



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Da norma processual cogente – de ordem pública – à norma processual rígida: uma proposta normativa na teoria dos fatos jurídicos

About the cogent procedural rule – of public order – to the rigid procedural norm: a normative proposal in the theory of the legal facts

Márcio Oliveira Rocha

Professor at the State University of Alagoas, Brazil.
PhD from the Federal University of Pernambuco, Brazil.

O que se muda nas leis não destrói, sempre, os princípios, e as alterações revelam o que se teve por fito, acertada ou erradamente. O que importa é que as obras se cinjam aos dados jurídicos atuais e à necessária atenção aos textos.

(Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Prólogo, Tomo I)¹

1. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. arts. 1^o-45. Rio de Janeiro: Forense, 1974, Prólogo, p. XVI.

Resumo: Este artigo tem como finalidade propor uma releitura da norma processual cogente – associada à ideia de ordem pública, no sentido de questionar e pôr à prova a dogmática que sustenta a sua essência. Adota-se a teoria dos fatos jurídicos como base teórica para a compreensão da normatividade jurídica, porquanto a ideia de norma processual cogente, na maioria das vezes, relacionada com uma situação inderrogável, indisponível, irrenunciável, insanável, que não admite preclusão e que pode ser suscitada no processo a qualquer tempo, não encontra sustentação consistente, sob o aspecto prático ou teórico. Constata-se que determinadas situações tituladas como de ordem pública processual podem se apresentar como derogáveis, disponíveis, renunciáveis, sanáveis, admitem preclusão e até suportam a possibilidade de não suscitação no processo a qualquer tempo – tudo como forma de garantir a própria segurança, integridade e coerência do sistema processual. Assim, visando adequar o entendimento do conteúdo da ordem pública no processo civil ao momento dogmático do Estado Constitucional, propõe-se uma nova compreensão das normas processuais, classificando-as como normas processuais rígidas, normas processuais híbridas e normas processuais flexíveis. Espera-se atingir uma simplificação, tornando mais clara a análise de determinadas situações jurídicas processuais atribuídas à ordem pública.

Palavras-chave: Ordem pública. Teoria dos fatos jurídicos. Norma processual cogente. Rígida. Norma processual híbrida. Norma processual flexível.

Abstract: The purpose of this article is to propose a rereading of the cogent procedural rule – associated with the idea of public order, in the sense of questioning and putting to the test the dogmatic that sustains its essence, by adopting the theory of legal facts as a theoretical basis for the understanding of legal regulation. Therefore, the idea of a procedural rule, which is often related as an irredeemable, unavailable, irrevocable, insurmountable situation that does not admit of estoppel and that can be raised in the process at any time, does not find consistent support, neither under the practical nor theoretical aspect. It is noted that certain situations classified as procedural public order can be presented as derogable, available, waiveable, sanitary, admit estoppel and even support the possibility of not being raised in the process at any time. All as a way to guarantee the safety, integrity and coherence of the procedural system. Thus, as a way of adapting the understanding of the content of public order in the civil process to the dogmatic moment of the Constitutional State, a new understanding of procedural rules is proposed, classifying them as rigid procedural rules, hybrid procedural rules and flexible procedural rules, by expecting simplification, clarifying the analysis of certain procedural legal situations attributed to public order.

Keywords: Public order. Theory of legal facts. Cogent procedural rule. Rigid procedural rule. Hybrid procedural rule. Flexible procedural rule.

Sumário: Introdução. 1. Delimitação do fenômeno normativo processual. 2. Relação entre norma cogente, interesse público e ordem pública. 3. Uma proposição contemporânea da norma cogente. 4. A ordem pública no plano da eficácia. 5. Da norma processual cogente – de ordem pública – à norma processual rígida. 5.1. Do interesse público à ordem pública. 5.2. Da ordem pública à ordem constitucional. 5.3. Da norma cogente à norma rígida. 6. A inadequação dogmática da norma processual cogente – ordem pública processual – como indisponível, inderrogável, insanável, irrenunciável e absoluta. 6.1. Preclusão e norma processual cogente – ordem pública processual. 6.2. Convalidação e norma processual cogente – ordem pública processual. 6.3. Renúncia e norma processual cogente – ordem pública processual. 6.4. Sanação e norma processual cogente – ordem pública processual. 6.5. Negócio jurídico e norma processual cogente – ordem pública processual. 7. Mudança de paradigma e a adequação dogmática contemporânea da norma processual cogente – ordem pública processual. 7.1. Compreensão e classificação das normas no processo civil contemporâneo. 7.1.1. Norma processual rígida. 7.1.2. Norma processual flexível. 7.1.3. Norma processual híbrida. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Seguindo as bases da teoria dos fatos jurídicos – adotada e desenvolvida por Pontes de Miranda – para a compreensão da normatividade jurídica, o presente artigo possui o escopo de propor uma discussão sobre a compreensão da norma processual cogente, comumente associada aos conteúdos da ordem pública.

Ressalte-se que historicamente a ordem pública aparece como forma de blindagem da *coisa pública* dos romanos, como um dos corolários da seguinte passagem do Digesto de Justiniano: *privatorum conventio juri publico non derogat*. Isso acabou por influenciar vários sistemas jurídicos, principalmente após a inserção desta diretriz no Código Civil francês, em 1804 (art. 6º: *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ord republic et les bonnes moeurs*). Influenciou até mesmo o Código Civil brasileiro de 2002 (art. 2.035, parágrafo único: *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública*).

O conteúdo da ordem pública já nasce com ares de autoridade e de blindagem das *coisas* de interesse do Estado, marcado pelo elevado grau de interesse público, como forma de controle do exercício das liberdades dos indivíduos. Assim, estabeleceu-se a clássica dicotomia do público e privado ou da ordem pública e da ordem privada.

De igual modo, no Direito Internacional Privado, ramo que se debruça bastante sobre o tema, a ordem pública passou a blindar a aplicação da legislação estrangeira, no sentido de impor a soberania estatal em detrimento da norma alienígena, desmembrando a ordem pública em *interna* e *internacional*.

Acredita-se que, por essa razão, a doutrina, de um modo geral, começou a associar a compreensão de ordem pública à maioria das normas jurídicas que não possuíam em seu suporte fático o elemento *vontade* e, ao mesmo tempo, limitavam a liberdade dos

indivíduos, classificando-as como *normas cogentes*, porque geram situações jurídicas que limitam o *autorrgramento da vontade*. Surge então a dicotomia entre norma cogente e norma dispositiva.

Para alcançar os objetivos traçados neste artigo, passa-se a produzir um estudo crítico da concepção da norma cogente (=de ordem pública). Ademais, constata-se que a compreensão de *ordem pública* como *inderrogável, insanável, irrenunciável e absoluta* – que possui como um de seus suportes a percepção de *norma cogente* – passou a não mais encontrar sustentação teórica e prática, necessitando de uma justificação e adequação dogmática contemporânea.

1. DELIMITAÇÃO DO FENÔMENO NORMATIVO PROCESSUAL

Como dito nas linhas iniciais, para os fins deste estudo, adota-se a teoria dos fatos jurídicos como premissa teórica normativa, compreendendo a norma jurídica como uma proposição completa que estabelece, em geral – ressalvando as hipóteses integrativas ou relacionais² –, um suporte fático e seus efeitos jurídicos,³ aliada à compreensão de que há uma prévia incidência⁴ das normas jurídicas (= princípios e regras).⁵ Contudo, há somente aplicação normativa de regras jurídicas que podem ser *reveladas* diretamente dos princípios jurídicos.

2. “Nessas espécies, por uma questão de técnica redacional, com objetivo de evitar repetições inúteis (e deselegantes para a linguagem), as proposições jurídicas são formalizadas de modo que umas pressupõem as outras, o que permite, em decorrência da ordenação, que aquelas normas cujo suporte fático não esteja expresso no seu texto, sejam relacionadas ao suporte fático de outra norma que lhes corresponder. [...] Há, ainda, normas jurídicas que são formuladas, precisamente, para integrar outras normas jurídicas, sem determinar efeitos jurídicos próprios”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57).
3. “a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos). Então, proposição jurídica, para ser completa, há de conter, ao menos: (a) a descrição de um suporte fático do qual resultará o fato jurídico; (b) a prescrição dos efeitos jurídicos atribuídos esse fato jurídico”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 54).
4. “A manutenção da noção de incidência infalível, diferenciada da noção de aplicação do Direito, implica a aceitação da noção de verdade mesmo numa perspectiva não essencialista. Isto significa ainda a negação do relativismo resultante de posturas contextualistas no Direito. Nesse sentido, a separação conceitual entre incidência e aplicação do Direito pode ser mantida mesmo quando se aceita uma visão pragmática, desde que ela seja considerada, de um lado, como uma visão *acauteladora* da verdade, e de outro como apenas um aspecto gramatical presente no jogo de linguagem descritivo aplicado ao Direito. A proposta inicial, portanto, é manter a noção de incidência correlata à noção de verdade, mas apenas como uma noção *acauteladora*. Isso significa que não se defende a existência de uma verdade final dada por uma autoridade ou pela obediência a ritos processuais. A verdade não tem um uso explicativo ou de fundamentação”. (CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do Fato Jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 161).
5. “Apenas a crítica legislativa chegou à conclusão de que elas violam princípio nascido da evolução humana, o *princípio de isonomia*, ou *igualdade formal*, segundo o qual todos os casos da

