemão que o cumprimento de um ônus pode vir acompanhado de uma efetiva vantagem caso concorra com uma possibilidade. Assim, o ônus de fundamentar a demanda pode significar desincumbir-se do ônus de fundamentar e também de provar se a parte demandada não contesta os fatos.

O autor designa como rebeldia (e que não é antijurídica)³⁹⁸ o descumprimento do ônus, cujo efeito geral é a preclusão (a menos que a lei preveja meio de reparar a omissão, ou haja afastamento da culpabilidade em razão da justa causa pelo descumprimento) e os especiais dependem do específico ônus descumprido. Distingue também os ônus em perfeitos ou menos perfeitos. Os perfeitos ensejam automática (ou, ainda, por meio de reconhecimento judicial) desvantagem (como a caducidade em não recorrer no prazo legal) e os menos perfeitos nas hipóteses em que a desvantagem depende de arbítrio judicial.³⁹⁹ Defende que não existem ônus totalmente imperfeitos (sem risco de prejuízo), pois isso esvaziaria o próprio conceito de ônus.

O autor destaca, por fim, que, não raras vezes, o descumprimento do ônus acarreta também perda de possibilidade (como o de recorrer).⁴⁰⁰

³⁹⁵ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar* cit., p. 82-83.

³⁹⁶ Idem, p. 82.

³⁹⁷ Idem, p. 82-83.

³⁹⁸ Idem, p. 95.

³⁹⁹ Idem, p. 99-100.

⁴⁰⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 90-91.

Observa-se nessa teoria, com bastante evidência, a tênue diferença entre possibilidade (posição de vantagem) e ônus (posição de desvantagem). Os exemplos dados e a exposição na usual concorrência de posições de possibilidade e ônus (como recorrer de uma decisão desfavorável ou o autor que tem a liberação do ônus de provar como decorrência do descumprimento do réu do ônus de impugnar o fato) deixam antever a dificuldade em se verificar a diferença entre essas posições.

O autor destaca o vínculo próximo entre possibilidades e ônus, notadamente porque agir na situação de possibilidade implica também prevenir situação desfavorável. Contudo, a diferença entre as duas seria que, para além do efeito da preclusão (comum a ambas), o ônus teria um efeito desfavorável *adicional*, o que não ocorreria na possibilidade.⁴⁰¹

Francesco Carnelutti, também com enfoque na desvantagem vinculada ao ônus, (mas ora no enfoque do *interesse*), coloca o ônus como posição *passiva* (“subordinação de um interesse”, ainda que próprio).⁴⁰²

A manutenção (a partir de sua origem civilista) da categorização do ônus nesse aspecto passivo (no tocante a evitar uma situação desfavorável, subordinando-se a agir), como situação passiva, tem sido objeto de relevantes críticas.⁴⁰³ Em estudo ao qual refutou a aproximação e distinções que destacou como insuficientes entre ônus e obrigação (capitaneadas por Francesco Carnelutti), o italiano Gian Antonio Micheli⁴⁰⁴ afastou que o ônus se trataria de posição passiva, pois corresponderia, no processo, à posição de poder.

Gian Antonio Micheli critica a inclusão do ônus em categoria passiva derivada de uma premissa psicológica de imperatividade do ato para atingimento de um fim previsto na norma. A imperatividade econômica atribuída ao ônus (em obter ou não – de modo livre – uma vantagem) não pode estar no mesmo plano (como posição passiva) que a imperatividade jurídica sancionada (afeita à obrigação),⁴⁰⁵ e também não analisa o fenômeno na amplitude necessária.⁴⁰⁶ Ônus, diferentemente, seria um poder de, mediante ato de vontade, e como condição suficiente, atingir certo efeito jurídico, que o sujeito considera *favorável* a si.⁴⁰⁷

⁴⁰¹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 84-85. Como exemplo do efeito desfavorável adicional, o réu que não impugna, no prazo, a competência do juízo; nesta hipótese, além de o réu perder a oportunidade para tanto, significaria também uma aceitação “tácita” desta competência.

⁴⁰² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* cit., p. 56.

⁴⁰³ Nas palavras de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico foi merecedora das críticas mais “contundentes” (*O ônus da prova no direito processual civil* cit., p. 30).

⁴⁰⁴ MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: Cedam, 1966. p. 59-105.

⁴⁰⁵ Idem, p. 74-75.

⁴⁰⁶ Idem, p. 102.

⁴⁰⁷ Idem, p. 79 e 85.

Portanto, Micheli destaca que os ônus no processo são atribuídos à parte para buscar resultado favorável por meio desses poderes “de vários conteúdos”, todos destinados, em última análise, a contribuir com uma resolução favorável, e mediante diversas situações de poder, por exemplo, o ajuizamento da demanda e a produção de provas.⁴⁰⁸ Estabelece que tais poderes devem ser vistos sob o caráter dialético do contraditório, a importar idênticos poderes aos sujeitos com interesses contrastantes.⁴⁰⁹

O italiano Giacomo Gavazzi também relata e critica, por entender insuficiente, o estudo do ônus sob o aspecto do descumprimento, sem aprofundar os efeitos do cumprimento. Afirma indevido atrelamento, nesta visão, à ideia de obrigação e sua matriz individualista (preocupada com os efeitos desfavoráveis). Além disso, acrescenta que o ônus processual também alberga valores e objetivos (para o italiano, interesses) públicos do adimplemento, no que acrescenta noção externa (ao sujeito onerado) aos escopos da conduta do onerado⁴¹⁰. Por fim, e em bastante breve passagem ao final, Giacomo Gavazzi parece aproximar o ônus ao poder mas limita-se a tratar do poder público, que, se discricionário, equiparar-se-ia a ônus (por ausência de ilicitude na omissão) e, se não, a dever (menciona os chamados poderes-deveres)⁴¹¹.

Para o colombiano Hernando Devis Echandía,⁴¹² os ônus, ao lado dos direitos e faculdades, são posições ativas. No seu entender, são posições de liberdade e que não podem ser exigidas ou coagidas a agir, e se diferenciariam das faculdades, contudo, por acarretarem consequências desfavoráveis no não exercício.⁴¹³

Mandrioli, ao distinguir as posições apenas entre poderes, faculdades e deveres, insere ônus como aspecto do poder, este conceituado como posição de comportamento lícito, o qual deve performar o sujeito para atingir certo efeito jurídico.⁴¹⁴ Ressalta ainda que os poderes detêm função central na marcha processual.⁴¹⁵

Em sentido semelhante ponderaram os brasileiros Cândido Rangel Dinamarco e Heitor Vitor Mendonça Sica.

⁴⁰⁸ MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova* cit., 1966, p. 91-92.

⁴⁰⁹ Idem, p. 94.

⁴¹⁰ GAVASSI, Giacomo. *L'onere* cit., 53-90.

⁴¹¹ Idem, 154-158.

⁴¹² ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso* cit., p. 46 e 364-365.

⁴¹³ Idem, *ibidem*.

⁴¹⁴ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile* cit., p. 32.

⁴¹⁵ Idem, *ibidem*.

O primeiro, ao destacar que o ônus – apesar de inicialmente designar como situação passiva⁴¹⁶ – possui “posição intermediária”,⁴¹⁷ congregando ônus dentro da própria posição de faculdade (posição ativa). Nesse sentido, conceitua: “Há ônus quando o cumprimento de uma faculdade é necessário ou ao menos conveniente para a obtenção de uma vantagem ou para evitar uma situação desvantajosa”.⁴¹⁸ Cândido Rangel Dinamarco expressa serem bastante tênues as diferenças existentes entre faculdade pura, ônus e poder, e que conglomerar todas como situações ativas auxiliaria nas dificuldades de distinção entre elas.

Conclui, então, que a “liberdade de conduta processual é sempre uma *faculdade* (pura ou não, conforme o caso), que a parte exercerá ou não, conforme queira [...] “sobretudo não deixando de ser o que é ainda quando haja ameaça de consequências negativas pela omissão (*ônus*)”.⁴¹⁹

Para Heitor Vitor Mendonça Sica, a convergência partiu de modo mais sistêmico quanto a suas premissas. Categoriza nas posições ativas a ideia de que os atos acarretam vantagens e a omissão, consequências negativas.⁴²⁰ Em tal linha, ao tratar do ônus (como típica posição passiva), aproximou-o de aludidas premissas (posições ativas) ao afirmar que a consequência negativa adviria da *omissão*⁴²¹ e a vantagem de se desincumbir do ônus⁴²². Por tal razão, apresentou críticas à clássica e estanque categorização do ônus como posição (apenas) passiva.⁴²³

Com o exposto, é possível concluir que a hipótese de o onerado, não agindo, criar a si efeitos desfavoráveis é mais inerente ao caráter dialético do processo do que a posição do ônus, em particular. Naturalmente, a norma poderá atribuir efeito mais ou menos contundente à omissão (e à prática), o que varia o suficiente (quanto às diversas *fattispecies* previstas no curso do processo) para não ser útil categorizar uma nova posição (ônus) sob o grau de desvantagem da omissão (e o que a distinguiria das possibilidades, por exemplo, como o fez James Goldschmidt). A dialeticidade do procedimento, por outro lado, traz mais elementos neste variável peso (de vantagem ou desvantagem) dos atos e omissões das partes na posição jurídica em que se encontram. Assim, os efeitos positivos ou negativos dos atos e omissões são relevantemente considerados a partir do que trazem de elementos ao processo

⁴¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 232.

⁴¹⁷ Idem, *ibidem*.

⁴¹⁸ Idem, p. 235.

⁴¹⁹ Idem, p. 234.

⁴²⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 98.

⁴²¹ Idem, p. 103.

⁴²² Idem, p. 100.

⁴²³ Idem, p. 100-102.

frente ao que trouxe a outra parte, em concatenação e mecanismos mais ou menos aptos a contrabalancear uma vantagem parcial a que tenha alcançado uma parte com seu ato (ou omissão da contra partes).

Nesse aspecto, a descrição de Piero Calamandrei do processo como um jogo⁴²⁴ evidencia que as posições não trazem, em seu aspecto isolado e unissubjetivo, os elementos suficientes a extrair posição de vantagem ou desvantagem (inclusive na inércia) – notadamente quando se tem em mente a figura do ônus –, se não se analisam os efeitos que terão os atos e omissões na esfera processual do outro sujeito (seja em relação ou não). Essa dialeticidade é bem mais do que a combinação de contraposição sucessiva (e em contraditório) de posição e atos dos sujeitos, é a composição e fusão desses atos e posições (que podem não estar necessariamente em vetores opostos) na construção de elementos para a prestação jurisdicional provocada pelas partes.

E, no processo em que a figura preponderante é direcionada pela liberdade de conduta, é, quando menos, absolutamente contraditório e um contrassenso incluí-la como uma figura de situação passiva, como se o sujeito pudesse se subordinar ao próprio interesse e se fosse esclarecedor o suficiente focar nos efeitos desfavoráveis da hipótese de conduta passiva omissão, ou seja, sem se considerar os favoráveis da conduta ativa. Ora, os efeitos maléficos da inércia estão presentes em típicas posições ‘ativas’ (tais como direitos e poderes), razão pela qual sequer é critério distintivo útil a uma nova categorização.

Neste ponto não se pode olvidar, por sua extrema relevância, de recentes trabalhos nacionais que, questionando a completude da descrição que se confere ao ônus, e atentos à realidade e objetivos normativos que envolvem as complexidades probatórias (tendentes à supremacia do valor verdade *versus* valor liberdade), analisam posição (no ônus) de efetivo dever.

Vitor de Paula Ramos, ao tratar especificamente do ônus da prova no processo civil⁴²⁵, ao defender a insuficiência desta posição aos resultados desejados (busca da verdade), entende não ser efetivo ônus. Isto porque precisamente não ensejaria efeito jurídico imediato (na sua conduta ou omissão) sobre o resultado da demanda e, via de consequência, os ônus probatórios não serviriam como “verdadeiros estímulos jurídicos”⁴²⁶ para a produção de prova⁴²⁷. Eduardo Henrik Aubert, por sua vez, no primeiro capítulo de trabalho a respeito da

⁴²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco* cit.

⁴²⁵ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

⁴²⁶ Idem, p. 104.

⁴²⁷ Nesta linha, defende que produzir prova seja (e deva ser) efetivo dever (parte *lege lata*, parte *lege ferenda* – a ampliar atual hipótese normativa), como conduta a ser exigida (e cuja omissão é ilícita) para resolver

impugnação específica dos fatos⁴²⁸, apresenta ainda mais duras críticas à posição de ônus, por este não se apresentar de modo correlativo (em relação à posição de outros sujeitos)⁴²⁹, sendo explicado unicamente pelos interesses do próprio sujeito. Neste diapasão, constatando efetivos efeitos (e objetivos) para além do sujeito onerado (busca da verdade) na impugnação dos fatos, o desvalor (para tal autor, sancionatório) da omissão (presunção de veracidade dos fatos alegados pelo demandante) configura, a impugnação aos fatos, em verdadeiro dever do réu (que deve colaborar sob pena de se sujeitar aos efeitos desfavoráveis da omissão).

Inobstante os enfoques específicos quanto às funções analisadas (finalísticas/valor verdade) – dos atos probatórios e postulatórios – cujo aprofundamento escaparia dos escopos desta pesquisa – verifica-se que aludidos autores se mantêm centrados nos aspectos omissivos da posição e a qualificação dos efeitos que se dá (ou se deva dar) a estes para amoldar a tais finalidades (ou estas refletir). Para além disso, apesar de agregarem significado mais amplo (e correlacional, ainda que de modo indireto, como o fez Vitor de Paula Ramos⁴³⁰) à posição de que tratavam, deixaram de a ver de modo efetivamente completo (efeitos positivos do ato), emprestando conceito amplificado de dever – desvalor da omissão (como o fez Eduardo Henrik Aubert).

Conforme exposto, o desvalor da omissão, no processo, não pode ser visto desagregado do valor da conduta ativa. Igualmente, a premissa da liberdade adotada funda-se propriamente (sob pena de esvaziamento infrutífero das diferentes categorias de posição) na não exigibilidade (coercitiva) da conduta - e, não, somente no ordenamento de seus efeitos (inerente à toda conduta normatizada).