Em que pese a estrutura lógica normativa ter como referência o ideal positivista (ou *neopositivista*, descrito por Pontes de Miranda),⁶ acredita-se que tanto as regras como os princípios podem ser representados e identificados pela estrutura lógico-formal das normas jurídicas (= antecedente e consequente), ainda que os princípios possuam um acentuado grau de indeterminação. Mostra-se possível a identificação do suporte fático e suas consequências nas normas principiológicas, relacionando as acepções abertas aos dados concretos da realidade.⁷

Ressalte-se, por oportuno, que doutrina de *escol* refuta a tese da incidência lógica no âmbito do Direito Constitucional e Administrativo, em face da carga valorativa e política de suas normas jurídicas. Reconhece, porém, que no âmbito do Direito Processual, a Teoria dos Fatos Jurídicos responde melhor aos seus fenômenos jurídicos.⁸

classe de fatos sobre os quais as regras jurídicas incidem não de ficar sob a incidência delas. A completa abrangência, como a generalidade, não é imanente ao conceito de regra jurídica. O princípio de isonomia ou igualdade perante a lei não é mais do que regra jurídica, embora tão importante, que se haja feito regra de direito constitucional e tenha de ser, algum dia, regra de direito das gentes”. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71).

6. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, p. 7.
7. “Analisada a estrutura lógico-formal dos princípios, chegaremos à conclusão de que atende aos pressupostos de completude, seja qual for a óptica adotada para considerá-la. [...] Seja qual for o nível de generalidade linguística da proposição que enuncia o princípio, é possível identificar o seu suporte fático e seu preceito, relacionando-o a dados da realidade, completa está sua estrutura lógico-formal [...]. Poder-se-ia alegar, em contrário, que a doutrina kelseniana não admitiria uma sanção não expressa na própria norma como suficiente para assegurar o caráter normativo da disposição, o que invalidaria nosso argumento. Isto, porém, não é verdadeiro, uma vez que é o próprio Kelsen quem afirma que há normas jurídicas que têm sua sanção definida em outras normas. Tais normas não deixariam de ter sua natureza jurídica, apenas, em sua visão, seriam o que ele denomina normas *não autônomas* (*Teoria pura do direito*, v. I, 110). Concluindo, parece absolutamente correto afirmar que os princípios atendem aos pressupostos lógico-formais referentes às normas jurídicas, donde não se lhes poder, por isso, negar o caráter normativo”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66-69).
8. “A Teoria do Fato Jurídico funciona em um nível de refinada formalidade quanto ao tratamento de atos e fatos jurídicos. O campo adequado à sua aplicação parece ser o Direito Privado, em cujo seio ela surgiu, e nas áreas do Direito Processual, Tributário e Penal, regidos por uma elevada rigidez em relação aos fatores de sua incidência, em defesa da segurança jurídica dos indivíduos atingidos por suas normas. Entretanto, na área do Direito Constitucional e Administrativo, as premissas e categorias soam reducionistas e não conseguem levar à solução dos problemas mais prementes”. (KRELL, Andreas J. *A Relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito Constitucional e Administrativo*. In DIDIER JR., Fredie (org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93-94).

Aliado a isso, comunga-se com a ideia de que há uma relação de circularidade no campo normativo,⁹ servindo os princípios também como normas de *revelação*¹⁰ de regras jurídicas para casos que não se solucionavam com as regras jurídicas já identificadas no ordenamento.

Quanto à incidência, constatação intelectual de que determinada norma jurídica abarca os dados da realidade observada (= suporte fático suficiente),¹¹ é também possível que haja incidência de vários princípios, inclusive como forma de integração ou complementação normativa das regras. Isso, por consequência, revelará a regra jurídica para a resolução do caso em questão.

Assim, para fins de delimitação deste estudo, e com base nos breves apontamentos acima expostos, é possível dizer que a norma jurídica processual pode ser compreendida como a proposição completa que estabelece um suporte fático e seus efeitos jurídicos,

9. "... pode-se observar que regras são normas (gerais) de primeiro grau, estando no plano de observação da primeira ordem em relação ao caso a ser decidido e à norma de decisão [...]. A questão diz respeito à observação de primeira e segunda ordem no nível das estruturas (expectativas). As regras condensam expectativas normativas que se dirigem imediatamente à solução do caso [...]. A invocação de princípios leva a uma observação de segunda ordem em relação ao caso a decidir e da norma de decisão. Não se trata aqui de negar que os princípios constitucionais, inclusive os chamados princípios 'abertos', tenham estrutura ou 'caráter proposicional', isto é, possam ser expressos em um enunciado em que constem um antecedente e um consequente. Se não pudessem ser expressos em enunciados normativos, não teriam o caráter de norma jurídica. Ocorre que a relação entre antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico) é flexível, importando uma 'causalidade jurídica' incompleta. Apenas à luz do princípio, enquanto princípio, não se consegue observar e determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e sua eficácia jurídica concreta. Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios *prima facie* contam apenas com a hipótese normativa ampla". (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 120-123).
10. "Por isso, devem ser os elementos-guia determinantes do comportamento de quem detenha na comunidade o poder de *revelar* as normas jurídicas, atribuindo essência jurídica às normas comportamentais existentes na sociedade". (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66).
11. "A *incidência* da lei, pois que se passa no mundo dos pensamentos e nele tem de ser atendida, opera-se no lugar, tempo e outros 'pontos' do mundo, em que tenha de ocorrer, segundo as regras jurídicas. É, portanto, *infalível*. Tal o jurídico, em sua especificidade, frente aos outros processos sociais de adaptação. A incidência ocorre para todos, pôsto que não a todos interesse: os interessados é que têm de proceder, após ela, atendendo-a, isto é, pautando de tal maneira a sua conduta que essa criação humana, essencial à evolução do homem e à sua permanência em sociedade, continue de existir [...]. A *incidência* das regras jurídicas nada tem com o seu atendimento: é fato do mundo dos pensamentos. O *atendimento* é em maior número, e melhor, na medida do grau de civilização. A *falta* no atendimento (= *auto-aplicação*) e a necessidade de *aplicação* pelo Estado, uma vez que não se tem mais, na quase totalidade dos casos, a aplicação pelo outro interessado (justiça própria, ou de mão própria)". (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 74).

cuja incidência gera fatos jurídicos processuais que podem produzir situações jurídicas processuais.

2. RELAÇÃO ENTRE NORMA COGENTE, INTERESSE PÚBLICO E ORDEM PÚBLICA

Comumente se afirma que as normas processuais são de Direito Público. Porém, defender simplesmente que uma norma é de interesse público e de Direito Público não significa que, necessariamente, seja *imperativa* e *cogente*. Isso pode, por via de consequência, gerar situações denominadas de *ordem pública*.¹² Mas que o Ente Estatal, de forma geral, regulamentou a maneira de exercício de suas atividades, das *coisas* do Estado em busca de um *bem comum* – como exemplo, a norma processual que instrumentaliza o exercício da jurisdição estatal.¹³

A nosso sentir, isso não implica imutabilidade, ou seja, que a norma processual, possuindo interesse público ou sendo alocada como de Direito Público, não seja passível de alguma adequação realizada pelas partes que se submetem a um processo. Isso, na prática, abre margem a uma gradual disposição, marca de um *respeito ao autorregramento da vontade*,¹⁴ vislumbrada num maior grau nas relações reservadas ao Direito Privado.

Há algum tempo, Barbosa Moreira¹⁵ já questionava a afirmação de que uma *norma cogente e imperativa*, em si, é *indisponível*, possuindo como antítese uma *norma*

12. “Hoje em dia, é tão absurdo pensar que no direito público não haveria flexibilidade, quanto que no direito privado não haveria regras imperativas. É possível haver direito privado cogente e direito público dispositivo”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 163).
13. “As normas processuais pertencem, segundo a opinião geral, ao direito público. É por demais evidente que tais normas regulam uma das funções do Estado, que é a jurisdição, e, portanto, sobreleva-se o interesse público em resolver a lide, apesar de privados os interesses dos litigantes”. (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 198).
14. “No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana. O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por esse princípio. Pode-se chamá-lo de princípio do *respeito ao autorregramento da vontade no processo*”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149).
15. “O mais difundido desses critérios é o que se baseia na distinção entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve à solução satisfatória em qualquer hipótese, antes de mais nada pela dificuldade que as vezes se encontra em tragar linha nítida entre as duas espécies de normas”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In *Revista de Processo*. Vol. 33/1984, Jan.-Mar. 1984, p. 183).

disponível, e que não responde com congruência às complexidades e aos fenômenos concretos do mundo contemporâneo.

Da mesma forma, dizer que o *interesse público*, em si,¹⁶ é *indisponível* revela-se um tanto intangível, pois o que é o interesse público em sua essência? Quem o estabelece? Esse “alguém”, ao estabelecer o que é de interesse público da sociedade, não estaria *dispondo* dele? Esse “alguém” se encontraria na “posição original”, coberto pelo “véu de ignorância”, como pretendeu Rawls?¹⁷ Inquietações e questionamentos quase que intermináveis podem ser feitos.

Ora, normas que regem as relações de Direito Privado também possuem um determinado grau de indisponibilidade, as quais podem gerar fatos jurídicos com situações jurídicas tipificadas como ilícitas quando os indivíduos abusam ao exercerem seus direitos (art. 187; art. 1.228, §§ 1º e 3º, do CC).¹⁸

Já se questionava a dificuldade de se destacar dogmaticamente o que é essencialmente de *interesse público* ou de *interesse privado*, de *direito material* ou de *direito formal*¹⁹ – o que também não implica a abolição ou a inutilização total das dicotomias, mas a necessidade de uma discussão constante, sempre na tentativa de um aprimoramento desses temas às realidades existenciais presentes.

-
16. “O interesse público, em si, é indisponível. Esse é um dado que não se discute. O tema, porém, não comporta soluções simplistas, generalizadoras”. (TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria)* – versão atualizada para o CPC/15. *In* Revista de Processo. Vol. 264/2017, fev. 2017, p. 83).
 17. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147-149.
 18. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; “Art. 1.228. [...] § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas [...]; § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”.
 19. “O direito processual civil não é um direito adjetivo, como comumente se ouve dizer, nem um direito formal. Trata-se de erros manifestos [...]. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui *qualidade* da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é *qualidade*, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria [...]. Em suma, a antítese não é de direito material – direito formal, e sim, direito material – direito *instrumental*. Isto porque instrumento, como ente *a se*, possui matéria e formas próprias, independentes da matéria e da forma, da realidade jurídica, dita *material*, sobre a qual opera”. (LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19-20).

Nesse contexto, como forma de estabelecer uma premissa metodológica, tentar-se-á propor uma compreensão contemporânea do que se possa entender como *norma cogente*, a fim de adequar e sustentar as nossas proposições.

Ressalte-se que não se pretende, com isso, promover uma tese sobre teoria da norma jurídica. Pois, para isso, necessitar-se-ia de um trabalho de muito maior fôlego dogmático. Ademais, o objetivo deste artigo é tão somente iniciar uma discussão de adequação às consequências jurídicas a serem constatadas durante este estudo.

3. UMA PROPOSIÇÃO CONTEMPORÂNEA DA NORMA COGENTE

A norma *cogente e imperativa*, empregada neste estudo, não pode possuir o significado tradicional de *norma indisponível*,²⁰ ligada à ideia do poder de império estatal,²¹ da qual os particulares não podem dispor em hipótese alguma, normalmente associada ao *interesse público* e à *ordem pública*.

Dessa forma, as *normas cogentes*, em nossa compreensão, são *normas jurídicas que podem ensejar, caso incidam, fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*. O que não significa que essas *situações jurídicas* são de *ordem pública* e não podem sofrer influência de outros fenômenos jurídicos, como a convalidação, a preclusão ou o negócio jurídico, como vem defendendo a doutrina²² ao tratar do tema.

Exemplifica-se.

-
20. “Esses diferentes graus de imperatividade indicam a existência de *normas processuais cogentes*, ao lado de *normas processuais dispositivas* – aquelas, com imperatividade absoluta e nenhuma liberdade deixada às partes para disporem de modo diferente, ainda que de acordo; estas, dotadas de imperatividade relativa e portanto portadoras de preceitos suscetíveis de serem alterados pelos litigantes”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 138-139).
21. “No direito contemporâneo, afirma-se que soberana é a lei, por força da constituição, que encarna a vontade social, e que confere ao Estado e aos entes públicos de modo geral a competência para editar atos soberanos, isto é, dotados do *jus imperii*. Nem todos os atos dos entes públicos são soberanos. Quando o são, porém, aparece o *jus imperii*. Suas normas são, então, cogentes, pois pressupõem o interesse da ordem pública. É o princípio do interesse público relevante que, se contrastando com interesses privados, prevalece em última instância sobre eles. Esse interesse público pode ser do próprio Estado, no caso do Direito Administrativo, mas pode ser o de toda a comunidade, no caso do Direito Penal. Nesse caso, é o interesse da justiça, como um valor social global”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107).
22. MARINONI, Luiz Guilherme [et. al.]. *Novo Curso de Processo Civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182; DELLORE, Luiz [et. al.]. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 258-259; “Já se teve oportunidade de afirmar que as regras de competência absoluta têm como fundamento razões de ordem pública, basicamente as de melhorar o serviço jurisdicional e proporcionar uma tutela jurisdicional de melhor qualidade”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no Processo Civil*. 2ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 66).

No campo processual, os doutrinadores citam como *normas cogentes* as que podem gerar *nulidades absolutas*, determinadas *inadmissibilidades* ou *rescindibilidades*, as quais serão denominadas neste artigo de *normas processuais rígidas*, nomenclatura que se impõe e que será justificada, pois tem o escopo de tentar minimizar a celeuma ligada às situações *ditas* de ordem pública, como *norma imperativa, cogente e indisponível*, em sua essência.

O antônimo das *normas cogentes* não são, categoricamente, as *normas dispositivas* – até porque em determinados casos existem margens de *disposição* da norma denominada de cogente –, ainda que se vislumbre a possibilidade de influência do interesse público ou de situações jurídicas tituladas como de ordem pública.

Nesse ambiente de *normas cogentes*, de *interesse público* e de *ordem pública*, a premissa estabelecida aqui não é, necessariamente, de antonímia, com carga imperativa, autoritária ou de exclusão, que comumente se extrai da percepção da ordem pública;²³ mas de uma gradação que tem como fundamento as *situações jurídicas* que os fatos jurídicos podem produzir, sejam oriundos das normas constitucionais, sejam infraconstitucionais.

Nesse contexto, passa-se a identificar as normas jurídicas processuais como:

a) **normas rígidas** – *podem gerar, caso incidam, fatos jurídicos que ensejam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico, com uma menor possibilidade de renúncia, negócio jurídico, preclusão ou convalidação;*

b) **normas flexíveis** – *podem gerar, caso incidam, fatos jurídicos que ensejam situações jurídicas com baixo grau de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico, com a possibilidade de maior flexibilização para correção, renúncia, negócio jurídico, preclusão ou convalidação; e,*

c) **normas híbridas** – *podem apresentar tanto as características das normas rígidas como as das normas flexíveis, a depender do momento e das circunstâncias que efetivamente possam incidir e forem aplicadas ao caso da realidade.*

Justifica-se a opção pela nomenclatura *norma rígida* em detrimento da *norma cogente*, por se tomar como base a perspectiva da classificação das Constituições quanto à sua estabilidade (imutáveis, fixas, rígidas, flexíveis e semiflexíveis), com o escopo de adequar a classificação proposta ao momento do Estado Constitucional, bem como pelo fato de a expressão *norma cogente* estar associada à percepção *imperativa e indisponível*, marca do que se pretende com a ideia de *ordem pública*.

23. “Por fim, cabe dizer que a utilização da ‘ordem pública’ por vezes parece dominada por uma ideologia autoritária, que pensava inclusive que os interesses estatais seriam ‘superiores’ aos interesses privados, e que pudessem suplantar e esmagar o indivíduo, um absurdo total se pensarmos no quadro das conquistas do séc. XX no campo dos direitos fundamentais”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314-315).

Com a passagem da compreensão de *norma cogente* para *norma rígida*, a qual tem como fundamento o Estado Constitucional, traduzindo as *qualidades*²⁴ de *Estado de direito* e *Estado democrático*,²⁵ impõe-se também uma nova nomenclatura ao que se titulava por ordem pública. Pois a percepção de ordem pública induz, instantaneamente, à ideia de norma cogente, de supremacia do interesse público, de indisponibilidade, irrenunciáveis e inderrogáveis, marcas de um momento dogmático e cultural antecedente – o que não se mostra tão salutar ao período contemporâneo.

Por essa razão, a *era da ordem pública* deve ser revigorada e adequada, dando passagem à *era da ordem constitucional e democrática*, compreensão a que se associa a ideia de *norma rígida* e os fundamentos do Estado Constitucional, exteriorizados na *legalidade, igualdade, segurança jurídica, confiança legítima, liberdade, legitimidade e participação*.²⁶ Por tais motivos, a mudança da nomenclatura não reflete uma mera troca de seis por meia dúzia, mas visa demonstrar que a *norma cogente* associada à *ordem pública* e seus conteúdos autoritários não se coaduna com o momento contemporâneo (= constitucional e democrático).

Ressalta-se, por oportuno, que a *era da ordem constitucional e democrática* não implica exclusão ou total abandono dos preceitos da *era* anterior; pelo contrário, imprime revigoramento e adequação, características de um processo cultural cumulativo e de complementaridade, na mesma perspectiva da discussão da nomenclatura “dimensões” dos direitos fundamentais.²⁷

Salienta-se que essa proposição teórica será justificada e testada no tópico 7 deste artigo. Porém, para que os exemplos no desenvolver do estudo sejam claramente compreendidos, estabelece-se, desde já, a premissa teórico-metodológica.