Neste sentido, é de se repisar que a dinâmica do processo e o espaço de liberdade e maleabilidade em que *atuam* os sujeitos dentro das prescrições legais determinam efetivamente uma posição de poder (influir com elementos para resultado favorável) no que se convencionou chamar de ônus – e que levou ao enfoque nos efeitos desfavoráveis da inércia, efeitos estes também existentes na omissão de outras posições.

com mais eficiência a produção de provas, notadamente as desfavoráveis àquele que a produz (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil* cit.).

⁴²⁸ AUBERT, Eduardo Henrik Aubert. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro*. 2019. Tese (Doutoramento) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

⁴²⁹ Crítica feita também pelo italiano Raffaele Resta (In: *L'onere di buona amministrazione*. Tolentino: F. Filelfo, 1938).

⁴³⁰ Pois dever à prova derivaria, para o autor, do direito fundamental (também dos jurisdicionados) à prova, mas não em efetiva correlação, entre direitos e deveres, mas em derivação à construção que cita quanto às eficácias atribuídas aos direitos fundamentais, que, para o caso do direito à prova, vincularia o Estado (verticalmente) e os particulares (horizontalmente) de maneira indireta “através de mediação vertical.” (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil* cit., p. 111-112).

Não se pode olvidar, por outro lado, que o poder, no processo, assume específica conformação ao se comparar ao poder do direito material – e ponto de maior complexidade enfrentada na comparação desta posição (e na rejeição com construção de categoria distinta e, insatisfatória, de ônus). O poder no processo tem pontuais delimitados efeitos – favoráveis ou desfavoráveis, no conteúdo de conduta, e se passiva ou ativa – mas detém indeterminados efeitos no resultado do processo, notavelmente de valor mais determinante, pois finalístico. Há relevante diferença, neste aspecto, quanto ao poder de direito material, cujos efeitos, em regra, derivam diretamente da conduta do sujeito titular desta posição. No processo, diferentemente, e repise-se, os efeitos favoráveis do ato ou desfavoráveis da omissão, seja para uma parte, seja para outra, são apreendidos em balança sempre variável (e não estanque àquela posição do sujeito), pois composta e amalgamada com os elementos trazidos pela outra parte (em seus atos/omissões/posições e medidas de neutralização ou alteração dos efeitos dos mesmos atos/omissões e posição da outra parte) e/ou até daqueles trazidos pelo juiz.

Essa relatividade dos efeitos desfavoráveis (e os favoráveis) fica clara ao se verificar a distinção que se traz entre ônus absolutos e relativos (na designação de Cândido Rangel Dinamarco)⁴³¹ ou perfeitos ou menos perfeitos (na categorização de James Goldschmidt)⁴³² como efeitos desfavoráveis imediatos, ou dependentes de apreciação judicial. Constatou-se que a preclusão é fenômeno que atinge outras posições (como poder), razão pela qual esta não parece suficientemente útil para distinguir concretamente essas duas modalidades de ônus. Deve-se então pensar com base nos efeitos desfavoráveis especiais ou adicionais (para além da preclusão).⁴³³ Nesse ponto, fica mais delicado encontrar exemplos de relevo em que o efeito desfavorável não dependa de outros fatores para além da omissão (como a da deliberação judicial, para o que dependerá das posições assumidas pela outra parte). Mesmo quando se pensa em preclusão da produção da prova ou da apresentação contestação, observa-se que poderá não necessariamente implicar sentença desfavorável (ou se considerar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor) a depender de outros elementos no processo.

Do mesmo modo, métodos como o da instrumentalidade e efetividade do processo têm acarretado, no direito brasileiro, relevantes flexibilizações até mesmo para a preclusão de atos (o preparo recursal pode ser feito a destempo mediante penalidade financeira).⁴³⁴ Nesse sentido, o grau de determinância (ou distinção) do ônus (em comparação com as demais

⁴³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 236.

⁴³² GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 99-100.

⁴³³ Como expôs James Goldschmidt ao diferenciar os ônus das possibilidades (*Teoría general del proceso* cit., p. 84-85).

⁴³⁴ Art. 1.007, § 4.º, do Código de Processo Civil de 2015.

posições) pelos efeitos desfavoráveis adicionais à preclusão perde relevância ou espaço ao se verificar que, na dinâmica do processo, a tendência é que os efeitos desfavoráveis (e favoráveis) sejam apreciados de modo mais difuso e composto com os demais atos de posições do processo e dos outros sujeitos⁴³⁵. É mesmo questionáveis estes efeitos desfavoráveis adicionais, pretensamente circunspectos ao ônus pois não se pode olvidar, por exemplo, que o não exercício de poder, em seu tempo, traz, além desta perda de oportunidade, efeitos desfavoráveis a esfera jurídica daquele que não o exerceu a tempo.

Pouco precisa (e, questionável, portanto) a inclusão do ônus como categoria passiva ou voltada a ser distinta pelos especiais efeitos desfavoráveis quanto a seu não exercício, constituindo, efetivamente, poder⁴³⁶, mas poder sob específico contorno processual.

3.5 Síntese do capítulo: preponderância de especial – processual - poder no *iter*

Do exposto até o momento, é possível constatar que o ônus (frequentemente aproximado às figuras de direito, poder e faculdade) é figura preponderante no *iter* processual e determinante na dinâmica e caráter dispositivo e de liberdade de agir no processo. Também se verifica ampla adesão a essa figura, independentemente da teoria que se acolhe para a natureza do processo (e ainda ponderada sua, ao menos aparente, não conciliação à teoria da relação jurídica).

É de notar, conforme se tratou especificamente nos dois itens anteriores, que esse tendente englobamento entre ônus, poderes e direitos liga-se diretamente ao caráter dialético e progressivo do processo, no sentido de que apresentam variados graus de vantagem

⁴³⁵ Neste ponto, pertinente breve nota da interseção desta ideia com a construção feita pelo brasileiro Beclaute Oliveira Silva. Este, em estudo no qual abordou a cognição judicial (em recorte especial para o mandado de segurança) partindo da análise do pensamento do filósofo russo Mikhail Bakhtin, defende que a pretendida certeza dos enunciados judiciais (classicamente intrincada ao nível de cognição) não se coaduna com a elaboração intersubjetiva que forja as decisões; em suas palavras “Não dá para conferir objetividade àquilo que se constrói intersubjetivamente.”. Assim, a busca da certeza no nível de cognição não esclarece ou qualifica adequadamente o fenômeno decisório, que se constrói mais propriamente pelo “gênero discursivo permitido naquele momento do processo decisório.”. Ou seja, sob o enfoque das decisões judiciais e suas premissas intersubjetivas permitidas em dado procedimento, Beclaute Oliveira Silva confere ampla coerência entre o modo de construção das decisões e o caráter progressivo e dialético do processo (In: *A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin*. 2011. Tese (Doutoramento) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011). Com interseção ao exposto no presente estudo, porque as decisões se qualificam pela fusão das condutas dos sujeitos processuais até dado momento (mais do que pelo nível de cognição que se esperou em dado procedimento), pode-se igualmente defender que a posição dos sujeitos não encerram, em si, efeitos suficientes a as caracterizar em completude, senão nesse amálgama composto por outros atos e atos de outros sujeitos.

⁴³⁶ Nesse sentido, CORDERO, Franco. *Le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1957. p. 264; designando como poder-ônus, ao destacar os diferentes aspectos da posição processual (ação e omissão) verifica-se clássicas lições do italiano BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 11. ed. Roma: Foro Italiano, 1936. p. 55-62.

(no ato) e desvantagem (na omissão) ao combiná-los com os cambiantes (entre as partes) impactos e pesos na resolução final do processo e nas marcas preclusivas dessas posições. Igualmente, os diferentes efeitos negativos da omissão (para além da preclusão) variarão multiformemente a depender dos respectivos regramentos legais, razão pela qual atribuir ao ônus (em comparação aos direitos e poderes) especial desfavor à omissão do onerado perde a utilidade classificatória (tornando a distinção, por vezes, superficial). Trata-se, efetivamente, de poder, posição que não é estranha aos efeitos desfavoráveis em omissão, mas com os contornos (estes, sim, específicos) que esta categoria adquire no processo, notadamente da não determinância do ato sobre o resultado final do processo.

À parte dessa figura, inserido no direito ao processo, e em contraponto (e limite) a essa própria natureza de liberdade do poder, está ínsita a posição de dever (no que se adstringe às partes), convergente entre a doutrina no que atine à lealdade, moralidade e boa-fé que devem pautar a conduta das partes e as respectivas responsabilidades pelo descumprimento desse dever. É controverso, por outro lado, a que interesse (ou partes) serviria essa boa-fé. Há tendência de relegar, como contraponto desse dever, ao *interesse público* que permeia o exercício da jurisdição por intermédio do Estado.⁴³⁷ Esse enfoque excludente da proteção específica da parte, contudo, não merece prosperar.

Na linha do que expôs o alemão Friedrich Lent, e aplicável ao nosso ordenamento,⁴³⁸ se a boa-fé é premissa que orienta as partes em sua relação privada (e em benefício recíproco), é um contrassenso que as partes, em processo público perante o Estado, mereçam menor proteção. Conclui, portanto, que esse dever deve ser atendido tanto na relação entre partes (ou seja, em benefício da parte adversa) quanto destas perante o juiz.⁴³⁹ Em sentido semelhante prescreve o uruguaio Eduardo Juan Couture.⁴⁴⁰

Nesse ponto, destaca-se o esforço empreendido pela portuguesa Paula Costa e Silva⁴⁴¹ para afastar esse vínculo em favor das partes, designando como dever absoluto (sem

⁴³⁷ Como o fazem James Goldschmidt (*Teoría general del proceso* cit., p. 82, que expõe que os deveres estão a interesse de terceiro ou da comunidade); Piero Calamandrei (*Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 339, que menciona que deveres existem em favor do Estado), e, no Brasil, José Frederico Marques (*Instituições de direito processual civil* cit., p. 219, que, por sua vez, defende que há “interesse público do Estado na realização da justiça”) e Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil* cit., p. 240, que fala que os deveres “são instituídos para a defesa do interesse público no correto e eficiente exercício da jurisdição”).

⁴³⁸ Veja-se, como exemplo, previsão do Código Civil brasileiro (Lei 10.046/2002) prescrevendo como ilícita conduta que esteja em desconformidade com a boa-fé (art. 187).

⁴³⁹ LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile* cit., p. 153-154.

⁴⁴⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 209-210.

⁴⁴¹ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo* cit., p. 150-160.

relação, “por razões de ordem geral”⁴⁴² e justificando as previsões normativas portuguesas em benefício da parte prejudicada pelo ato contrário à boa-fé (tais como inversão do ônus da prova e indenização).⁴⁴³ Conclui que não é dever relativo pois a proteção seria reflexa (e não direta, como ocorreria em relações creditícias). Não se compreendem as razões pelas quais a boa-fé não possa, concomitantemente, preservar interesses públicos e também das partes no processo, ou tenha que, efetivamente, corresponder ao idêntico esquema de uma relação creditória privada.⁴⁴⁴

Ainda quanto ao dever de boa-fé, salienta-se que, para além de ser figura excepcional, é posição acessória ao poder das partes derivado de seu direito ao processo, pois encontra-se como limite a essa liberdade ínsita.

Posição problemática é a das faculdades (puras), consideradas as relevantes distinções quanto ao seu conteúdo.

Como visto anteriormente, em intrincada explicação, Francesco Carnelutti designa faculdade como posição de liberdade e neutra, derivada da posição do titular de direito, o que implica desvinculação do interesse em conflito.⁴⁴⁵ Exemplifica com a faculdade de exercer o direito de ação por meio do ajuizamento da demanda.⁴⁴⁶

Por outro lado, o italiano Elio Fazzalari descreve faculdade como posição que dá origem a mero ato, cujo ordenamento não prevê efeito convergente ao interesse do agente, podendo prever algo diverso ou até contrário⁴⁴⁷ (como exemplo, a faculdade de propor a demanda, cujo desfecho pode não coincidir com a vontade do proponente).

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, qualifica faculdades pela “liberdade de conduta” sem causar efeitos vantajosos ao titular, ou desvantagens a outro (se à parte) ou dever (se ao juiz). Expressa dificuldades de apresentar exemplos nesse sentido.⁴⁴⁸

⁴⁴² COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit.*, p. 152.

⁴⁴³ Idem, p. 154-155

⁴⁴⁴ É consabida a amplitude do princípio da boa-fé (como postulado de teoria geral, e localizado como garantia fundamental) “como cláusula geral no corpo do direito público e privado” e que “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*”, bem como que a doutrina “vem encontrando área de acordo na circunstância de que em toda e qualquer vinculação, exceto nas provenientes de atos ilícitos, é possível o surgimento de deveres dessa natureza” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo cit.*, p. 32-33); e no sentido de que “A boa-fé representa hoje possivelmente a cláusula geral de maior extensão” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 146).

⁴⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile cit.*, p. 54.

⁴⁴⁶ Idem, p. 54-55.

⁴⁴⁷ FAZZALARI, Elio. *Processo civile (diritto vigente)*, p. 180.

⁴⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil cit.*, p. 235.

Por seu turno, o colombiano Hernando Devis Echandía descreve faculdades como posições de cujo não exercício não acarretam consequências desfavoráveis (mas que no ato podem ser favoráveis). É possível constatar, pelo elenco de posições previstas pelo colombiano – nas quais não estão previstos os poderes –, certa aproximação com essa figura.⁴⁴⁹

Em que pesem as divergências de conteúdo, é possível observar a utilidade da previsão de uma figura com mais liberdade e desligada do efeito preclusivo (em distinção dos típicos ônus/poderes), como propôs Heitor Vitor Mendonça Sica.⁴⁵⁰

Ocorre que, ao pensar em hipóteses nesse sentido (que não são poucas), tais como a faculdade de apresentar contestação antes do último dia do prazo,⁴⁵¹ acomodam-se mais como modo e forma de exercício das posições de poder e ônus do que uma posição efetivamente singular ou autônoma.⁴⁵²

Nesse ponto, rejeita-se a conceituação de faculdade adotada por Elio Fazzalari, qual seja, de posição cujo ato produz efeitos distintos dos desejados pelo sujeito. Em primeiro, porque é questionável, em si, esse critério, notadamente pelos atos e posições do processo e o estado de litispendência. Se se tomar por critério o desejo de resolução final favorável (critério que o italiano usou para designar o exemplo do ajuizamento da demanda, cuja resolução poderá ser desfavorável ao desejado pelo autor), de fato todos os atos do processo serão facultativos, visto que nenhum deles tem força suficiente (e isolada) para gerar tamanho efeito.⁴⁵³ Do mesmo modo, como demonstrado anteriormente (capítulo terceiro), os atos processuais tem seus efeitos em regra regulados por lei e, até mesmo quando se trata de negócio jurídico, o grau de determinabilidade da vontade do sujeito sobre os atos é relativo, parcial.

⁴⁴⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso* cit., p. 44-46 e 363-369.

⁴⁵⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 99-102.

⁴⁵¹ Exemplo dado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 235.

⁴⁵² Essa noção (instrumental) de outras posições é acolhida por tratadistas de direito privado, como explica o brasileiro André Fontes: “[...] deve-se atribuir à faculdade uma função instrumental: a condição de forma de explicação de atividades diversas. Por esta característica, é controvertida sua natureza de situação jurídica subjetiva autônoma, porquanto consistiria num modo apenas por meio do qual se pode exercitar um direito, do qual faz parte, como integrante de seu conteúdo” (*A pretensão como situação jurídica subjetiva* cit., p. 104). O italiano Franco Cordero, no processo penal, faz ainda mais duras críticas à faculdade como situação jurídica, para quem tal concepção é artificial, porque não é posição autossuficiente, e, sim, “*semplici frammenti di norme che impongono dovere ad obblighi*”. Entente que essa categorização não é útil e traz fragmentação e confusão na compreensão do processo (*Le situazioni soggettive nel processo penale* cit., p. 244-250).

⁴⁵³ Em sentido semelhante, e especificamente criticando ideia (equivalente à de Fazzalari) exposta por Giuseppe Guarneri (Sulla teoria generale del processo penale. In: CORDERO, Franco. *Le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1957. p. 250-256).

Por fim, é necessária a tomada de posição quanto às distintas posições das partes perante o juiz, notadamente quanto aos atos e posições finais (de tutela). Considerando que o escopo do presente estudo centra-se na posição assumida pelos sujeitos parciais (partes), a análise das posições do juiz será realizada apenas tangencialmente no que for relevante à apreensão da posição das partes.

Partindo de tal premissa e tomando em consideração as exposições feitas no capítulo anterior (também realizadas de modo recortado quanto ao que interessa às posições das partes), conclui-se que o direito de ação, ou, mais propriamente, o direito ao processo e à tutela jurisdicional⁴⁵⁴ (desprendendo-se assim do foco no autor da demanda), é efetivamente direito processual (e não apenas político/público geral, como categorizou James Goldschmidt⁴⁵⁵) das partes⁴⁵⁶ em acessar e obter, em comunhão de condutas, do Estado o dever prestacional de processar e decidir.

Não se verifica exato, apenas pelo (infundado) receio de se enquadrar em estrutura de direito privado obrigacional (*rectius*, direito subjetivo e esquema relacional da teoria geral do direito), o uso da estrutura do direito potestativo, como se o Estado se quedasse inerte e apenas em nível de sujeição aos efeitos da demanda. Tal explicação, quando muito, descreve etapa intermediária de tais efeitos – ou primeiro momento após o ajuizamento da demanda. Nota-se, efetivamente, que, para além dos efeitos de “sujeição”, que a propositura da demanda incute ao juiz, gera deveres efetivamente comportamentais ou de conduta ao juiz.

Tal apreensão não significa absorção, no processo, de categoria de direito civil.

Adiante-se desde logo (conforme será tratado no capítulo seguinte) que há muito tempo tratadistas da teoria geral do direito⁴⁵⁷ compreendem que relação jurídica é apenas gênero no qual há, como espécie, a relação obrigacional/creditória de direito privado.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Adotando-se o que defende Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que preferiu tratar do direito ao processo em comparação ao direito de ação, pois aquele compreenderia “todas as posições ‘ativas’ das partes, ao longo de todo o procedimento, até o ato final”, e decodificaria o que ocorre “entre a iniciativa do indivíduo para a instauração do processo (princípios dispositivo e da demanda) e a possibilidade de obter, em juízo, uma tutela jurisdicional adequada”. A constitucionalização das garantias de acessar, agir (derivada da garantia de igualdade) e receber a tutela por meio do processo esmaeceria a utilidade da “velha e superada categoria da ‘ação’” (Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica cit., p. 18-20).

⁴⁵⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 19.

⁴⁵⁶ Defendendo historicamente que o direito de ação não é só do autor, mas também do réu, como direito de exigir prestação jurisdicional – e ainda que se chame de direito de defesa – pois as posições do autor e réu são essencialmente idênticas (“salvas as diferenças acidentais”), verifica-se o português: MENDES, João de Castro. *O direito de acção judicial*. Reimpressão. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1959. p. 135-136.

⁴⁵⁷ Ainda que em obras de direito civil em que se pretenda dar tal grau de generalidade.

⁴⁵⁸ Conforme destaca: ANDRADE, Miguel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997 (reimpressão, publicado em 1944). v. 1, p. 16; FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva* cit., p. 108.

O comportamento do juiz, exigível pelo detentor do direito, naturalmente não pode ser diferente daquele previsto normativamente (como objeto do direito), ou seja, decidir conforme premissas e condições legais, inclusive de direito material.

Também a oposição⁴⁵⁹ de interesses não é elemento (subjetivo) essencial à relação jurídica (conforme se verá adiante). De todo modo, e mesmo que assim não fosse, é de ponderar que os interesses das partes – privados/próprios – não estão no mesmo plano dos interesses do juiz – públicos/de terceiro (coletividade),⁴⁶⁰ razão pela qual não conflitam ou convergem propriamente.

Assim, às partes incumbe efetivo direito subjetivo ao processo e à tutela, quanto aos atos a serem praticados pelo juiz, que têm o dever (dever-poder; poder jurídico) de os entregar conforme regramentos e previsões informados pelas garantias constitucionais; e ao exercício desse dever-poder pelo juiz as partes se sujeitam. Do mesmo modo, têm as partes efetivo dever (em especial a depender da natureza da sentença) de atuar conforme determinação judicial final (meritória) – ainda que este dever se confunda/mescle com o dever de direito material concretizado pela aplicação judicial.

Quanto à eventual existência de relação entre as partes (seja no *iter*, seja nos atos-fim), tomar-se-á posição conjunta após análise da correlatividade das posições das partes, objeto do próximo capítulo, em que se analisarão as posições sob esse específico aspecto.

⁴⁵⁹ Propugnando que basta retirar a necessidade da premissa de conflito de interesses para reconhecer a existência de direito subjetivo (ação) e obrigação (tutela jurisdicional): CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 323.

⁴⁶⁰ A esse respeito, relevante citar lição de André Fontes ao descrever o poder jurídico em sentido estrito como “exercício de um poder efetuado no interesse de outrem” e que “constitui, em verdade, um poder-dever, e, ordinariamente, se manifesta no Direito Público, como, por exemplo, a atividade administrativa” (*A pretensão como situação jurídica subjetiva* cit., p. 106).

4 POSIÇÕES DOS SUJEITOS PARCIAIS E CORRELAÇÃO

4.1 (In)existência de correlação nas posições dos sujeitos sob a teoria da relação – aproximação à teoria de situação

Conforme visto nos capítulos anteriores, a teoria de Oskar von Bülow, sistematizando processo como relação jurídica (diferente da relação material discutida) foi desenhada a partir de clássicas posições dos sujeitos em vinculação (ou seja, faculdades, deveres, direitos e obrigações).⁴⁶¹ Algumas décadas depois, essa teorização sofreu duras críticas por James Goldschmidt, para quem as posições dos sujeitos no processo são informadas por configuração distinta que categorizou majoritariamente como direitos/possibilidades e ônus, e ambos não vinculariam os sujeitos.⁴⁶²

Os adeptos da teoria de relação, não obstante manterem a ideia de vínculo entre sujeitos, tiveram, nas palavras do espanhol Jose Vicente Gimeno Sendra, que “aceitar o golpe”⁴⁶³ da teoria de Goldschmidt (à relação jurídica), notadamente com a absorção da posição que este categorizou como ônus. E isso é de extrema importância, pois, como verificado, o ônus é reconhecidamente a posição mais frequente no *iter* processual.

Nesse sentido, questiona-se como pode ser compatível a absorção da teoria do ônus de Goldschmidt – que tem sido aceita sem maiores reparos à tese original quanto a ser posição não relacional – com a concepção de processo como relação jurídica. Por essa razão, e como visto, Gimeno Sendra criticou tais conciliações, porque, em suas palavras, “desvirtúan por entero el concepto o contenido de la relación jurídica”.⁴⁶⁴

Assim, a pretensa obviedade não relacional da posição de ônus tem sido tratada de modo tão contundente que, a título de exemplo, a portuguesa Paula Costa e Silva, ao analisar (e, em regra, refutar) a correlação entre posições no processo, precisou dedicar pouquíssimas linhas a essa constatação, pois a conclusão de não correlação seria alcançável “rapidamente”.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* cit., p. 1- 2.

⁴⁶² GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 65-100.

⁴⁶³ Tradução livre do termo usado por GIMENO SENDRA. Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* cit., p. 171.

⁴⁶⁴ Idem, p. 171.

⁴⁶⁵ Nas palavras da autora: “Se observarmos estritamente os ônus processuais, rapidamente concluímos que estas situações jurídicas não ordenam as partes entre si. O ônus, sendo autonomizado, pressupõe apenas a posição de um sujeito concreto. Não é referido à posição jurídica de outrem” (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo* cit., p. 147).

Não por outra razão Gimeno Sendra qualifica como falsas, aparentes⁴⁶⁶ ou, ainda, esclerotizadas⁴⁶⁷ as teorias de relação processual que conciliam categorias de Goldschmidt (cuja premissa é a negativa de existência).

Esse ponto parece ter sido intuído pelo colombiano Hernando Devis Echandía, absorvente da teoria da relação jurídica, ao atribuir às críticas a essa concepção uma indevida abordagem à relação jurídica, pois, para esta existir, não seria necessário vínculo entre os atos processuais. A relação processual estaria configurada, em realidade, nos “vínculos gerais” formados entre os sujeitos com o exercício da ação.⁴⁶⁸ Não obstante, logo após define a relação processual não mais como vínculos gerais, mas como “múltiples relaciones entre las partes y entre éstas y el juez, en forma progresiva y no simultanea, a medida que el proceso avanza y hasta llegar a su terminación”.⁴⁶⁹ Ora, novamente, como se dariam essas múltiplas relações no curso de um processo marcado por posição não relacional (ônus)?⁴⁷⁰

Do mesmo modo, o uruguaio Enrique Véscovi, ao tratar das discussões a respeito da natureza do processo (e destacando a importância concreta na análise teórica, pois impacta o modo de regulação jurídica do fenômeno processual), entende que a situação jurídica (em que se posicionam os sujeitos “con respecto a la norma que lo comprende” e derivada de um ato)⁴⁷¹ pressupõe a existência de relação jurídica,⁴⁷² não identificada com a relação típica de direito civil (de direito subjetivo e dever jurídico), pois a relação processual detém “estructura especial le da una fisonomía particular”.⁴⁷³ No entanto, igualmente ao falar de posições, segrega o ônus daquelas em que os sujeitos se encontram em situação de reciprocidade, quais sejam os frequentes poderes e sujeições⁴⁷⁴ (se as partes estiverem em sujeição de poder, o juiz estará no de sujeição, e vice-versa).⁴⁷⁵

A portuguesa Paula Costa e Silva, em linha semelhante, não nega a possibilidade de o ônus, apesar de posição não relacional, “ser suscetível de integração numa situação jurídica

⁴⁶⁶ GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* cit., p. 170.

⁴⁶⁷ Idem, p. 171.

⁴⁶⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso* cit., p. 169-170.

⁴⁶⁹ Idem, p. 170.

⁴⁷⁰ A relação entre posições é tida, para Lourival Vilanova como pressuposto da configuração da relação jurídica (*Causalidade e relação no direito* cit., p. 121).

⁴⁷¹ VÉSCOVI, Enrique. *Manual de derecho procesal* cit., p. 277.

⁴⁷² Idem, p. 122-123.

⁴⁷³ Idem, p. 124.

⁴⁷⁴ Não deixa de mencionar, no entanto, haver no processo outras posições, tais como deveres pelo pagamento das despesas processuais (e no descumprimento, responsabilidades); dever de moralidade; direito de obter o pronunciamento judicial; poderes do juiz de direção, de instrução, de decidir (Idem, p. 245-252).

⁴⁷⁵ Idem, p. 244.

complexa, que apresente natureza relativa”.⁴⁷⁶ Não parece ter sido, aliás, outra a constatação da processualista ao concluir que, sob a perspectiva do “direito de ação”, há relação jurídica entre as partes entre si e entre estas e o tribunal.⁴⁷⁷

Ocorre que tal apreensão aproxima, sem maiores dificuldades, as teorias de relação e situação processual. Essas linhas gerais de existência de relação quanto ao exercício da demanda – e a tutela a ser entregue – foram inclusive reconhecidas por James Goldschmidt (ainda que a categorizando como relação política, e não processual).⁴⁷⁸

Sem se olvidar da máxima coerência teórica com que o italiano Elio Fazzalari se afasta dessas aproximações (pois, para este, sequer ação é direito instaurador da geral relação jurídica),⁴⁷⁹ é possível constatar que a adoção do ônus como categoria não relacional (conforme descrita por Goldschmidt) - relação esta relegada às linhas gerais dos eixos do processo (ação/demanda; decisão/tutela) - torna essencialmente indistintas e, no mais das vezes, meramente terminológicas, as supostas teorias conflitantes (de relação e situação). Pois, repise-se, o processo no seu iter seria marcado por posição das partes (ônus) que não é relacional.

Naturalmente, nessa conclusão não se ignoram as outras posições apreendidas no curso do processo. Ocorre que, mesmo nestas, conforme visto no capítulo anterior, se não são incluídas em simbiose no que se tem por ônus (como poderes e faculdades), são tratadas como não correlacionadas aos sujeitos processuais (como o dever). E ainda para os que defendem correlação do dever,⁴⁸⁰ não se olvida se tratar de posições excepcionais no processo, e, por exceção não se pode tratar o todo.

Assim, observa-se, no aspecto das posições do sujeito no *iter* processual, efetivamente uma falsa distinção (e, por que não dizer, sem utilidade científica de explicar o fenômeno) entre as teorias de relação das que a negam.