4. A ORDEM PÚBLICA NO PLANO DA EFICÁCIA

Em face dos *lugares-comuns*²⁸ entre o interesse público e as normas ditas *cogentes* e *imperativas*, as quais dão a ideia de indisponíveis, absolutas, insanáveis, irrenunciáveis e inderrogáveis – o que se pretendeu com a percepção histórica da expressão *ordem*

24. SAEZ, Guy [et. al.]. *L'État sans qualités*. France: Presses Universitaires de France – PUF, 1982, p. 36.

25. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-93.

26. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro*. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et. al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 94.

27. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

28. “Portanto, os lugares-comuns se caracterizavam, primitivamente, por sua imensa generalidade, que os tornava utilizáveis em todas as circunstâncias”. (PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 94).

pública, até como forma de garantir e justificar o poder do Estado²⁹ –, busca-se dialogar e propor uma releitura de alguns pontos da teoria dos fatos jurídicos, no sentido de tentar visualizar, com mais clareza, o fenômeno da ordem pública no mundo jurídico contemporâneo.

Nesse contexto, entende-se que a ordem pública pode ser identificada no plano da eficácia,³⁰ em que se constatam as *situações jurídicas* concebidas pelos fatos jurídicos,³¹ e não exclusivamente como um elemento do suporte fático da norma, o que caracterizaria a cogência e a indisponibilidade.

O que habitualmente se defende para justificar a dicotomia norma cogente e indisponível *versus* norma não cogente e disponível parte da premissa de que o elemento *vontade* (= autorregramento da vontade) deve estar contido no suporte fático da norma jurídica.³² Todavia, há normas que não contêm o elemento *vontade* no seu suporte fático, mas admitem que as partes realizem autocomposição,³³ tanto do direito material discutido nos autos como das regras jurídicas processuais, tudo isso como forma de exteriorização do *respeito ao autorregramento da vontade*.

Desta forma, apesar de a norma não conter como elemento de seu suporte fático expressões da *vontade humana* – o que configuraria a sua indisponibilidade e uma possível ligação à norma cogente, ao interesse público e à ordem pública –, pode gerar situações jurídicas afetas ao *autorregramento da vontade*.

-
29. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 38.
 30. “O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelo direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-105).
 31. “O fato jurídico *existe* como resultado da incidência de uma norma sobre o seu suporte fático suficientemente composto. O ser válido (valer), ou inválido (não valer), já pressupõe a existência do fato jurídico. Da mesma forma, para que se possa falar de eficácia (=ser eficaz) é necessário que o fato jurídico exista. A recíproca, porém, em ambos os casos, não é verdadeira. O existir independe, completamente, de que o fato jurídico seja válido ou de que seja eficaz. O ato jurídico nulo é fato jurídico como qualquer outro, só que deficientemente. A deficiência de elemento do suporte fático o faz inválido. Assim, também ocorre com a eficácia”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43).
 32. “(i) Normas *cogentes* são aquelas que dispõem imperativamente, impondo ou proibindo determinada conduta, razão pela qual são denominadas (a) normas *impositivas* ou *imperativas*, e (b) *proibitivas*. Não há, nessas normas, permissivos à chamada autonomia da vontade, mas, ao contrário, são autênticos comandos com vistas à adaptação social. A vontade individual não pode ser manifestada em sentido conflitante com aquele prescrito pela norma, sob pena de infringi-la, seja direta, seja indiretamente (=fraude à lei)”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 123-124).
 33. Entende-se por autocomposição a possibilidade, independentemente da natureza do direito (se disponível ou indisponível), de as partes envolvidas escolherem categorias jurídicas ou estabelecerem situações jurídicas.

Por óbvio, não se pretende esgotar o discurso das situações jurídicas exteriorizadas pelo fato jurídico com a incidência da norma, muito menos eliminar ou desprezar os valores e fundamentos axiológicos, entendidos como *de ordem pública* ou de *interesse público*. Estes foram considerados para possibilitar que a norma jurídica estabelecida ensejasse situações jurídicas de maior ou menor tensão à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico. O que se pretende é propor uma premissa de adequação dogmática contemporânea, com base nas situações jurídicas geradas por determinadas normas jurídicas, e que se possam vislumbrar como de ordem pública.

A ideia de *norma rígida* empregada no tópico anterior não trata da categoria ligada à *indisponibilidade* em si, até porque esta compreensão a cada dia vem sofrendo consideráveis questionamentos, inclusive no ambiente normativo do Código de Processo Civil de 2015, ao admitir negócios processuais atípicos (art. 190), acolhendo os acordos processuais quando o direito discutido no processo for afeto à autocomposição.

É dizer, a discussão, por si só, da categoria de *direito disponível* ou *indisponível*, de *interesse privado* ou *público*, não enseja obstáculo para a permissão de acordos sobre *situações jurídicas processuais*, criando procedimentos, ônus, poderes e deveres.³⁴

Desta forma, constata-se que não só o Poder Estatal pode estabelecer situações jurídicas das normas jurídicas tituladas de caráter *cogente* e *imperativo*,³⁵ mas os indivíduos plenamente capazes também podem *escolher categorias jurídicas ou estabelecer situações jurídicas*³⁶ típicas das normas enquadradas como cogentes e imperativas.

Como exemplo, cita-se a convenção de arbitragem, na medida em que trata como negócio jurídico em razão do qual as partes submetem a disputa do direito material ao juízo arbitral (= não estatal) e apartam a incidência da norma constitucional

-
34. “Logo, as convenções sobre processo e os negócios processuais podem ter como objeto direitos indisponíveis. Admite-se, assim, por exemplo, uma ação civil pública negociada, com regras de procedimento estipuladas entre as partes, inclusive entre o Ministério Público, mesmo quando presente à base de seu objeto litigioso direitos difusos ou coletivos. Se há possibilidade de autocomposição, em qualquer nível ou amplitude, mesmo que mínima, sobre o direito litigioso, permite-se a negociação sobre o procedimento e sobre os ônus, poderes e deveres processuais”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 233).
35. “Se a lei pressupõe o Estado como legislador, temos que observá-lo, antes de tudo, *como fonte de praticamente todo o direito*. O Estado, porém, não é apenas fonte do direito, é simultaneamente produto do direito: deriva sua Constituição, e com isso sua existência jurídica, do direito público. (grifo aditado)” (RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 37).
36. “Define-se o negócio processual, a partir das premissas até aqui estabelecidas, como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito na norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 152).

(art. 5º, XXXV, CF), o que, por via de consequência, acaba por afastar a situação jurídica do controle jurisdicional do Estado, tornando o juízo estatal absolutamente incompetente.³⁷

Ainda que, conforme o professor Marcos Bernardes de Mello, ocorra a *incidência infalível* da norma, defendida também por Pontes de Miranda,³⁸ admite-se que há possibilidade de os sujeitos afastarem a incidência da norma, conforme se afirma acima. Destaca o catedrático que “a incondicionalidade da incidência existe em todas as normas, mesmo aquelas espécies em que o ordenamento jurídico permite à vontade das pessoas o poder de afastá-la, sem infringi-la, dispondo de modo diverso de suas prescrições”.³⁹

Conforme a premissa estabelecida acima, esse tipo de norma produz situações jurídicas típicas de uma *norma rígida* (anteriormente denominada de *cogente*), a qual, suscitada oportunamente, pode ensejar uma situação jurídica *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico processual*, pois tem como consequência a vedação e o afastamento do exercício da jurisdição estatal – situação de *anormalidade* quanto à inafastabilidade do controle jurisdicional –, em face do direito material disputado no caso, podendo até ensejar o encerramento da via judicial sem a análise do mérito (art. 485, VII, CPC).

Por essa razão, propõe-se uma mudança de paradigma da máxima de que as *normas cogentes e imperativas* se enquadram, obrigatoriamente, como *inderrogáveis, absolutas, indisponíveis*, e que, por tudo isso, são de *ordem pública*. Justifica-se assim a nomenclatura *norma rígida*. No processo civil há *norma processual rígida*, porquanto a sua pretensão não é a de gerar situações imutáveis, mas sim possibilitar as oscilações suportadas pela própria *ordem jurídica processual*.

Esse aspecto de norma cogente e imperativa,⁴⁰ no âmbito do processo civil, não pode se ligar à ideia de insanabilidade, por ser inderrogável e absoluta. Essa assertiva utilizada de forma generalizada não tem encontrado sustento dogmático.

Eis um exemplo.

-
37. “A convenção de arbitragem é um negócio de direito material, mas possui a eficácia negativa no direito pré-processual, por excluir a atuação dos juízes, e eficácia positiva no direito processual, com a submissão das partes aos efeitos da sentença arbitral. Ela é que dá poderes jurisdicionais ao árbitro, tornando o juiz estatal absolutamente incompetente.” (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *Arbitragem e Poder Judiciário*: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 102-103).
 38. “A incidência das regras jurídicas não falha” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70).
 39. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 123.
 40. Diz-se cogente no sentido de obrigatória, e imperativa no sentido de poder, sendo este poder tanto emanado do Estado ou do indivíduo (povo).