Verificar-se-ão, no item seguinte, portanto, mais detidamente as razões pelas quais os críticos do processo como relação a negam no *iter* processual.

⁴⁷⁶ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo* cit., p. 147.

⁴⁷⁷ Idem, p. 160-161.

⁴⁷⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil* cit., p. 16.

⁴⁷⁹ Para o italiano, lembre-se, ação é situação jurídica composta e sucessiva formadora do processo (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 426).

⁴⁸⁰ Como o fizeram: LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile* cit., p. 153-154; e COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 209-210.

4.2 Correlação apenas entre sujeitos e norma nas posições dos sujeitos sob teoria de situação (não relacional) – categoria excepcional na teoria geral do direito

Partindo da invariável premissa de que no processo não há típicas posições de direito e obrigação, James Goldschmidt inaugurou, de modo direto, crítica à ideia de que no conteúdo do processo se formariam posições em correlação.⁴⁸¹

Apartir dessas premissas é possível constatar que foi o italiano Elio Fazzalari quem mais diretamente se propôs a atacar a ausência de posições em relação, que seriam incompatíveis com o esquema processual,⁴⁸² pois a sequência de atos, normas e posições jurídicas (as três angulações do procedimento)⁴⁸³ ocorre em *paridade* – e não em subordinação – entre os destinatários finais da atividade jurisdicional.⁴⁸⁴ Em outras palavras, a ideia de igualdade e paridade do contraditório seria incompatível com os amálgamas típicos de superioridade/subordinação que compõem a dinâmica de uma relação jurídica.

Assim, a posição jurídica é relevante apenas perante a norma (razão pela qual a teoria pode ser categorizada como *normativa*), e não em face de outros sujeitos.

Entre nós, Aroldo Plínio Gonçalves destaca essa incompatibilidade entre relação jurídica e paridade⁴⁸⁵ e descreve que a posição jurídica processual não “se refere à posição de sujeitos em uma relação com outros sujeitos ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição dos sujeitos perante a norma, [...]”.⁴⁸⁶

No sentido das diferentes correlações, explica André Fontes haver correlação entre a consequência (como efeito da norma) e a hipótese (como descrição da norma a incidir). Designa, por sua vez, no âmbito eficaz/consequencial, dois tipos de nexos correlacionais, o bilateral e o unilateral (exemplo do primeiro é a relação obrigacional e do segundo, a norma de maioria).⁴⁸⁷

⁴⁸¹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 65-100.

⁴⁸² Nas palavras de Fazzalari: “[...] il rapporto è schema semplice, che non può contenere la complessità del processo (assumere che quello processuale è rapporto giuridico *complesso* è pura convenzione di linguaggio, che tiene conto della realtà, ma non la spiega, implicitamente rimandando ad altro); nè, quale schema statico, può rappresentarne la dinamica” (*Istituzioni di diritto processuale* cit., p. 104).

⁴⁸³ *Idem*, p. 78.

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 83.

⁴⁸⁵ Nesse sentido e reforçando a incompatibilidade da teoria de procedimento em contraditório perante a teoria de relação jurídica, veja-se: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo* cit., p. 192 e 230.

⁴⁸⁶ *Idem*, p. 109.

⁴⁸⁷ FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva* cit., p. 84-85.

Em que pesem as duras críticas que fez Pontes de Miranda à compreensão de correlação entre norma e efeito (e, nesta, o sujeito atingido) – por entender ser “fora de todo valor lógico e científico”⁴⁸⁸ uma relação entre sujeito e norma, pois a regra jurídica destina-se a regular relações entre pessoas, vinculando-as⁴⁸⁹ –, não se pode negar a corrente categorização, na teoria geral do direito, de posições jurídicas não relacionais (derivem ou não da teoria normativista do direito).

Mesmo considerando que a análise aprofundada da correção em se considerar existentes situações unipessoais perante o marcado caráter relacional do direito⁴⁹⁰ escaparia aos escopos da presente pesquisa, não se pode olvidar que mesmo os aderentes dessas hipóteses compreendem-na de modo excepcional e residual⁴⁹¹ e a inserem em normas de qualificação/organização (personalidade/capacidade).⁴⁹² E, mesmo para essas hipóteses, há críticas à sua compreensão não inserta no plano inter-relacional.⁴⁹³

Também não se pode olvidar que a posição de ônus é exemplo típico (e excepcional) de posição unissubjetiva,⁴⁹⁴ notadamente na sua especial acepção processual. Talvez não por outra razão, conforme se exporá a seguir, alguns deles delimitem o ônus processual do ônus material para conferir a apenas a este segundo efetiva natureza de posição relacional/intersubjetiva.⁴⁹⁵

⁴⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., t. I, p. 129.

⁴⁸⁹ Idem, p. 129. Em suas palavras: “Daí ser fora de todo valor lógico e científico dizer-se que, nos casos de ‘situações jurídicas’, a relação seria entre cada sujeito de direito e a regra jurídica (A.E. CAMMARATA, Limiti, 43 e 61 s.). Essa comunicação com a regra jurídica é simplesmente estranha, porque releva que se subiu do plano (B) dos fatos jurídicos (= já juridicizados), fatos com incidência da regra jurídica e, pois, já ingressados no mundo jurídico, para o plano (A) pretérito da regra jurídica. Com um pouco mais nesse pendor imaginativo, e menos ilógico, houve quem negasse qualquer relação jurídica no plano (B) e entendesse só existir relação entre os sujeitos e a lei (F.C. CICALA, Rapporto giuridico, 15)”.

⁴⁹⁰ Nesse sentido, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito* cit., p. 110-136; e Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 685-698.

⁴⁹¹ A esse respeito MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184 e ss.

⁴⁹² COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito* cit., p. 4-19; e Betti, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico* cit., p. 17-26.

⁴⁹³ Para Lourival Vilanova, a qualificação jurídica (no sentido de aquisição de personalidade jurídica), e que conceitua como relação jurídica em sentido amplo, “só tem cabimento no interior de um sistema normativo de direito positivo, que é um *sistema de relações intersubjetivas*” e, nesse sentido, a qualificação é atual ou potencialmente uma posição do sujeito perante outro (*Causalidade e relação no direito* cit., p. 119-120).

⁴⁹⁴ FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva* cit., p. 73.

⁴⁹⁵ O português José de Oliveira Ascensão defende haver no ônus “correlativamente uma posição passiva de outro titular”, que qualifica de sujeição pois a sujeição “não é apenas a contrapartida do direito potestativo; é também a contrapartida do ônus (*Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 85); Clóvis do Couto e Silva, de modo similar, entende ônus como direito formativo/potestativo (*A obrigação como processo* cit., p. 98).

Do exposto é possível constatar que, para a teoria geral, a ideia de situação unissubjetiva (como correlação da norma a apenas um sujeito, excluindo-se a alteridade), apesar de frequentemente exposta, é tida de modo, além de controverso, excepcional. Por essa razão, é espantoso o nível automático e acrítico que envolveu os processualistas a admitirem que o processo não forma vínculo entre os sujeitos, fundados essencialmente na constatação de que não se estruturam posições (no *iter*) típicas de direito material.

Questiona-se, portanto, se o processo detém tão elevado nível de excepcionalidade no direito para que suas posições não sejam vistas em relação. Assim se passará a tratar nos próximos itens.

Antes, contudo, será necessário estabelecer premissas e adotar posicionamentos.

4.3 Premissas para análise crítica da correlatividade entre posições dos sujeitos processuais: evolução na compreensão de relação jurídica

Nos termos em que foi possível constatar as críticas ao processo como relação jurídica, desde James Goldschmidt até os dias correntes, e que se concentram notadamente nas posições do *iter* processual, a premissa que ressoa com considerável irrefutabilidade é a de que as posições não se enquadram (ou se limitam) no esquema direito subjetivo e obrigação,⁴⁹⁶ ou seja, o que ocorre no processo, ambiente de liberdade, não se identifica com uma relação de crédito típica do direito civil.

Entretanto, questiona-se se de fato a concepção de relação jurídica deve ficar enclausurada nessa noção de relação obrigacional creditícia.

E a resposta é negativa.

Nas palavras do português José de Oliveira Ascensão, a “relação jurídica não é fenômeno privativo do Direito das Obrigações”.⁴⁹⁷

Sendo relação jurídica conceito fundamental, apto a servir de elemento primeiro às necessidades de integração e particularização dos diversos ramos do direito e sua positivação, é compreensível que suas linhas gerais sejam traçadas pela Teoria Geral do Direito.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ Como bem pontuou o mexicano Eduardo Pallares, para Goldschmidt e seus adeptos, ao negarem a existência de relação jurídica, fizeram-no sob o pressuposto de que, se se não se encaixa no esquema de uma relação obrigacional de direito civil, seria impossível, então, para estes, qualquer relação jurídica (Crítica de las doctrinas sobre la relación jurídico-procesal cit.).

⁴⁹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 43.

⁴⁹⁸ Nesse sentido, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito* cit., p. 234-244; ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 43-46; e Reale, Miguel. *Filosofia do direito* cit., p. 697-698.

Nesse sentido, porque seria limitar indevidamente o conceito de relação jurídica incluí-lo “em posições dos sujeitos-de-direito como titulares de direitos subjetivos e de deveres jurídicos”,⁴⁹⁹ propôs-se a construção de concepção generalizante e que efetivamente apreenda vínculos jurídicos intersubjetivos nas mais diversas áreas e ramos do direito.

O brasileiro Miguel Reale propugna essa necessidade de ampliação do conceito de relação jurídica para “abrangermos as múltiplas modalidades de enlace que constituem a tessitura da experiência do Direito”, advertindo, para tanto, que não se deve “modelar a sociedade segundo o ângulo exclusivo de prestações e contraprestações recíprocas”, marca essencial das relações contratuais.⁵⁰⁰

Em tal esteira, José de Oliveira Ascensão, apreendendo que relação jurídica não necessariamente se equivale a posições de relação de crédito, tampouco a esquemas de contraposição de posições ativas e passivas⁵⁰¹ (que não explicariam, por exemplo, a relação de sócios, a relação de coproprietários, entre outros), preferiu a concepção de mútua referência jurídica entre sujeitos. Compreende, então, que “a relação jurídica representa um conjunto de duas ou mais posições subjetivas, em que cada uma só se define juridicamente por referência às outras”,⁵⁰² ou seja, “quando a ordenação dum sujeito a outro é operada por um especial preceito jurídico”.⁵⁰³

Nesse sentido, é de se fixar, neste aspecto mais abrangente, que sempre haverá relação jurídica se, por força de previsão jurídica, uma posição de um sujeito é ligada e ordenada à posição de outro, em referência; ainda que, nesse plano eficaz, não se identifiquem (naturalmente, em hipóteses de relação jurídica complexa) estanques posições ativas e passivas, ou em conflito de interesses.

É possível observar, a partir desta ampla concepção, como e se se compatibiliza com o direito processual, e, em nível mais concreto, como é informado pelo ordenamento vigente.

Antes dessa etapa, contudo, passa-se a investigar como e em que medida os sujeitos processuais efetivamente se vinculam (notadamente, mas não exclusivamente, os sujeitos parciais em posições no *iter* processual) com base na concepção adotada.

⁴⁹⁹ Nas palavras de: VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito* cit., p. 236.

⁵⁰⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito* cit., p. 698.

⁵⁰¹ Nesse sentido, o autor explica que, em especial em situações complexas (que define como aquelas em que não se esgotam em uma situação simples, mas em várias), “Não há necessariamente uma restrição para um sujeito e um benefício para outro, uma vez que os benefícios e gravames de ambos se podem equivaler. É esse até o caso normal”, em verdadeiras posições de “paralelismo” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 16-18; 42).

⁵⁰² Idem, p. 45.

⁵⁰³ Idem, *ibidem*.

4.3.1 *Análise do fenômeno processual (iter) sob a ótica de relação jurídica*

Conforme visto anteriormente, a ressignificação da noção de relação jurídica importa compreendê-la como esquema que, além da relação direito subjetivo e obrigação, implique mútua vinculação entre posições por incidência de previsão jurídica que os regule, posições como efeitos de atos jurídicos ocorridos e projetantes dos atos futuros.

Dentro desses contornos gerais, é possível verificar que, para além dos eixos do processo – em que há considerável convergência na existência de relação envolvendo dever/prestação e sujeição/poder entre partes e juiz, correlativamente, nos termos tratados no capítulo anterior –, o que ocorre no iter processual configura-se, com facilidade de apreensão, em evidente relação jurídica.

A ação ou omissão de um sujeito posiciona-o em inescapável vínculo eficaz jurídico com os outros sujeitos (bastando, para tanto, pensar na configuração mínima dos sujeitos principais do processo, quais sejam partes e juiz). O ato de ajuizamento da demanda tem como efeito normal vincular o juiz a processar e o réu a ela se submeter (mesmo em hipóteses nas quais sequer é citado, como nos casos de improcedência liminar – art. 332 do Código de Processo Civil vigente). Nesse ponto, não é demais lembrar que a citação não deflagra a posição do réu no ônus/poder de responder, senão instaura o termo inicial do prazo para tanto (entre outros efeitos relevantes).⁵⁰⁴ Não há dúvidas de que, no ônus (*rectius*, poder) do réu de responder, está inserido o modo (faculdade) de o fazer antes da citação e assim que ajuizada a demanda (comparecendo espontaneamente), o que vinculará o juiz a, além de apreciar os argumentos na tessitura do contraditório, aplicar o regramento incidente, tais como impedir a desistência da demanda sem a anuência do réu (art. 485, § 5.º, do CPC) e considerar os elementos da resposta para disciplinar as etapas seguintes o material para dilação probatória. Do mesmo modo, a resposta (ou sua ausência) vinculará imediatamente o autor quanto aos ônus e liberações que caberão a este em matéria probatória.

Os efeitos de uma prova produzida vincularão, igualmente, as provas produzidas pela outra parte ou as que deverão sê-lo em momento oportuno.

Da interposição de recurso por uma parte emergirá o prolongamento/manutenção dos efeitos de pendência do capítulo decisório recorrido (ou ainda, se aplicada a regra do art. 1012, *caput*, do CPC, a suspensão dos efeitos da decisão recorrida). O cumprimento ou não,

⁵⁰⁴ Notadamente os descritos na atual redação do art. 240 do Código de Processo Civil vigente, tais como litispendência e constituição do devedor em mora.

por uma parte, de uma determinação judicial, seja de tutela final, seja de cunho interlocutório, vinculará efeitos a outra parte, seja em sua esfera material, seja no trâmite processual.