Atualmente, defende-se que há normas processuais de caráter cogente e de ordem pública,⁴¹ a exemplo da incompetência absoluta – *nulidade absoluta* (art. 64, § 1º, CPC), inclusive podendo ensejar a proposição de ação rescisória – *rescindibilidade* (art. 966, II, CPC).

Entretanto, o novo sistema processual admite que as decisões proferidas, ainda que por juízo absolutamente incompetente, continuem produzindo efeitos, até mesmo com a possibilidade de ratificação ou não do juízo competente (art. 64, § 4º, CPC).⁴² Pois, conquanto o ato processual possua uma deficiência no suporte fático que o torna inválido, produz efeito até que seja desconstituído⁴³ – o que somente revigora a premissa aqui proposta, na qual se constata que a possível perspectiva de *ordem pública processual* pode ser encontrada no plano da eficácia como uma situação jurídica passível de *flexibilidade para uma possível regularização*.

Pode-se justificar o revigoramento e a adequação do termo *ordem pública processual* para *ordem constitucional e democrática processual*, já que se garante a

-
41. “Se as formas e os ritos não constituem fins em si mesmos, há um núcleo duro e indispensável de formalismo que não pode ser desrespeitado. É o que tenho denominado de *ordem pública processual*. Já me referi a essa noção quando tratei das nulidades absolutas, no meu livro sobre Execução, como um conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes. Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz;” (GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coordenadores). *Processo Civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 282-283).
42. “A incompetência (absoluta ou relativa) não gera a automática invalidação dos atos decisórios praticados. Nada obstante reconhecida a incompetência, preserva-se a eficácia da decisão proferida pelo juízo incompetente, até ulterior deliberação do juízo competente”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 230).
43. “Do mesmo modo, não há uma relação essencial entre a validade e a eficácia do ato jurídico. Em geral, o ato jurídico precisa de ser válido para ser eficaz. Não, porém, essencialmente. O ato jurídico inválido, quando anulável, produz todos os seus efeitos até que sejam (ato e efeitos) desconstituídos por sentença judicial; mesmo quando nulo, há hipóteses em que é eficaz (casamento putativo, e.g.). Também há situações em que o ato jurídico válido, ao menos temporariamente, é ineficaz quanto a seus efeitos específicos, de que são exemplos o testamento antes da morte do testador, os negócios jurídicos sob condição suspensiva antes do implemento da condição e os negócios jurídicos que dependem de elemento integrativo, antes que este ocorra. Ser válido, ou inválido, e ser eficaz, ou ineficaz, são *qualificações* distintas atribuídas ao fato jurídico pelas normas jurídicas. O existir (= ser fato jurídico) constitui, portanto, pressuposto essencial da validade, ou invalidade, e da eficácia, ou ineficácia, do fato jurídico, donde implicar uma *contradictio in adiecto* dizer-se, por exemplo, que o fato jurídico nulo, ou o ineficaz, é inexistente, porque somente o que existe pode ser qualificado. É preciso considerar que, embora a invalidade seja a mais importante das causas de ineficácia, não é a única. A própria natureza do ato jurídico pode determiná-la, como exemplificamos acima”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43-44).

legalidade, a segurança jurídica, a confiança legítima, a liberdade e a participação, como forma de se tutelar o direito fundamental à duração razoável do processo e à *primazia da análise do mérito*.⁴⁴

Destarte, constata-se que o caráter imperativo, cogente e insanável não traduz uma característica ímpar das *situações* de ordem pública. Perde, com isso, um pouco do seu sentido originário, uma vez que necessita de uma adequação dogmática. É esta uma proposta deste artigo.

5. DA NORMA PROCESSUAL COGENTE – DE ORDEM PÚBLICA – À NORMA PROCESSUAL RÍGIDA

5.1. Do interesse público à ordem pública

As concepções da ordem pública, em geral, partem da premissa de que ela encontra sustentação nos valores e axiomas ligados ao interesse público e ao próprio Direito Público, caindo em outra seara bastante nebulosa, já que acaba por não encontrar sustentação dogmática clara.

Desta forma, confrontando as percepções do que se convencionou defender como ordem pública, constata-se que resta possível a *disposição* de categorias e situações jurídicas atribuídas à norma *dita* cogente (= de ordem pública), o que, por si só, não implica situações totalmente *inderrogáveis, absolutas e indisponíveis*.

Com base nessa premissa, passa-se a afirmar que a compreensão de ordem pública pode se verificar no plano da eficácia, com a identificação de variadas situações jurídicas⁴⁵ exteriorizadas com a incidência de determinadas normas jurídicas.

Assim, caracterizar a ordem pública no processo civil pelo fato da imperatividade Estatal, pura e simplesmente, não se amolda ao novo ambiente dogmático jurídico processual (= constitucional e democrático). Até porque, em certa medida, os comandos

-
44. “O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro*. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et. al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 108).
45. “Em nosso entendimento, *situação jurídica* é expressão que tem duas acepções, a saber: (a) em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico; (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretizam uma relação jurídica, e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-92).

normativos são imperativos e cogentes (= obrigatórios),⁴⁶ ou seja, são impostos por quem detém legitimidade, como forma de controlar fatos, eventos e condutas, estabelecendo variadas situações jurídicas, o que não implica, em si, a imposição dessas situações como de ordem pública.

Aliás, a própria noção do Direito tem em seu particular a imperatividade. No entanto, o Direito não se titula, em si, irrenunciável, absoluto e inderrogável. A *ordem pública*, que é objeto do estudo do Direito e de seus regramentos, desde sua gênese, ao que parece, comunga dessa pretensão, tratando questões jurídicas como se se submetessem à proteção de um manto *sagrado e intocável*.

O Código de Processo Civil de 2015 vem apontando uma nova diretriz para a compreensão do que vem se propagando como *ordem pública processual*, quiçá até mesmo para uma nova estruturação dogmática dessa expressão, distinta das desenvolvidas pela Doutrina até o momento, conforme se sustenta neste artigo.

Assim, as situações de ordem pública, associadas ou não ao interesse público, com a caracterização do *indisponível, disponível, do público vs. privado*, não vêm encontrando sustentação dogmática clara que justifique a defesa de consequências inderrogáveis, irrenunciáveis e absolutas – o que leva a pensar que a ordem pública não possui tanta autonomia como se imagina.

5.2. Da ordem pública à ordem constitucional

Apesar da conclusão do tópico anterior, não se acredita na supressão total da ideia de *ordem pública*, mas sim numa nova composição de sua estruturação dogmática. Indiscutivelmente o ordenamento jurídico necessita de normas que garantam as situações de segurança, integridade, coerência, estabilidade e confiança. Não com imposições e autoritarismos de tipos inquestionáveis, mas democraticamente, no exercício de todas as garantias fundamentais postas nas normas constitucionais.

Nesse contexto, pode-se constatar que o segmento que identifica as situações de ordem pública do ponto de vista instrumental⁴⁷ possui uma característica bastante interessante, ao desenvolver a noção de ordem pública aliada à sua utilidade ao

46. “Em face dessa característica, seria possível pensar que as normas *não-cogentes* não são infringíveis pela conduta contrária e que nisso se diferenciaram das normas cogentes. Essa observação, porém, não seria correta. Toda norma jurídica, inclusive não-cogente, é violável, desde quando, concretizado o seu suporte fático, incide e a partir daí torna-se obrigatória e de aplicação compulsória”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 125).

47. Nessa perspectiva, os doutrinadores não desprezam por completo os estudos da percepção de ordem pública desenvolvidos com base nos fundamentos do interesse público, do Direito Público, dos fundamentos sociais ou jurídico-filosóficos. Porém, não são essas as bases que sustentam as suas compreensões, mas com o que de utilidade ela se presta ou qual a sua finalidade ou função no ordenamento jurídico. Nessa linha: ARIGÓN, Mario Garmendia. *Ordem Pública e Direito do Trabalho*. Trad. Edilson Alckmin Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 24.

ordenamento jurídico. Não se concebe um Direito sem *normas rígidas*, até porque em sua própria essência deve haver normas com conteúdos que imponham integridade e higidez ao ordenamento jurídico.⁴⁸

A própria Constituição estabelece normas com conteúdo identificado como *cogente e imperativo*, que exprimem finalidades, as quais não podem ser *abolidas* pelo próprio legislador, as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF). Mas, nem por isso, retiram por completo a possibilidade de *disposição* dos sujeitos. Como exemplo, o acréscimo de novos direitos e garantias fundamentais, e até a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais.⁴⁹

Essas normas constitucionais que imprimem rigidez são necessárias e úteis à higidez (= normalidade) do ordenamento jurídico, porque estabelecem um sentimento de proteção e segurança a todos os sujeitos no território brasileiro, garantindo o próprio fim do Estado, bem como a confiança da nação de que tais direitos e garantias não serão suprimidos subitamente, nem mesmo pelo próprio legislador constitucional.

As cláusulas pétreas possuem conteúdo, em certa medida, do que se entendia inicialmente como *sentimento de ordem pública*, porque têm a função de estabelecer normas que geram situações jurídicas limitantes do poder estatal de legislar, porém podem ser renunciadas pelos titulares desses direitos, o que também descaracteriza a noção primária da ideia de ordem pública, a qual perfazia uma situação irrenunciável e absoluta.

As perspectivas dos direitos fundamentais protegidos como cláusulas pétreas suscitam uma reflexão da assertiva feita por Leonardo Carneiro da Cunha, ao tratar da rigidez constitucional no tocante ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido, quando destaca que “nem mesmo razões de ordem pública podem superar a rigidez estabelecida pela Constituição Federal”.⁵⁰

Dessa forma, a reflexão que se faz é a seguinte: a rigidez tratada pelo jurista não advém do próprio sentimento imperativo da expressão que a ordem pública tenta impor? A resposta pode ser positiva, pois a rigidez da norma jurídica constitucional é um

48. “O princípio e a essência da ordem está no fim, dado que a natureza e exigências do mesmo determinarão a disposição das coisas e orientarão seu dinamismo.” (VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: do modelo juspositiva-legalista do século XIX às novas perspectivas*. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 192).

49. “... a renúncia a direito fundamental é a situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direito ou indireto, pessoal ou coletivo.” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 58).

50. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito Intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 11.

indicativo da nova estrutura do sentimento de ordem pública no âmbito constitucional e no atual ambiente da dogmática jurídica. De sorte que, em que pese a rigidez, ela não se mostra totalmente inderrogável e irrenunciável.

Logo, imperiosa a adequação da compreensão de ordem pública às normas constitucionais e ao Estado Constitucional, até com a possibilidade de adequação da aplicação do termo em determinados casos, em detrimento das normas disciplinadas pelo próprio texto constitucional, como se defende nestas linhas iniciais.

Como vem se constatando, as normas constitucionais são de fundamental importância e exercem um papel ímpar para a nova estrutura dogmática do sentimento de ordem pública no momento contemporâneo. Por isso se parte por este caminho, adequando a percepção de *norma cogente* para *norma rígida*, bem como de *ordem pública* para *ordem constitucional e democrática*.

5.3. Da norma cogente à norma rígida

Como visto, não vem encontrando sustentação dogmática a premissa de que a característica exclusiva da *norma cogente* ou de *ordem pública* é a imperatividade e imutabilidade imposta pelo ente estatal, marcas de um interesse público supremo.

Existem normas que ensejam situações jurídicas de normas *ditas* cogentes e imperativas também estabelecidas por liberalidade dos indivíduos particulares, no sentido de proporcionar respostas condizentes ao ideal de integridade, estabilidade e coerência do sistema jurídico.

Dessa forma, observa-se a necessidade de desenvolver uma passagem da compreensão de norma de caráter *cogente* para a de norma de caráter *rígido*, adequando, assim, a sua nomenclatura ao contexto dogmático contemporâneo. Minimiza-se o viés autoritário e absolutista carregado pela ligação da expressão *ordem pública* à *norma cogente* ao longo do tempo.

Assim, entende-se que a compreensão de *norma rígida* defendida como premissa deste artigo tem o escopo de adequar ao momento dogmático contemporâneo as situações jurídicas *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade, ainda que em menor grau, de *renúncia, negócio jurídico, preclusão ou regularização*. Tudo isso como revigoreamento e adequação, contrapondo-se ao caráter absoluto e inderrogável da norma cogente ou de ordem pública.

6. A INADEQUAÇÃO DOGMÁTICA DA NORMA COGENTE PROCESSUAL – ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL – COMO INDISPONÍVEL, INDERROGÁVEL, INSANÁVEL, IRRENUNCIÁVEL E ABSOLUTA

Diante do que foi abordado neste estudo, este tópico tem a finalidade de condensar, de forma objetiva, como notas conclusivas, toda a matéria desenvolvida e os pontos principais que se defendem ao longo deste artigo. Constata-se a inadequação

dogmática no tratamento da ordem pública processual como um valor axiológico, apresentando consequências de indisponibilidade, inderrogabilidade e insanabilidade absolutas, bem como se propõe uma nova classificação para as normas processuais comumente denominadas de normas de ordem pública processual.

6.1. Preclusão e norma processual cogente – ordem pública processual

A preclusão, em geral, partindo do seu sentido etimológico e com os estudos desenvolvidos pela doutrina processual, é efeito jurídico compreendido como a perda de “poder processual das partes” e a “perda de um poder do juiz”,⁵¹ a configurar um fenômeno jurídico que veda o exercício das faculdades dos sujeitos processuais para realizarem determinados atos processuais.

A perda do poder pode se dar pela não realização do ato no prazo previsto (preclusão temporal), pela efetiva realização do ato sem a possibilidade de correção ou retificação (preclusão consumativa), pela proibição da prática de atos incompatíveis (preclusão lógica) e pela perda de um poder do juiz (preclusão judicial).

Em geral, a doutrina defende que as questões de ordem pública processual não estão afetadas à preclusão. Entretanto, ao nosso entender, tal não encontra sustentação e unidade com o sistema processual contemporâneo.⁵²

Mostra-se possível a influência da preclusão em relação à ordem pública, seja em face da sua efetiva análise no processo (arts. 505 e 507, CPC), seja pelo não atendimento ao prequestionamento nos recursos especial e extraordinário.⁵³

Assim, não se encontra óbice ou impedimento normativo para que as questões decididas durante o desenvolvimento do processo não sejam alcançadas pela preclusão, ainda que se trate de *situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio*

51. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 277-278; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 16-19.

52. “Das razões sistemáticas acima expostas, com o devido acatamento à posição absolutamente majoritária que defende posição oposta, é lícito asseverar que o ordenamento processual brasileiro, tal qual hoje posto, fornece os elementos para afirmar a preclusão da questão de ordem pública, no mínimo para o mesmo juiz, que fica impedido de a ela voltar por ocasião da decisão de mérito”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 182).

53. “Defende-se a impossibilidade de conhecimento de ofício ou por provocação de matéria de ordem pública não decidida pela decisão recorrida especial e extraordinariamente, em razão da necessidade do prequestionamento em sede de recursos especial e extraordinário, exigência constitucional sobre qualquer matéria. Ressalta-se que existem respeitadíssimas posições contrárias a essa tese. Excepciona-se tal entendimento, no presente estudo, quando se tratar de nulidade absoluta decorrente do próprio julgamento recorrido, sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição”. (MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no especial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 220).

à *higidez posta pelo ordenamento jurídico*, como no caso da incompetência absoluta, por exemplo.

Ressalte-se que o direito processual civil italiano, ainda que defenda o interesse público e a indisponibilidade na incompetência absoluta, admite a sua preclusão⁵⁴ caso não seja alegada pelas partes ou suscitada pelo juiz de ofício até a primeira audiência com as partes (art. 183 – *prima comparizione delle parti e trattazione della causa*), conforme disciplina o art. 38, § 3º, do Código de Processo Civil italiano.⁵⁵

Portanto, caso o juiz de primeiro grau já tenha decidido a questão e um futuro recurso não tenha devolvido a matéria ao Tribunal, opera-se a preclusão para os magistrados do segundo grau (art. 507, CPC). Deve, conseqüentemente, a expressão “*em qualquer tempo e grau de jurisdição*” ser analisada com bastante acuidade, sob pena de quebra da *unidade do Código*.⁵⁶

Como dito, a expressão *em qualquer tempo e grau de jurisdição* induz, equivocadamente, que as situações previstas pela norma não são alcançadas pela preclusão, em hipótese alguma, titulando-as como de *ordem pública*.

Com tal não se concorda, uma vez que se adere ao posicionamento de Fredie Didier Jr.,⁵⁷ haja vista que se mostra sistêmica e dogmaticamente incoerente não admitir a preclusão das questões do art. 485, § 3º, inclusive em face do juiz, mas admitir a preclusão de questões já decididas sobre o mérito. Assim, não se discorda de que havendo decisão sobre uma questão de mérito, caso a parte não apresente a impugnação ou o recurso pertinente, haverá preclusão e o trânsito em julgado. E, ainda que seja possível ação rescisória, este fato não muda. Por que mudaria em relação às

54. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314.

55. “Art. 38 – Incompetenza. [...] L’incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio rioneicasi prevista dall’articolo 28 sono rilevate d’ufficio non oltre l’udienza di cui all’articolo 183”; “Per individuare ipotesi di preclusioni, basta dare uno sguardo a queste pagine; abbiamo, ad es., analizzato: a) l’art. 38, 2º”. (VERDE, Giovanni. *Diritto Processuale Civile – Parte Generale*. 3ª ed. Torino: Zanichelli Editore, 2012, p. 252).