O juiz, como sujeito a quem incumbem as decisões e os demais atos de tramitação processual (em conjunto com as partes) – com a adequada aplicação das normas incidentes na sua tessitura concreta e dialética –, é sujeito que compõe e interfere no grau e qualidade dos efeitos dos atos das partes – e de modo mais ou menos amplo a depender do grau de generalidade (ou de efeitos diferidos) da previsão legal aplicável. Contudo, não por isso relevantes efeitos deixam de se produzir antes ou independentemente de sua intervenção. Isso se pode extrair, por exemplo, das lições a respeito do que se convencionou chamar de ônus absolutos e relativos (na designação de Cândido Rangel Dinamarco⁵⁰⁵) ou perfeitos ou menos perfeitos (na categorização de James Goldschmidt)⁵⁰⁶ como efeitos desfavoráveis imediatos, ou dependentes de ponderação judicial ou de outros elementos de fusão. Ocorre que a previsão normativa que abra a possibilidade de mitigação, alteração ou afastamento dos efeitos daquele ato ou omissão não diz tanto aos efeitos imediatos do ato ou omissão daquele posicionado (que ocorrem, mas em grau de determinabilidade definitiva/estática menor), e, sim, do caráter dialético do processo, que não esgota, de modo isolado, estanque e uniposicional os atos e omissões de seus respectivos sujeitos.

Nesse ponto, adere-se à chamada concepção triangular⁵⁰⁷ da relação processual, em que há vínculos jurídicos não só entre partes e juiz (teoria angular), mas também das partes entre si.⁵⁰⁸ Com isso não se quer dizer que os efeitos do ato da parte sejam os mesmos, se

⁵⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 236.

⁵⁰⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso* cit., p. 99-100.

⁵⁰⁷ Alguns aderentes a essa corrente (triangular): BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* cit., p. 1-4; CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 50; LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile* cit., p. 153-154; COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil* cit., p. 153 (esse autor, apesar de se filiar à teoria de processo como instituição, não nega que haja relação entre os sujeitos e, igualmente, que surjam relações entre as partes, como em razão de responsabilidade processual); ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil* cit., p. 9; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 74; AMARAL SANTOS, Moacir. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. I, p. 322; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 30-31; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso* cit., p. 170; PALLARES, Eduardo. *Crítica de las doctrinas sobre la relación jurídico-procesal* cit., p. 27-28. Em contraposição, os adeptos da teoria angular: MENDES, João de Castro. *O direito de ação judicial* cit., p. 81; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 247-248; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 97, nota 12; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1, p. 333-334.

⁵⁰⁸ A respeito da evolução histórica entre essas concepções (e inclusive aquelas que entendem apenas haver relação entre as partes), remete-se a inúmeros trabalhos que, de modo pouco variável, descrevem tal evolução. Exemplificativamente: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Relação jurídica processual* cit., p. 89-92; GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* cit., p. 159-162; TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. I, p. 241-303.

considerados em face do juiz e da outra parte. Em tal sentido, é relevante mencionar que a figura triangular é uma simplificação de uma configuração que, vista de modo analítico, compõe, em um mesmo ato, duas relações jurídicas diferentes:⁵⁰⁹ uma da parte com relação ao juiz, uma da parte com relação a outra parte e ambas projetando posições que podem, por sua vez, gerar atos que vinculem de modo distinto os mesmos sujeitos. Por exemplo, ao interpor um recurso (validamente), o recorrente vincula o recorrido que se sujeita aos efeitos recursais, como o obstaculizar o trânsito em julgado do capítulo recorrido; o recorrente, ao mesmo tempo, vincula o órgão *ad quem*, que, além de se sujeitar (como meio), terá o dever-poder de apreciar o recurso. Ao mesmo tempo, nascerá ao recorrido o ônus/poder de se contrapor à situação jurídica gerada, articulando, por exemplo, meios aptos a postular a reversão dos efeitos legais do recurso (notadamente o suspensivo, ou melhor, o de manutenção dos efeitos obstativos da eficácia da decisão recorrida)⁵¹⁰.

Portanto, não se compartilha da ideia de que os efeitos das posições e atos, entre partes, sejam meramente reflexos e indiretos à intervenção judicial,⁵¹¹ em referência à compreensão de que há apenas vínculo entre as partes e o juiz. Não há dúvidas, no exemplo *supra*, de que os efeitos da interposição tempestiva de um recurso com efeito suspensivo

⁵⁰⁹ Em sentido semelhante destaca Roberto Del Claro ao afirmar que, ainda que tratando da teoria angular: “Autor e réu possuem direitos que são fundamentos para deveres do juiz. Esse modo de ver as relações jurídicas no processo não admite que ela possa ter três sujeitos, porque uma relação jurídica ocorre entre duas pessoas e somente entre duas pessoas. A angularidade da relação jurídica processual é uma ilusão de ótica que ocorre pela justaposição das relações entre autor e o juiz e o juiz e o réu”. Acrescenta, em nota, ainda: “E para quem defende a relação triangular, também entre o autor e o réu” (*Direção material do processo cit.*, p. 78).

⁵¹⁰ A respeito desta necessária possibilidade de o recorrido postular a supressão dos efeitos do recurso da outra parte, Cassio Scarpinella Bueno a defende desde sua tese de doutorado (1998), e conforme recentemente destacou ao tratar do atual art. 311 (tutela de evidência) do CPC: “Anoto, a propósito, que as hipóteses do art. 311, em especial a de seu inciso IV, assumem, para este fim, fértil campo de aplicação. É um caso em que a *retirada* do efeito suspensivo dá-se *ope judicis*, tema muito caro para mim, prezado leitor, permita-me a confissão, porque foi afirmando a sua possibilidade, em 1998, no CPC de 1973, que defendi (e obtive, felizmente) meu Título de Doutor perante a PUCSP.”, e, em igual sentido, “Mesmo depois do proferimento da sentença sem que ela tenha concedido tutela provisória fundamentada na evidência, não há razão para descartar que a tutela da evidência seja, ainda, passível de concessão. O pedido respectivo será dirigido ao Tribunal ou ao relator, o que encontra amparo no § 3º do art. 1.012, interpretado ampliativamente, como proponho no n. 4.2.1 do Capítulo 17, para nele não só se compreender a concessão do efeito suspensivo a apelo dele desprovido, mas também subtrair o efeito suspensivo da apelação que o ostenta, que é a regra, aliás, preservada pelo caput do art. 1.012 do CPC de 2015.” (In: *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2018, p. 807 e 312-313, respectivamente). Ainda, em mesma abordagem, Ricardo de Barros Leonel: “Observe-se, nesse ponto, que em princípio a apelação terá efeito suspensivo (art. 1.012, caput do NCPC). Isso significa que, em regra, a sentença não tem eficácia imediata e provisória. Se esse for o caso, é possível pensar na atribuição de efeito ativo à sentença, ao se retirar o efeito suspensivo da apelação.” (em: *Anotações sobre o Sistema Recursal no Novo Código de Processo Civil. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 359).

⁵¹¹ Como defende, por exemplo, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil cit.*, p. 247-250.

legal – notadamente a manutenção da ineficácia da decisão⁵¹² – já são produzidos à outra parte, mesmo sem intervenção judicial declaratória de admissibilidade⁵¹³.

Não se está a dizer, naturalmente, que a pretensão declinada na demanda é intentada contra a outra (parte), e não ao juiz (à semelhança do que propugnou Adolf Wach),⁵¹⁴ mas, sim, que até mesmo esse ato gera efeitos à esfera do réu (próximos ou equivalentes à sujeição). Neste sentido, a (correta) compreensão de que os atos postulatórios o são perante o juiz – e, não, perante a outra parte – não retira a natureza relacional entre os sujeitos parciais, pois, para esta existir, basta que os atos de um sujeito *vinculem* (por gerarem efeitos jurídicos diretos) o outro sujeito parcial.

O entendimento da inexistência da relação entre as partes, por não explicar adequadamente o fenômeno, retira, ou não justifica com segurança, os mecanismos que existem ou devam existir para compor ou regular esses efeitos perante a outra parte, trazendo-lhe mecanismos de resistência ou modificação. Com base no mesmo exemplo trazido acima – efeitos imediatos, na esfera jurídica da outra parte recorrida, derivados da interposição deste tal recurso – é possível compreender que medidas postuladas pela parte recorrida – para conter ou modificar os efeitos do recurso – apenas se justificam (ou, em termos mais precisam, apenas contém interesse e legitimidade) nestes mesmos efeitos imediatos do ato da outra parte. Não pensar assim seria entender a existência de um vácuo jurídico justificador do ato postulatório do recorrido (pois este decorre, não de ato judicial, mas de ato da outra parte).

Verifica-se, contudo, novamente, segregação entre os eixos do processo e seu *iter* até nesta análise. Pontes de Miranda,⁵¹⁵ adepto da teoria angular, faz a ressalva de que está a tratar da relação processual, que para este não se confundiria “com as diversas relações e situações

⁵¹² Conforme conhecida ponderação de José Carlos Barbosa Moreira em: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. V, p. 257-258.

⁵¹³ Não por outra razão, por exemplo, entende-se que decisão de inadmissibilidade recursal tem efeito *declaratório* em se reconhecer que a inaptidão do ato recursal já o era antes da averiguação judicial. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; COSTA, Thales Morais da (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: RT, 2002. p. 28, nota 14; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., p. 265-266. Não se pode olvidar, não obstante, que razões de ordem prática impõem mitigação da coerência dessa apreensão (que levam a compreender que, por declaratória, a decisão reconheceria a inocorrência de efeitos recursais desde sua origem), por exemplo, para o termo inicial da contagem do prazo da ação rescisória, que se conta da última decisão, ainda que esta se limite a reconhecer a inadmissibilidade (inclusive por intempestividade) do recurso. Nesse sentido: STJ, 2.^a Turma, REsp 740.530/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 06.09.2012, *DJe* 26.09.2012.

⁵¹⁴ WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1977. v. I, p. 70.

⁵¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Relação jurídica processual* cit., p. 89-92.

processuais nascidas *durante o processo*".⁵¹⁶ O autor faz essa ressalva justamente ao afirmar que "contactos entre as partes é que criam entre elas relações e situações *particulares* (e.g., a respeito dos prazos)".⁵¹⁷ Ora, ou há relação entre as partes, ou não há.

Neste sentido, a adoção da teoria angular parte de premissas extremamente restritivas de relação pois esta, para existir, dependeria de vínculo de postulação; ou seja, se o pedido da parte destina-se ao juiz só haveria relação entre este e as partes. Nisto excluem-se, com desvantagens teórica e prática, como se viu, os diretos efeitos dos atos e omissões de uma parte em referência a outra.

Mas, e antes de se aprofundar e categorizar essas posições das partes em correlação, mister se faz avaliar a relação processual como um todo.

4.4 Configuração da relação processual: concatenação essencialmente de poderes e sujeições

Nos termos expostos até aqui, verificou-se preferência, para os fins do presente estudo, pela concepção de direito ao processo e à tutela jurisdicional como mais adequados do que ao direito de ação (o qual, em que pese a hiperbólica amplitude que se pretende dar, arraiga-se ainda no foco do autor da demanda), pois diz mais acerca da paridade e igualdade das partes e ausência de polaridade fixa (autor posição ativa; réu posição passiva) referenciada à demanda. É direito subjetivo frente ao Estado, distinguindo-se, portanto, do direito potestativo, pois é direito que implica exigibilidade de determinada conduta,⁵¹⁸ e não mera sujeição.

Roberto Del Claro critica a tentativa (a seu ver, frustrada) dos processualistas de afastar essa categoria (direito subjetivo) do processo (e que também credita como "inconveniente da exacerbação da visão de efetividade do processo"),⁵¹⁹ "os direitos processuais podem ser vistos como direito a algo: direitos de proteção e direitos a procedimentos".⁵²⁰

⁵¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Relação jurídica processual* cit., p. 90.

⁵¹⁷ Idem, *ibidem*.

⁵¹⁸ Nos dizeres clássicos de conceituação de Miguel A. Domingues de Andrade, direito subjetivo "traduz-se no poder de exigir e pretender de outra pessoa um determinado comportamento positivo ou negativo" (*Teoria geral da relação jurídica* cit., p. 10).

⁵¹⁹ DEL CLARO, Roberto *Direção material do processo* cit., p. 68. Não se pretende, no presente trabalho, aprofundar a fundamental abordagem do direito (entre teoria normativista e de direito subjetivo), bastando que se afirme que se adere como premissa, no presente trabalho, à teoria do direito subjetivo, que efetivamente enfatiza as pessoas, as posições dos sujeitos concretamente consideradas, mormente ao se tratar de fenômeno tão marcadamente prático como o processo (e sempre pressupondo, necessariamente, e por evidente, a ordem normativa). A respeito do contraste destas concepções e suas linhas históricas na teoria geral do direito, remete-se às lições de José de Oliveira Ascensão. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 52-59.

⁵²⁰ Idem, p. 67.

Esse direito das partes está vinculado a seus interesses, não interesse como vontade e suas dificuldades metafísicas,⁵²¹ mas interesse como aquele qualificado pelo ordenamento como objeto de proteção,⁵²² ou seja, não é um direito a ganhar o que se deseja, e, sim, um direito ao que o ordenamento prescreve, mediante preenchimento de condicionantes, tanto no que se fala de procedimento como de tutela.

O Estado-juiz, por outro lado, possui o dever (poder) – e não obrigação (termo de direito privado para um tipo específico de relação)⁵²³ – de se comportar conforme prescrições legais atribuídas a tal direito e limitadas a configurações concretas de seu exercício (como o princípio da adstrição, por exemplo), esteja ou não, este, totalmente alinhado com a vontade e desejos das partes (que só obtêm a proteção na medida em que prevê o ordenamento). Há coincidência de interesses, nesse aspecto, ainda que se trate de sujeitos (partes/juiz) em planos de atuação diferentes. Não há dúvidas que ao Estado só é exigível essa conduta após deflagração do exercício do poder inicial de o demandar.