56. “Nos estudos sobre a interpretação constitucional, foi desenvolvido o postulado da unidade da Constituição [...]. O mesmo se aplica à interpretação do Código de Processo Civil. O Código deve ser interpretado como um conjunto de normas orgânico e coerente. *Surge daí o postulado interpretativo da unidade do Código*.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 171).

57. “As questões do § 3º do art. 485 podem ser conhecidas a qualquer tempo; o juiz pode controlar a regularidade do processo, *mas desde que ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito*. Não se permite que o tribunal, no julgamento de um recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo que se trate de questão afeta à admissibilidade do processo, em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 786).

questões processuais? Não faz sentido, principalmente em face do atual conteúdo da primazia da análise do mérito (art. 4º, CPC).

O próprio Código de 2015 (art. 505), replicando o Código de 1973 (art. 471), traz como diretriz que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide”, com a ressalva da modificação dos fatos (fatos supervenientes). Ademais, reza o art. 507 que “é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”. Ao nosso entender, não há vedação à preclusão de questões decididas sobre o mérito ou sobre o processo.⁵⁸

Ressalta-se, por oportuno, que a *era* da supervalorização das normas processuais e do seu cientificismo, atrelada ao caráter genuinamente público e inquestionável, está sendo revigorada e não vem encontrando mais guarida tutelar o processo pelo processo. De sorte que o processo está para o direito substancial disputado, e não o contrário. Negar isso é negar o atual contexto dogmático e a diretriz do Código de Processo Civil de 2015 em suas normas fundamentais (art. 1º a 11).

Por essas razões, o sentido da expressão *em qualquer tempo e grau de jurisdição* deve ser compreendido como a possibilidade de abertura de um diálogo processual de questões ainda não decididas e não cobertas pela preclusão, a exemplo do art. 1.009, § 1º,⁵⁹ sempre atendendo ao contraditório efetivo e ao *direito de ser ouvido*.

Por isso, entende-se que não haveria uma unidade do sistema processual se só se admitisse a preclusão unicamente para as questões afetas à realização dos atos das partes, e não dos atos dos magistrados,⁶⁰ bem como a preclusão da matéria de mérito decidida, e não da questão processual já decidida e não impugnada via recurso.

58. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 255-257.

59. “Como bem apontou Calmon de Passos, se a decisão é recorrível, não se pode cogitar, no direito brasileiro, a possibilidade de reexame das questões já decididas. Se há possibilidades de recurso, há possibilidade de preclusão, não somente para as partes, mas também para o juiz”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 788).

60. “Também há preclusão lógica em relação ao juiz. Dá-se, por exemplo, quando ele concede tutela antecipada com base em abuso do direito de defesa (art. 331, I, CPC), o que é incompatível com a recusa em condenar o réu por litigância de má-fé com base no mesmo comportamento tido por abusivo. Também não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado do mérito (arts. 355-356, CPC), conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o juiz convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 495).

6.2. Convalidação e norma processual cogente – ordem pública processual

A *convalidação* extingue o defeito de invalidade,⁶¹ não podendo mais ser discutido,⁶² seja na *ausência de citação*, com o comparecimento espontâneo do réu, seja na *incompetência absoluta*, no *impedimento* ou na *suspeição* do juiz etc. Tudo isso, aliado com a situação jurídica da coisa julgada, perfaz uma das formas que comprova a inadequação dogmática defendida perante as questões de ordem pública absolutas e inderrogáveis no processo.

Exemplifica-se.

A competência é uma legitimação, conferindo ao órgão uma autorização e uma limitação no exercício do poder jurisdicional,⁶³ o qual é uno e indivisível. Assim, a legitimidade para o exercício hígido da jurisdição advém da competência. Por essa razão, a competência se afigura, tradicionalmente, como um dos *pressupostos* de validade do processo.

Quando se afirma que o *poder-jurisdição é uno e indivisível*,⁶⁴ intenta-se asseverar que todo magistrado possui o *mesmo poder*. Entretanto, o exercício do *poder-jurisdição* não pode ser realizado ao bel-prazer do seu detentor. Aí entra a norma de fixação da competência para legitimar a sua atuação e, ao mesmo tempo, autorizar e limitar o local (juízo) para o exercício do *poder-jurisdição*.

Uma simples prova de que todo magistrado possui o mesmo *poder-jurisdição* está na possibilidade de o juiz de direito estadual, em casos específicos, ser legitimado a exercer o *poder-jurisdição* nos casos que deveriam ser julgados no juízo federal (art. 109, § 3º, CF) e no juízo trabalhista (art. 112, CF). Dessa forma, verifica-se que o poder é o mesmo, porém o exercício dele é legitimado pela norma de competência, a qual autoriza e limita o exercício do *poder-jurisdição* para determinado lugar (juízo).

Dessa forma, quando se observa que não há legitimação para o exercício regular do *poder-jurisdição*, constata-se a *incompetência*, vale dizer, aquele juízo, foro, local ou órgão não possui legitimidade e não está autorizado a exercer o *poder-jurisdição*.

61. “Temos por *convalidação* a extinção do defeito invalidante dos atos jurídicos por consequência do ato-fato jurídico da prescrição e da decadência, isto é, o aperfeiçoamento do ato jurídico nulo ou anulável *sem atuação volitiva juridicamente relevante*, expressa ou tácita, do interessado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

62. “Ademais, a convalidação de vícios também ocorre, via de regra, pelo trânsito em julgado da sentença. Pode-se dizer, noutros termos, que, na convalidação, o vício é simplesmente ‘ignorado’, em razão da omissão do interessado, aliada ao decurso do prazo para alegação do defeito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103).

63. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

64. “Não há mais de um tipo de jurisdição. A jurisdição, como manifestação do poder soberano, é uma e indivisível. As repartições ou classificações que são feitas consistem em critérios de divisão de competências, e não de jurisdição”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95).

Assim, em face das situações jurídicas oriundas das normas de competência, a doutrina classifica a competência como *relativa* e *absoluta*, gerando, por sua vez, situações de incompetência *relativa* e *absoluta*.

A *competência relativa* verifica-se quando a norma de competência admite negócio das partes ou há possibilidade de *convalidação* (art. 65).⁶⁵ É dizer, o vício desaparece, não havendo mais a necessidade de correção do ato, pois se extingue o defeito, sem o ato *volitivo* das partes.⁶⁶ Já a *competência absoluta*, como regra, não é passível de disposição das partes, normalmente se identificando em razão da matéria e da função, com a ressalva de alguns casos em razão do território (art. 47, §§ 1º e 2º),⁶⁷ podendo ser suscitada de ofício (art. 64, § 1º). Caso não observada, ocorreria a *incompetência absoluta*, o que, comumente, se caracteriza como matéria de ordem pública.⁶⁸

Contudo, identificar a incompetência absoluta como questão de ordem pública não encontra sustentação dogmática, haja vista a ordem pública tratar suas situações como *insanáveis* e *inderrogáveis*. Mas se pode identificar que a incompetência absoluta é uma situação jurídica processual passível de *sanação* e *convalidação*, como segue.

O art. 64, § 4º,⁶⁹ do Código de Processo de 2015 admite que mesmo com o vício de incompetência absoluta, o ato decisório continue produzindo efeitos. Além disso, é possível a correção do ato através da *confirmação*,⁷⁰ na linguagem civilista – o que perfaz a *sanação* do ato decisório praticado pelo juízo incompetente, tornando a situação jurídica da incompetência absoluta *sanável*.⁷¹

65. “Art. 65. Prorroga-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação”.

66. “Tratando-se de ato-fato jurídico, embora haja conduta e mesmo que haja vontade consciente, a norma jurídica a recebe sempre como avolitiva. Por isso, a invalidade se extingue sem ato volitivo do interessado, inclusive, mesmo contra a sua vontade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

67. “Art. 47. Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa. § 1º O autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova. § 2º A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta”.

68. “A incompetência *absoluta* corresponde à violação de normas de interesse e ordem pública e a incompetência *relativa* à violação de meras normas de interesse e ordem particular. O regime da incompetência *absoluta* tem, por isso, um tratamento mais severo do que o correspondente à incompetência *relativa*”. (AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 135).

69. “§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

70. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 277.

71. “No direito processual as nulidades são sempre sanáveis pela repetição do ato, naquilo que não possa ser aproveitado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade.

Ademais, ainda que a incompetência absoluta enseje possibilidade de ação rescisória (art. 966, II), além de se mostrar incoerente com o procedimento do art. 64, § 4º, traduz outro argumento para qualificá-la como de ordem pública. Porém, na verdade, mostra-se uma possibilidade de *sanação*, é dizer: desconstituída a coisa julgada, o Tribunal deverá remeter os autos ao juízo declarado competente, seguindo o procedimento do art. 64, §§ 3º e 4º.⁷²

Caso transcorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, ocorrerá a *convalidação* dos vícios, vale dizer: extingue-se o defeito de invalidade,⁷³ não podendo mais ser discutido,⁷⁴ por garantia da segurança jurídica.