Essa relação jurídica, não obstante, não é simples, mas complexa, que não se resolve apenas na configuração direito das partes/dever do Estado. Este, igualmente, detém o poder de exigir condutas das partes (notadamente as determinações vinculadas à tutela e especificamente as que exigem conduta sob penalidades sancionatórias), e estas, nesse aspecto, assumem posição de dever.⁵²⁴

Há também, nessa relação complexa composta⁵²⁵ (como pluralidade de relações vinculadas a uma finalidade), posições de sujeição vinculadas a poder. As partes se sujeitam ao (poder) da atividade judicial.⁵²⁶ Não se compartilha, nesse ponto, do entendimento daqueles⁵²⁷ que, atribuindo a ação direito potestativo, entendem haver sujeição do Estado correlato a atos das partes. Entretanto, a confusão tem razão de ser.

⁵²¹ A respeito das críticas das teorias que identificavam direito subjetivo com “poder da vontade”, vide ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 52-57.

⁵²² Nesse sentido: Idem, p. 54.

⁵²³ ANDRADE, Miguel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica* cit., p. 16.

⁵²⁴ Nesse sentido: VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso* cit., p. 185.

⁵²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 16-17.

⁵²⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil* cit., p. 106.

⁵²⁷ Conforme visto, Calamandrei, em convergência à Chiovenda, buscou, na conceituação de ação, aproximação com conceito de poder e sujeição, culminado na sujeição do Estado à deflagração do processo (e, depois, na sujeição das partes ao seu resultado), cujo dever de agir do estado (como função) não encontra contrapartida em um direito subjetivo, pois está em outro plano de interesses (de interesse coletivo), mas que se coordena (e não se contrapõe ou converge, pois em planos diferentes) com o interesse particular das partes (*Instituciones de derecho procesal civil* cit., p. 252-256; 338-339).

Pertinente, nesse aspecto, breve incurso do que se tem por conceito geral de direito potestativo (também designado como direito discricionário, direito formativo, direito de configuração).⁵²⁸

A doutrina de teoria geral não diverge da estrutura de que direito potestativo é um poder, de produzir por si, por ato unilateral, efeitos (constitutivos, modificativos, extintivos, e assim por diante) inescapáveis na esfera jurídica de outro sujeito (além da própria, naturalmente).⁵²⁹ Nas palavras de Lourival Vilanova, e também sob a premissa de que relação jurídica não pressupõe a correspondência das posições da relação obrigacional, dispõe: “A inexistência de dever jurídico, cujo descumprimento representasse ato ilícito, no direito potestativo, ou a contraprestação típica do direito subjetivo, não altera a *relacionalidade*”.⁵³⁰

Inicialmente entendidas pela doutrina como posições necessariamente insertas em relações e situações jurídicas mais amplas (notadamente de direito subjetivo),⁵³¹ afirma-se tendência majoritária na sua autonomia.⁵³² No processo essa discussão perde relevância na medida em que se adota (como se fez no presente estudo) a concepção de *direito* ao processo e à tutela (ou direito de ação), ou seja, em que efetivamente o poder surge como posição inserida na relação complexa formada a partir do exercício de tal direito subjetivo. Assim, a preponderante posição, das partes no processo, trata-se propriamente de poder, e, não, por falta de autonomia, de direito potestativo.

Há, no entanto, um aprofundamento relevante a se fazer quanto a essa específica posição. É de se verificar que a sujeição, do outro sujeito aos efeitos do ato, não implica que o sujeitado não possa desprestigiar os efeitos desse ato (o recorrido, de recurso com força de manter o estado de ineficácia da decisão, pode agir como se tal decisão tivesse efeitos). Portanto, é possível constatar que, apesar de os efeitos serem automáticos (independendo de qualquer comportamento do sujeito passivo), verifica-se que gera também situação de efetivo dever de respeitar esses efeitos.⁵³³ Neste sentido, o exercício do poder poderá, além de encerrar os efeitos extintivos/constitutivos/modificativos de uma relação, sujeitando a

⁵²⁸ Conforme descreve FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva* cit., p. 103.

⁵²⁹ Exemplificativamente, ANDRADE, Miguel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica* cit., p. 12-18; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito* cit., p. 231-234; ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 81-83; FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva* cit., p. 102-103; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. 1, p. 335-338.

⁵³⁰ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito* cit., p. 233.

⁵³¹ Como defendia, por exemplo, ANDRADE, Miguel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica* cit., p. 16.

⁵³² Conforme afirma FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva* cit., p. 103.

⁵³³ Nesse sentido: ANDRADE, Miguel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica* cit., p. 17; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito* cit., p. 231-233, nota 6.

outra parte a estes, gerar posição jurídica sucessiva, a partir da posição de sujeição.⁵³⁴ Assim, também exemplificativamente, o recorrido, do ato de interposição do recurso pelo recorrente, porque titulariza posição de sujeição aos efeitos da interposição, titulariza, a partir desta sujeição, posição de poder impugnar esses mesmos efeitos em relação aos quais se sujeita.

Nesse aspecto, tem lugar a categorização de poderes opostos entre as partes, por meio da qual o sujeito passivo poderia, em determinadas hipóteses, e agora na qualidade de sujeito ativo, detentor de paralelo poder, licitamente exercê-lo para excluir ou afastar os efeitos gerados naquela outra relação (em que é sujeito passivo).⁵³⁵ Em tal abordagem técnica de posições aflora-se, exemplificativamente, seu extremo relevo como mecanismo de apreensão e controle da eficácia de garantias processuais como a da isonomia. Pode-se dizer, portanto, que as hipóteses em que da sujeição (de um sujeito quanto à ato de poder de outro) não geram poder oposto (ou contra poder) - de afastar os efeitos de tal sujeição - devem ser restritas e justificadas, sob pena de ofensa a tais garantias.

Ainda quanto às particularidades deste poder, relevante o destaque do português José de Oliveira Ascensão, que o coloca em sobreposição às demais categorias de direito, ou, ainda, não ao lado destas, pois seguiria classificação de ordem distinta: direitos potestativos (e poderes) são definidos pela estrutura e os demais pelo conteúdo.⁵³⁶ Assim, o direito potestativo vincular-se-ia ao *modo* de atuação, entendendo, então, que “os restantes direitos podem ser de atuação potestativa”.⁵³⁷ Neste aspecto, e no processo, o poder das partes é aspecto estrutural do *iter*, que ganha relevo e conteúdo ao ser informado pelo direito ao processo e à tutela, nos quais está inserido. Igualmente, as preponderantes posições de poder e sujeição (notadamente no *iter*) *estruturam* o modo de exercício dos direitos fundamentais processuais (*funcionais*). Ou seja, o modo de exercício do direito ao processo e à tutela (e os demais direitos ínsitos a este) é estruturado essencialmente em poderes (e sujeições) que servem (e são informados) pelos conteúdos e funções de tais direitos (e em graus diferentes se se tratar do *iter* e dos eixos do processo).

⁵³⁴ Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português* cit., p. 337-338.

⁵³⁵ Nesse sentido, explica Fredie Didier Jr.: “A efetivação de um direito potestativo pode *gerar* um direito a uma prestação. A situação jurídica criada após a efetivação de um direito potestativo pode ser exatamente um direito a uma prestação (de fazer, não fazer, ou dar). Perceba: a efetivação de um direito potestativo pode fazer nascer um direito a uma prestação, para cuja efetivação (deste último), aí sim é indispensável a prática de atos materiais de realização da prestação devida” (O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2010, 2012); ainda, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito* cit., p. 231-233, nota 6.

⁵³⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 82-83.

⁵³⁷ *Idem*, p. 83.

A inclusão na concepção de poder, e, não, de (nova categoria) ônus, às partes, além de explicar mais amplamente os aspectos favoráveis da conduta - adere especial relevo pois alberga posição correlacional - de sujeição - com os outros sujeitos (e respectivas posições sucessivas) e em especial, com a sujeição da outra parte.

Neste ponto ressalta-se a afirmação/promessa do estado-unidense Wesley Newcomb Hohfeld⁵³⁸ (que, com destaque, aprofundou as posições e as colocou em pares de *correlação* e oposição) de que iria posteriormente demonstrar que, no que têm de intrínseco, as posições de direito material e as de direito processual não se distinguiriam. Apesar de se aderir à concepção de que as posições são categorias de teoria geral do direito, certamente no processo ganham contornos bastante específicos, os quais, em que pesem dispensar a criação de novas posições (como ônus), exigem específica conformação (quanto as posições basilares já conformadas) para adequadamente as compreender.

4.5 Análise da relação sob a ótica dos sujeitos parciais: abordagem ampla e relacional do conteúdo dado ao 'ônus', conteúdo mais afeito a efetivo poder

Necessário analisar como os atos das partes projetam posições vinculadas entre si e que contornos possuem esses liames. Para tanto, tomar-se-á como ponto de partida profícuas ponderações da processualista portuguesa Paula Costa e Silva.

Paula Costa e Silva acentua que os “poderes processuais aproximam-se dos poderes potestativos”.⁵³⁹

Pondera, por exemplo, que a aproximação se dá em decorrência de ato da parte vincular o juiz a “tomar o acto praticado em consideração”.⁵⁴⁰ Contudo, há distinção entre o poder potestativo e o poder processual no sentido de que do ato da parte “não resulta uma alteração automática da situação substancial preexistente”⁵⁴¹ (exemplifica a prova produzida, que não necessariamente será considerada suficiente pelo juiz a provar o fato que a parte pretende).

Ao tratar desses poderes processuais das partes, defende sua “integração” com o ônus, no sentido de que aparecem aos pares, pois aquela situação ativa (poder) vem acompanhada de ônus (por exemplo, poder de contestar sob ônus de efeitos negativos na omissão). Explica,

⁵³⁸ HOHFELD, Wesley Newcomb. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, 23, p. 16-59, 1913.

⁵³⁹ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit.*, p. 130.

⁵⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁵⁴¹ Idem.

ainda, que a liberdade do sujeito é relativa pois sua omissão pode acarretar “consequências definitivas e altamente prejudiciais”.⁵⁴² No entanto, entende que esses poderes-ônus não formariam relação com a outra parte, pois não o seriam em “contraposição à situação da parte contrária”.⁵⁴³

Não obstante, considera que há sujeição da parte demandada aos efeitos do exercício do direito de ação (contra o qual “nada pode fazer”, tendo de “se submeter à acção e aos seus efeitos decorrentes do acto final”).⁵⁴⁴ Compreende haver, então, entre demandante e demandado relação jurídica (ou situação jurídica relativa) em decorrência das posições de direito potestativo e sujeição, e, ainda, relação entre as partes e tribunal resultantes do direito de ação.⁵⁴⁵ Para esta negativa é importante ressaltar que, em que pese a referida autora partir do conceito de relação jurídica como “ordenação jurídica concreta de sujeitos”⁵⁴⁶ e “entre si”, nega relação no *iter* processual, entre as partes, por não inexistir “contraposição”,⁵⁴⁷ isto é, um elemento que, como visto, não necessariamente deve estar presente em uma relação.

Em síntese, ao se referir ao direito de ação (que expõe como situação complexa que abrange todo o processo), afirma haver relação entre partes e tribunal e partes entre si, mas, ao tratar das situações do curso do processo, entende não haver correlatividade, pois os poderes-ônus não estão em contraposição à situação de outra parte, e os deveres (notadamente vinculados à boa-fé), igualmente, por serem absolutos, não encontrariam situação ativa correspondente.⁵⁴⁸

Pois bem. Em que pesem os acertos da maioria de suas premissas (notadamente a integração de ônus e poderes e a existência de relação entre autor e réu), entende-se que a abordagem do tema e a conclusão merecem ser distintas a que chegou, especialmente quanto aos elementos de configuração da relação entre as partes.

Em primeiro lugar, não é possível compreender como o réu fica sujeito ao direito de ação do autor – que em relação ao réu é direito potestativo – e isso não informe a relação entre as partes no curso do processo. Ora, se, conforme Paula Costa e Silva, direito de ação é “situação jurídica complexa, decomponível em várias situações jurídicas mais simples

⁵⁴² COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit.*, p. 132.

⁵⁴³ Idem, p. 147.

⁵⁴⁴ Idem, p. 150.

⁵⁴⁵ Idem, p. 160-161.

⁵⁴⁶ Idem, p. 147.

⁵⁴⁷ Idem, ibidem.

⁵⁴⁸ Idem, p. 150-160.

(direito de resposta, direito de audição prévia, direito à prova)”,⁵⁴⁹ como pode esse direito de ação assumir apenas a configuração de direito potestativo/sujeição do autor (poder) em relação ao réu (sujeitado) e, ainda, não ocorrer globalmente nessas várias situações jurídicas que compõem o direito de ação? Parece confundir polaridade no ato de demanda (autor e réu em *contraposição*) e os efeitos que os atos processuais, desvinculados (ou com vinculação esmaecida) dessa polaridade, produzem entre as partes.

Há inegável relação de poder e sujeição entre as partes do processo, de modo mutuante e *paritário*.

E nem se diga que essa relação ativa (poder) e passiva (sujeição) – eventual subordinação – detém configuração incompatível com a paridade e igualdade de partes.

Isso porque há correlatividade/subordinação nessa relação jurídica simples, mas o processo, como relação jurídica *complexa*,⁵⁵⁰ é composto por essas posições de modo equivalente entre “autor” e “réu”. Alteram-se, de modo cambiante a depender do momento processual e da posição que se analisa, o sujeito ativo e o sujeito passivo dessa relação de poder/sujeição entre as partes. Nesse sentido, não se deve, por arrastamento, compreender que o sujeito ativo da demanda o é em relação às outras posições, o que, sem dúvida, impediria concluir haver relações entre partes no *iter* processual, bem como ofenderia as mais caras garantias processuais, como a da isonomia.

Como visto anteriormente, essa aproximação do que se denominou por ônus à posição de efetivo poder não passou tão despercebida pela doutrina quanto as consequências dessa aproximação na correlação entre os sujeitos (notadamente a *sujeição* da outra parte; e posições sucessivas imediatas, como contra poder e dever). Que esse poder gera, em primeiro momento, efeitos ao juiz (de se vincular ao ato) e, em segundo, o dever (poder) de levar em consideração/apreciar e julgar conforme exercício das partes já foi mais largamente aceito pela doutrina. Entretanto, o fato de que esse poder gera, à outra parte, efetiva *sujeição* (em primeiro momento), e eventuais outros poderes para afastar esses efeitos (em segundo momento), é negligenciado por parte relevante da doutrina, que sequer explica como o ônus (que não vincularia ninguém senão o próprio onerado) gera diretos efeitos e posteriores deveres (poderes) ao *juiz*.

⁵⁴⁹ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo cit.*, p. 142.

⁵⁵⁰ Como de modo aproximado explica José de Oliveira Ascensão “A relação jurídica simples, combinação de poder e dever, tem como elemento essencial a contraposição das duas posições. Não assim na relação jurídica complexa. Não há necessariamente uma restrição para um sujeito e um benefício para outro, uma vez que os benefícios e gravames de ambos se podem equivaler. É esse até o caso normal!” (*Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas cit.*, p. 42).

Nesse ponto, verifica-se grande lacuna e incoerência nas teorias sobre processo (no que se refere à relação) e insuficiência (nas de situação, e, as em que linhas gerais, neguem a existência de relação no processo)⁵⁵¹.

Não obstante a generalidade da doutrina não tenha se atentado (ao menos não diretamente) a essa intrínseca correlação entre poder ('ônus') e sujeição⁵⁵² entre as partes do processo, essa constatação não passou ao largo de destacados processualistas, não sendo, portanto, inédita.

O italiano Emilio Betti, ao tratar de relação processual, dedica-se a evidenciar a existência de relação entre as partes de natureza poder-ônus para uma e correlata sujeição de outra⁵⁵³ e articulado pelo princípio do contraditório.⁵⁵⁴ Nesse ponto, diretamente afasta a crítica à relação jurídica (protagonizada por Goldschmidt) cujas premissas estariam corretas (que entre as partes não haveria obrigações), mas a conclusão seria em sentido diverso da crítica. Bastaria, para tanto, admitir que a relação não é composta por obrigação, e, sim, poder-ônus e correlativa sujeição.⁵⁵⁵ Explica que a relação jurídica tem face dupla: entre as partes em si e entre estas e o juiz (que detém poder-obrigação), ainda que interdependentes.⁵⁵⁶

No mesmo sentido, e de modo ainda mais ressaltado, defende o italiano Gian Antonio Micheli.⁵⁵⁷ Considera que ônus é um poder de, mediante ato de vontade, e como condição suficiente e necessária, atingir certo efeito jurídico que o sujeito considera favorável a si.⁵⁵⁸ Destaca, nesse sentido, que o efeito jurídico considerado pode se verificar tanto na

⁵⁵¹ Arvorando-se, brevemente nesta nota, em relações processuais mais complexas, é possível apresentar explicação mais completa na posição que ocupa o alienante quanto à defesa processual (do adquirente) em face do evictor. A brasileira Clarisse Frechiani Lara Leite, em pesquisa na qual aborda criticamente os aspectos processuais da garantia da evicção, aborda a questão da posição do alienante frente à concepção de ônus para entender ser um ônus do alienante (a defesa do adquirente) pois lhe interessa evitar uma demanda de regresso (In: *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013). Ocorre que, ainda que não se possa afastar a exatidão deste enfoque, tal não é completo. A defesa do alienante, sob o aspecto funcional (e, não, estrutural do modo de exercício no *iter*) é efetivo direito de participar no processo para buscar resultado (a si) favorável, direito este que se conforma em posições de poder/sujeição que geram efeitos diretos aos demais sujeitos.

⁵⁵² Como visto anteriormente, o italiano Nicola Picardi intuiu a adequação, para fins de demonstração de relação jurídica no *iter* processual, das posições correlatas de poder e sujeição. Contudo, entendeu que seria insuficiente a demonstrar a linearidade e progressividade do processo (para os expressos fins de seu estudo sobre sucessão processual), razão pela qual preferiu a concepção centrada em procedimento (*La successione processuale: oggetto e limiti cit.*, p. 49-78).

⁵⁵³ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano cit.*, p. 100-111.

⁵⁵⁴ Idem, p. 105.

⁵⁵⁵ Idem, p. 103.

⁵⁵⁶ Idem, p. 104-105 e 109.

⁵⁵⁷ MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova cit.*, p. 59-105.

⁵⁵⁸ Idem, p. 79 e 85.

esfera jurídica do próprio sujeito como de outro.⁵⁵⁹ Isso inclusive diferencia o poder (como correlação de sujeição) da faculdade aquisitiva (que não impacta esfera jurídica alheia).⁵⁶⁰ Nesse ponto, afasta afirmações quanto à ausência de correlatividade do direito potestativo, pois o exercício de poder pressupõe limitação na esfera jurídica alheia, como sujeição aos efeitos do exercício do poder.⁵⁶¹ Afirma, então, que cada parte “si trovano in una situazione di suggezione di fronte ao potere dell’avversario”⁵⁶². Ressalta, ainda, que de tal sujeição perante o juiz, produz, neste, também o poder-dever para julgar.

O mesmo autor afasta o entendimento corrente de que o ônus se distinguiria de outros poderes porque importaria necessária desvantagem na hipótese da falta de exercício do onerado. Defender que esta distinção é vaga e imprecisa pois ao se tratar de ato processual, este é essencialmente livre e destinado ao atingimento de escopos vantajosos previstos juridicamente.⁵⁶³

Micheli assinala que os ônus no processo são atribuídos à parte para buscar resultado favorável por meio desses poderes “de vários conteúdos”, todos destinados, em última análise, a contribuir com uma resolução favorável, e por meio de várias situações de poder, seja, exemplificativamente, o ajuizamento da demanda, produção de provas.⁵⁶⁴ Estabelece que tais poderes devem ser vistos sob o caráter dialético do contraditório, a importar mesmos poderes aos sujeitos com interesses contrastantes.⁵⁶⁵

No mesmo sentido, e mais recentemente, o brasileiro José Maria Rosa Tesheiner defende que “os atos de cada parte inegavelmente projetam-se sobre a esfera jurídica da outra, prejudicando-a ou beneficiando-a”.⁵⁶⁶ Conceitua as situações de poder e sujeição como aptas a vincular dois sujeitos por um ato. O sujeito ativo é o que pratica o ato (em benefício não necessariamente seu, mas de terceiros, ou, ainda, de uma coletividade) e o sujeito passivo é o que sofre os efeitos do ato “nada importando que seja por ele prejudicado ou beneficiado”.

Com base em tais premissas, inclui poder e sujeição como gênero cujas espécies seriam, além dos direitos formativos/potestativos, também a posição de ônus. Na sua acepção, este estaria no aspecto focado na omissão e aquele, na ação, ou seja, diferentes enfoques (ou

⁵⁵⁹ MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova* cit., p. 85.

⁵⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁵⁶¹ Idem, p. 88.

⁵⁶² Idem, p. 95.

⁵⁶³ Idem, p. 102-103.

⁵⁶⁴ Idem, p. 91-92.

⁵⁶⁵ Idem, p. 94.

⁵⁶⁶ TESHEINER, José Maria Rosa. *Situações subjetivas e processo* cit., p. 18-23.

hipóteses) dentro da mesma realidade ou natureza de posições, ou seja, poder e sujeição. Explica: “‘Podes praticar o ato x, que te beneficia’ eis a fórmula do direito formativo. ‘Se não praticares o ato y, serás prejudicado’, eis a fórmula do ônus”.⁵⁶⁷

Essa apreensão é referenciada também por teóricos da teoria geral do direito e do direito civil.

Para o civilista brasileiro Clóvis do Couto e Silva “custa imaginar” como a ideia de ônus como “deveres para consigo mesmo” foi defendida por “conspícuos juristas”. Para o autor, dever é sempre “dever para alguém” e, assim, o ônus, para ter juridicidade de conceito, constituiria direito formativo.⁵⁶⁸

Também recentemente e em sentido similar, o português José de Oliveira Ascensão, em obra pela qual pretendeu conferir à análise de situações e relações jurídicas a amplitude de uma teoria geral do direito,⁵⁶⁹ ao explicar ônus, entende-o como de caráter misto, ou seja, de aspectos ativo e passivo no mesmo sujeito (onerado).

Quanto ao aspecto ativo, “tem de haver correlativamente uma posição passiva de outro titular”, que qualifica de sujeição,⁵⁷⁰ pois a sujeição “não é apenas a contrapartida do direito potestativo; é também a contrapartida do ônus” em situações passivas idênticas.⁵⁷¹

Exemplificando a posição de onerado inserida na categoria de direito de crédito, explica o ônus do credor em interpelar o devedor para vencer o débito. Se não o fizer, não comete ilícito, mas não poderá exigir a dívida, pois não vencida. Contudo, se interpela, o devedor “não pode evitar que com a interpelação e obrigação automaticamente se vença”. Assim, há uma alteração na esfera jurídica do devedor causada pelo credor. Também concede exemplo em direito público do cidadão que se desincumbe do ônus de doar sangue para obter vantagem tributária, ao qual o Estado (até então credor) se sujeita.⁵⁷²

No aspecto passivo do ônus, expõe, por um lado, o “sacrifício” imposto ao onerado para obtenção de vantagem,⁵⁷³ e, de outro, no sentido que a passividade, como não exercício/omissão, pode implicar a perda de um direito ou de posição de vantagem perante outro sujeito. Por esse efeito, “o exercício é então um ônus”.⁵⁷⁴

⁵⁶⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo cit., p. 18-23.

⁵⁶⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo* cit., p. 98.

⁵⁶⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas* cit., p. 14-15.

⁵⁷⁰ Idem, p. 85.

⁵⁷¹ Idem, *ibidem*.

⁵⁷² Idem, p. 85-86.

⁵⁷³ Idem, p. 87.

⁵⁷⁴ Idem, p. 241-242.

É de constatar, nesse sentido, que a relação existente entre autor e réu é determinante no conteúdo dinâmico e inter-relacional do processo. O ônus (*rectius* poder), como posição mais frequente do processo, bem além de se constituir apenas “dever consigo mesmo” ou “imperativo do próprio interesse”, insere-se nas situações subjetivas de poder e sujeição, que possuem conteúdos eficaciais distintos se da posição do onerado gerar ato ou omissão deste. O ato em geral sujeita a outra parte a efeitos desfavoráveis, e, a omissão, a favoráveis.

É de se pontuar, por último e em arremate, que esse poder ganha contornos específicos no processo. Em primeiro, porque deve, em regra, vir acompanhado de poder oposto da outra parte (de buscar o afastamento ou modificação dos efeitos a que se sujeitou) – pois, como estrutura, é informado pelo direito a que serve (direito ao processo) e suas garantias (como a da isonomia). Segundo, porque seu exercício (ou inércia) importa efeitos pontuais imediatos, mas, sob o ponto de vista dos efeitos sobre o ato final (de tutela) gera efeitos difusos aos que se compõem os efeitos, em dialeticidade e fusão, das condutas (ativas e omissivas) da outra parte. É, portanto, um poder de exercício mais paritário e de efeitos finais mais indeterminados, ambos se comparado esse poder processual ao poder das relações de direito material sob acepção clássica⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ Mesmo os tratadistas de teoria geral têm relativizado essa ideia de supremacia de um sujeito a outro. Em grandes linhas, por exemplo, entender quem é o credor em uma relação obrigacional depende da importância a que se dá a um bem jurídico. Por que em uma relação de compra e venda quem recebe o preço seria o único credor, e, não, também, que recebe o bem em troca dessa remuneração? Marcos Bernardes de Mello acrescenta abordagem no que designou como direitos e deveres *ínsitos*. Para o autor, seria mais apropriado falar em sujeito jurídico em contraposição à sujeito de direito, porque não há, ao sujeito, só posição ativa. Explica que ao direito se contrapõe, no mesmo sujeito, deveres, e vice-e-versa. Exemplifica que ao direito de propriedade estão inerentes deveres (como o da função social), e, ao dever de adimplir, haveria ínsito um direito de adimplir (a justificar, diga-se, a demanda que visa a consignação em pagamento). In: *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 143-144.

CONCLUSÃO

Da análise das teorias sobre processo foi possível constatar que seu ponto de maior cisão é a apreensão se da conduta dos sujeitos, e entre estes, surgem vínculos jurídicos ou se a incidência normativa é apenas atinente a um sujeito. Foi possível constatar que esse modo de conformação, do liame eficaz em posições intersubjetivas ou unissubjetivas, destacam-se os embates entre as teorias.

Das críticas à noção intersubjetiva de posições confluem entendimentos no sentido de que a teoria da relação jurídica, marcada por sua inadequação de origem de concepção (no direito privado e, em especial, no direito obrigacional), não explicaria a garantia de igualdade que permeia os sujeitos processuais – pois passaria ideia de supremacia/subordinação entre sujeito de direito e o sujeito obrigado – e, igualmente, não seria compatível com a dinâmica do processo. Do mesmo modo, tal teoria seria inadequada à explicação das posições jurídicas em que são titularizados os sujeitos processuais, posições estas que (ao menos em sua maioria) não se correlacionariam em típicas posições de direito e obrigação.

Da contraposição entre a origem sistemática do conceito de relação jurídica (em Oskar von Bülow) e seu histórico opositor (James Goldschmidt) convergiram, por outro lado, os posteriores adeptos das duas teorias confrontantes, na adesão de que o *iter* processual é marcado, essencialmente quanto às posições das partes, pelo que se denominou de *ônus* (*construído a partir de uma apreensão civilista de posição passiva diferente de dever*), isto é, ônus como posição que impõe ao sujeito específica atitude sob pena de efeitos desfavoráveis. E, esses efeitos somente tocariam ao sujeito onerado, e em seu próprio interesse (imperativo do próprio interesse), sem se revelar, portanto, como obrigação, pois esta se conformaria em concepção intersubjetiva cuja omissão do obrigado acarreta ilícito e medidas sancionatórias e coercitivas de conduta em favor do outro sujeito, a quem de tal conduta se beneficia.

Verificou-se que a teoria da relação jurídica absorveu, então, de modo contraditório o conceito de ônus, o qual, como posição mais *recorrente* da parte, é não relacional. Não por outra razão houve quem qualificasse as teorias da relação jurídica de falsas, aparentes ou, ainda, esclerotizadas.

Passando-se à análise de como as teorias a respeito do conceito de *ação* intersessionam-se com a compreensão da natureza jurídica do processo, denotou-se que na estrutura entre partes e juiz tende-se à compreensão (também *convergente* entre os adeptos das teorias opositoras) de exprimir relação jurídica derivada do ato de demandar (autor); e de reagir/defender (réu) e o que prestar (tutela) ao final (juiz). Da constatação de relação

entre estes nos termos inicial e final do processo, há distanciamento, por outro lado, entre as teorias quanto ao que ocorre no *iter* processual. De tal divergência é possível verificar o efetivo caráter contrastante, se se compara o que ocorre, a título de posições (e interações) dos sujeitos, no *iter* e o que se realiza nos termos finais/iniciais do processo.

Nesse sentido, constatou-se que o conceito de ação, em sua acepção englobante (a todas as fases do processo), revela *fissura* se analisado sob o aspecto da igualdade entre autor e o réu da demanda inicial. O trato englobante também obscurece o supracitado caráter distintivo entre a natureza das posições dos sujeitos quanto aos termos iniciais/finais do processo e o *iter*. Denota-se, assim, que os específicos efeitos do ato da demanda inicial do autor não justificam a importância dada ao conceito de ação (com destaque ao autor), preferindo-se, portanto, o enfoque no direito *ao processo* e à tutela, pois, repise-se, mais aptos a demonstrar a isonomia de posições das partes na formação de processo e à tutela eficaz.

A partir daí, e analisando-se as posições dos sujeitos, verificou-se que seu estudo, especialmente no *iter* processual, não se encerra no conteúdo estático (de efeitos), mas explica de modo dinâmico a concatenação dos atos processuais, na medida em que também delimita e define o feixe de condutas (omissivas e comissivas) *possíveis* no progressivo procedimento. Sob essa constatação, fornece amplo material para análise dinâmica e funcional do processo, se comparado ao enfoque na exteriorização das condutas ativas das partes sobre o procedimento.

Em seguida, analisadas, isoladamente, as modalidades de posições correntemente atribuídas às partes, foi possível defender considerável simbiose entre os fenômenos conferidos às posições de poderes e de ônus das partes. Tais posições são marcadas essencialmente pela liberdade de conduta (não exigibilidade coativa). E, o ônus deve ser apreendido não só pelo (relativo) resultado desfavorável na hipótese de omissão, mas, e sobretudo, pela *disponibilidade* e *poder* em realizar conduta na busca de um resultado favorável a seus interesses.

Sob esse ângulo, eventual maior gravidade (ou gradação) de efeitos desfavoráveis (na omissão, e que não constitui ilícito) que o ônus deteria com relação ao poder não é critério distintivo suficiente para categorizá-lo de modo diferente ao poder, ou para incluir aquele como posição passiva (de desvantagem ou subordinação). O efeito desfavorável deriva, em substância, do caráter dialético e progressivo do processo (e das especificidades normativas no plano concreto), sendo, portanto, inapropriada a concentração desse efeito como elemento distintivo a uma posição específica (de ônus), e, ainda, focada no aspecto da conduta omissiva do sujeito. É dizer, o efeito (favorável ou desfavorável, direto ou indireto)

não confere tantos elementos norteadores à delimitação do conteúdo da posição subjetiva quanto o fazem o caráter de liberdade e dinâmica que sustentam a conduta das partes.

Assim, aderiu-se à concepção daqueles que preferem designar a posição prevalecente das partes como poder. À parte dessa configuração, verificou-se, quanto às posições das partes no *iter*, a existência de posição de dever das partes (atinentes a prescrições de lealdade, moralidade e boa-fé), e que existem não só em vista de um interesse público, mas também em favor da parte adversa. E à controversa figura da faculdade, por outro lado, concluiu-se não se tratar efetivamente de uma posição autônoma, mas, sim, e essencialmente, de um *modo* de exercício do poder das partes. Considerando as posições das partes frente às posições do juiz (de poder-dever), conclui-se que ostentam a posição de sujeição e de dever. O juiz, por outro lado, também se sujeita aos comportamentos das partes (poder) a partir dos quais gera-lhe a posição poder-dever de se pronunciar.

Por outro lado, especificamente quanto aos eixos do processo e também sob a apreensão do processo como direito, revela-se que as partes têm o *direito* perante o juiz e este, por sua vez, correspondente dever (prestacional) de praticar condutas no processo e, ao final, entregar a tutela demandada (no que, lembre-se, ficam as partes, por sua vez e por outro lado, *sujeitas* ao aspecto de poder da posição do juiz).

A partir da sistematização das discussões a respeito da natureza do processo, na conformação de seu conteúdo em posições jurídicas dos sujeitos, e no dissenso de se estabelecerem entre essas relações jurídicas, concentrou-se, portanto, em definir relação jurídica. Nesse ponto, absorveu-se que relação jurídica é conceito da teoria geral do direito que não se confunde com o de relação obrigacional de direito privado ou de subordinação de interesses; o conceito afina-se, diferentemente, à ideia de *ordenação* de um sujeito em relação a outro por força de vínculo jurídico gerado com a conduta.

Partindo desse conceito de relação jurídica, e a considerando como consequência do direito ao processo e à tutela jurisdicional, constatou-se que a apreensão de processo como relação jurídica (derivada do direito ao processo e à tutela jurisdicional) é mais adequada à absorção englobante e concatenada de atos, informada das garantias processuais, como a da isonomia das partes e com o caráter dinâmico do processo.

E o processo, em relação jurídica *complexa* (pluralidade de posições) – direcionada a um fim –, combina, de modo paritário, posições ativas e passivas a depender da conduta a que se refere. Alteram-se, revezam-se e equilibram-se autor da demanda inicial e réu, em posições ativas e passivas no curso do processo e na tessitura do procedimento em atos concatenados e sucessivos. Nesse sentido, a extinção de uma relação dá início a uma nova ou

se modifica em sequência, na intercorrência relacional entre condutas que originam posições e que destas originam-se novas condutas ou posições.

Da específica análise da posição prevalecente das partes, poder, foi possível constatar que a conduta de uma acarreta efeitos diretos a outra. Verificou-se que da abordagem ampla e relacional entre as partes extrai-se que ao exercício do poder correlaciona-se a *sujeição*, para a outra parte, dos efeitos desse exercício (razão adicional pela qual a ideia de poder é superior à construção da categoria ônus, como não relacional). E, em contraponto, o não exercício desse poder gera efeitos favoráveis – e em regra liberatórios – à parte adversa. Então, em contrapartida à tal sujeição de efeitos devem ser concedidos, a essa mesma parte, poderes⁵⁷⁶ compatíveis para equilibrar (ou poder afastar/modificar) tais efeitos gerados pela parte adversa.

Há, neste sentido, aproximação dos poderes processuais das partes aos poderes *formativos* (ou potestativos) sob o especial aspecto de que as condutas exercidas por seu titular *sujeitam* a outra parte. E esse impacto jurídico sobre a outra parte é relevante, pois apreende e explica – em vantagem à teoria de situação jurídica ou de posição unissubjetiva – de modo direto as conexões entre as partes e os efeitos interativos de suas condutas. Essa coordenação entre as posições das partes, e ainda essas posições perante o juiz, compõem a dialética processual e no cambiante jogo de posições voltadas à resolução final.

A abordagem dos efeitos dos atos (como conduta comissiva ou omissiva) de uma parte sobre outra destaca e reforça mecanismos que concedem poderes equivalentes à parte sujeita aos efeitos da conduta da outra parte, para buscar os reverter/modificar.

A compreensão intersubjetiva dos poderes em que as partes são posicionadas no curso do processo permite aferir, de modo direto, os efeitos a que suas condutas (ativas e passivas) submetem à outra parte, fornecendo elementos teóricos para apreensão mais sistemática, unificadora e englobante da natureza e fenômenos processuais, com utilidades inerentes às que afeta conceitos fundamentais da teoria do processo.

Não obstante e em síntese, o poder das partes no processo é distinto dos poderes em geral (não processuais) sob, no mínimo, dois fundamentais aspectos. No primeiro, porque este poder deve estar atrelado, em regra, a um poder oposto da outra parte (para afastamento/modificação dos efeitos a que se sujeitou). No segundo, porque seu exercício ou

⁵⁷⁶ Nesse ponto, e apesar de não compartilhar da adesão à teoria de relação processual, bem ilustrativa passagem de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao falar na ordenação isonômica das formas processuais: “[...] no plano normativo, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; no plano do fato, ou seja do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro” (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo cit., p. 9).

omissão, apesar de gerar efeitos imediatos, estes são pontuais; pois, sob o ponto de vista dos efeitos sobre o desfecho final gera efeitos apenas difusos, aos que se compõem os efeitos, em dialeticidade e fusão, das condutas (ativas e omissivas) da outra parte. O poder processual das partes têm, assim, específica conformação: é exercido de modo extremamente paritário e os efeitos da conduta (ativa ou omissiva) sobre o ato final são indeterminados (pois dependentes dos outros atos).

Assim, conclui-se que processo pode ser compreendido como um conjunto ordenado e sucessivo de posições jurídicas ativas e passivas nas quais se entrelaçam e ordenam os sujeitos entre si a partir de condutas (comissivas e omissivas); tais posições também impulsionam e definem as condutas e posições *seguintes* e durante todo o desencadear processual. Nesse sentido, considerando que as posições em relação não se limitam apenas ao campo eficaz (da conduta já ocorrida), mas se apresentam também como *liame* de projeção e de definição das condutas intersubjetivas seguintes, o processo, mais do que gerar relação jurídica, é relação jurídica complexa e composta de diversas posições inter-relacionadas de modo dialético, progressivo, paritário (este, especificamente no que se refere às partes), ordenado a um fim (tutela) e informado pelas garantias processuais.

Esta concepção, ainda, é abrangente o suficiente pois inclui e pressupõe os atos e as finalidades do processo, porque, como relação complexa e composta, conforma-se e une-se a partir das condutas (ativas ou omissiva) destinadas ao escopo final. Tem a vantagem, por fim, e essencial ao caráter pragmático do processo, de partir de concepção (direito subjetivo) que enfatiza as pessoas, sob o aspecto concreto das posições que ocupam e como estas se realizam e dinamizam. Pressupõe a norma e sua hipótese de incidência, mas concentra atenção na efetiva ocorrência desta incidência sob o aspecto subjetivo.

REFERÊNCIAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general y historia del proceso*. México: UNAM, 1974. v. 1.
- AMARAL SANTOS, Moacir. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. I.
- ANDRADE, Miguel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997 (reimpressão, publicado em 1944). v. 1.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
- AUBERT, Eduardo Henrik. *A Impugnação Especificada dos Fatos no Processo Civil Brasileiro*. 2019. Tese (Doutoramento) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. V.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista da Faculdade de Direito*, Pelotas: UFPel, ano XIX, n. XIV, 1985.
- BAPTISTA, José João. *Processo civil I: parte geral e processo declarativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- BATISTA CINTRA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 214, p. 79-119, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988: normas processuais e procedimentais civis*. 2015. Tese (Doutoramento) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 11. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.
- BETTI, Emilio. Per una classificazione degli atti processuali di parte. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, parte 1, p. 106-124, 1928.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. 2015. Tese (Doutoramento) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2018.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosas Lightschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Reconstituindo a teoria geral do processo, p. 8-10. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, parte 1, 1950.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1962. v. 1.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. Ato-fato processual: reconhecimento e consequências. *Revista de Processo*, ano 41, São Paulo, v. 245, abr. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 58, p. 33-40, 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 57, p. 39-54, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. Dei rapporti giuridici processuali. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XVIII, 1963.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1938. v. II.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1957. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni il processo di cognizione*. Napoli: Jovene, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. Rapporto giuridico processuale e litispendenza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 8, parte 1, 1931.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CORDERO, Franco. *Le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1957.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: RT, 2019.

COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, 1985.

COUTURE, Eduardo Juan. El proceso como institución. In: *Studi in Onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 17. imp. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho procesal: introducción*. 3. ed. Madrid: C.E.R.A, 2004.

DEL CLARO, Roberto *Direção material do processo*. 2009. Tese (Doutoramento) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

DIDIER JR., Fredie. As diversas posições jurídicas que um sujeito processual pode assumir em um mesmo processo: a dinamicidade do interesse processual e da legitimidade. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-179/>. Acesso em: 10 jun. 2017.

DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2010, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; COSTA, Thales Morais da (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil: de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*. 2. ed. rev. e cor. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

FAZZALARI, Elio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

FAZZALARI, Elio. Processo civile (diritto vigente). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAVAZZI, Giacomo. *L'onere: tra la libertà e l'obbligo*. Torino: G. Giappichelli, 1970.

GIMENO SENDRA. Jose Vicente. *Fundamentos del derecho procesal* (jurisdicción, acción y proceso). Madrid: Civitas, 1981.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Tradução Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1932.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GUARNERI, Giuseppe. Sulla teoria generale del processo penale. In: CORDERO, Franco. *Le situazioni soggettive nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1957.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961. t. 1.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, 23, p. 16-59, 1913.

LENT, Friedrich. Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 9, parte 1, p. 153, 1954.

LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações sobre o Sistema Recursal no Novo Código de Processo Civil. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno IV, 1950.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processual. *Rivista di Diritto Processuale*, v. I, p. 333-335, 1950.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, João Batista. A natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969.

MANCUSO, Sandra Regina. O processo como relação jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 682, p. 56-61, ago. 1992.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli, 2000. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais (UniBrasil)*, v. 6, p. 275-306, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1 e 2.

MARQUES, José Frederico. *O direito processual em São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, João de Castro. *O direito de acção judicial*. Reimpressão. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1959.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. 1.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: Cedam, 1966.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed (2008). 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 7-31, 2006.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999.

PALLARES, Eduardo. Crítica de las doctrinas sobre la relación jurídico-procesal. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, n. 31, 1946.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICARDI, Nicola. *La successione processuale: oggetto e limiti*. Milano: Giuffrè, 1964.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Relação jurídica processual. In: CARVALHO SANTOS, J. M. (org.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.]. v. 48.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. II.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDENTI, Enrico. Atii processuali civili. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1959. v. 4.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. t. 1.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Onere (nozione). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1980. v. XXX.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “teoria geral do processo”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrônio (coord.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. v. 1.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin*. 2011. Tese (Doutoramento) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 63, p. 64-87, 1991.

TARUFFO, Michele. L'onere come figura processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. LXVI, n. 2, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 18-23, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. I.

VÉSCOVI, Enrique. *Manual de derecho procesal*. Montevidéo: Idea, 1991.

VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Colombia: Temis, 1999.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1977. v. 1.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' "actio"*. Tradução Ernst Heinitz e Giovanni Pugliese. Florença: Sansoni, 1954.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.