Por essas razões, a incompetência absoluta não pode ser titulada como questão de ordem pública, já que não encontra sustentação dogmática imposta por esse fenômeno, seja insanável ou inderrogável. Na verdade, a incompetência absoluta consiste numa situação oriunda da *norma processual rígida*, a qual pode gerar *atos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade de *sanação ou convalidação*.

Com a *convalidação* do ato decisório, vence a circunstância da ordem pública processual absoluta e inderrogável e todas as situações se estabilizam, tudo em atenção à segurança jurídica que impõe o próprio sistema processual (arts. 502 e 508, CPC).

6.3. Renúncia e norma processual cogente – ordem pública processual

A renúncia é um ato jurídico unilateral de vontade, no qual o titular de um direito abdica do próprio direito ou do seu exercício.⁷⁵

10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276).

72. MEDINA, José Miguel Garcia. *In Comentários ao Código de Processo Civil*. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.250.

73. “Temos por *convalidação* a extinção do defeito invalidante dos atos jurídicos por consequência do ato-fato jurídico da prescrição e da decadência, isto é, o aperfeiçoamento do ato jurídico nulo ou anulável *sem atuação volitiva juridicamente relevante*, expressa ou tácita, do interessado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

74. “Ademais, a convalidação de vícios também ocorre, via de regra, pelo trânsito em julgado da sentença. Pode-se dizer, noutros termos, que, na convalidação, o vício é simplesmente ‘ignorado’, em razão da omissão do interessado, aliada ao decurso do prazo para alegação do defeito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103).

75. “A previsão de renúncia ao direito de propriedade do art. 1.275 do Código Civil é esclarecedora. Pode-se renunciar ao exercício do direito de propriedade conforme regulamenta o referido dispositivo legal. Contudo, a renúncia ali operada diz tão-somente com o *direito àquela propriedade* sobre a qual se renunciou e não com o direito de propriedade constitucionalmente previsto (art. 5º, inc. XXII). Renuncia-se, portanto, ao exercício determinado do direito de propriedade sobre uma *propriedade específica*, mas não à possibilidade jurídica – conferida pelo direito fundamental à propriedade – de ser proprietário” (ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56).

Assim, em face do critério dualista de disponibilidade *versus* indisponibilidade, interesse privado *versus* interesse público, a doutrina também vem identificando a questão de ordem pública processual como questão irrenunciável. No entanto, não se concorda com esse critério de observação, pois se mostra plenamente possível a disposição através da *renúncia* de questões denominadas como de ordem pública processual, entre as quais se pode citar a renúncia ao próprio exercício da jurisdição estatal ou ao órgão investido na jurisdição para determinado caso,⁷⁶ com a fixação da convenção arbitral e a possibilidade de negócio com o objetivo de renúncia à coisa julgada.

Como regra, a coisa julgada é uma situação jurídica oriunda de um fato jurídico da composição normativa de uma decisão judicial e seu trânsito em julgado, tornando-a imutável e indiscutível (art. 502, CPC).⁷⁷ Consoante já visto, ressalvadas as possibilidades de novas discussões através da ação anulatória e da ação rescisória, a coisa julgada, como garantia constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF),⁷⁸ está para a *convalidação* das questões postas no processo civil, inclusive das questões ditas de ordem pública processual – fato este reconhecido até por quem defende a ordem pública no processo.⁷⁹

Assim, não se pode identificar a coisa julgada como de ordem pública, por não se enquadrar na dogmática imposta pela compreensão da ordem pública. Pois, em que pese a segurança jurídica encampada com a imutabilidade de determinadas questões do ato decisório, ela não é absoluta, haja vista existirem instrumentos que permitem o seu controle, bem como ainda há teses que defendem a *relativização atípica da coisa*

76. “Por sua vez, somente a existência de órgão estatal investido de jurisdição e o impedimento do juiz são defeitos agudos e que merecem um tratamento processual compatível com a gravidade considerada dentro do sistema processual, que por sinal é atemporal, não variando com o tempo e espaço em que é analisada e nem por razão de política legislativa ou judiciária”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 474).

77. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 583.

78. “De direitos, visto que as proteções, pelo art. 5º, XXXVI, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada traduzem a eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica, orientada a determinado sujeito e a determinado caso concreto, garantindo o exercício de direitos específicos”. (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 262).

79. “Uma vez resolvida a questão de direito material submetida ao Judiciário, com decisão de mérito transitada em julgado, tudo o que se poderia discutir naquela relação processual fica definitivamente resolvido, sejam as questões de fundo – coisa julgada material, que impõe a imutabilidade dos efeitos daquela decisão, neste e em qualquer outro processo –, sejam as questões de forma, relacionadas ao próprio instrumento, entre as quais se incluem as questões de ordem pública processuais”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 190-191).

julgada por critérios de justiça e inconstitucionalidade,⁸⁰ com vozes contrárias,⁸¹ com as quais se comunga.

O sistema processual proporciona várias oportunidades de impugnar as possíveis inconstitucionalidades e injustiças, durante todo o desenvolvimento do processo, inclusive após o trânsito em julgado. Após tudo isso, resta tão só conviver com o risco de constatar uma possível decisão injusta, por não atender às garantias de higidez do processo civil, mas sem a possibilidade de nova discussão. É que o *direito não socorre os que dormem*. A coisa julgada está para segurança jurídica e estabilidade – “ruim com ela, muito pior sem ela”.⁸²

Ademais, embora não se admita a relativização atípica da coisa julgada, a doutrina começa a constatar a possibilidade de negócio jurídico processual em relação à coisa julgada, em face da cláusula geral negocial (art. 190), propondo a possibilidade de *negócio jurídico sobre os efeitos da decisão*, *negócio jurídico sobre exceptio rei iudicatae*, *negócio sobre o direito à rescisão* e *negócio jurídico para afastar a coisa julgada*.⁸³ São situações que desnaturam a percepção da ordem pública indisponível e absoluta.

-
80. DELGADO, José. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In Revista de Processo. Vol. 103/2001. Jul.-Set. 2001. p. 9-36.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In Revista de Processo. Vol. 109/2003. Jan.-Mar. 2003. p. 9-38.
81. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada e a questão da relativização da coisa julgada*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 181-191; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 176-178; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 632-635.
82. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 635.
83. “b) *negócio jurídico sobre os efeitos da decisão*: trata-se de negócio permitido; é possível renúncia ao crédito reconhecido judicialmente, as partes podem transigir a respeito desse mesmo direito; nada impede que pessoas divorciadas voltem a casar-se entre si etc. c) *negócio jurídico sobre exceptio rei iudicatae*: trata-se de pacto para que a parte não alegue a objeção de coisa julgada. A parte renuncia ao direito de opor a coisa julgada, em eventual demanda que lhe seja dirigida. d) *negócio sobre o direito à rescisão*: as partes renunciam ao direito à rescisão da decisão, à semelhança do que podem fazer com o direito ao recurso. Trata-se de negócio lícito, sendo o direito disponível. Rigorosamente, esse negócio não é processual: abre-se mão do direito potestativo material à rescisão da decisão. Trata-se de negócio permitido. e) *negócio jurídico para afastar a coisa julgada*. É possível, com base no art. 190, que as partes afastem a coisa julgada. As partes resolvem que determinada questão pode ser novamente decidida, ignorando a coisa julgada anterior. Nesse caso, o acordo impede que o juiz conheça de ofício a existência da coisa julgada anterior”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 591-592).

A coisa julgada, como uma garantia constitucional, está para o Estado Constitucional, vislumbrando-se uma situação jurídica ligada a fatos jurídicos oriundos da *norma processual rígida* e sendo percebida como uma questão de *ordem constitucional e democrática processual*, no sentido de garantir a legalidade, a segurança jurídica e a confiança legítima.

6.4. Sanação e norma processual cogente – ordem pública processual

Outro ponto que a doutrina defende como forma de sustentar a argumentação das questões de ordem pública processual é a ideia da insanabilidade, no sentido de que elas gerariam, caso violadas, vícios que seriam insanáveis.

Assim, verifica-se que a perspectiva da questão insanável também não encontra sustentação dogmática, pois *sanar* ou *sanação*⁸⁴ possuem o sentido de *corrigir, reparar* ou *fazer o correto*. Portanto, *insanável* seria a possibilidade de *não corrigir, não reparar* ou *não fazer o correto*. Entre as possibilidades de *sanação* destacam-se a *incompetência absoluta, o impedimento do juiz, a coisa julgada, a legitimidade processual, o interesse processual*, requisitos recursais, bem como o prequestionamento e a repercussão geral (arts. 1.032 e 1.033, CPC).⁸⁵

Desse modo, diante da perspectiva do Código de Processo de 2015 – o qual adotou o princípio da *sanabilidade dos atos processuais defeituosos* –, não há de se falar em questões insanáveis como fundamento de uma situação de ordem pública processual; até mesmo a perspectiva da *ausência de citação* não é uma questão insanável, mas *sanável a qualquer tempo*.

Como regra, a citação é um ato de comunicação processual pelo qual são *convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual* (art. 238, CPC), considerando-se um dos pressupostos de validade ao processo, ressalvados os casos de julgamento de improcedência liminar (art. 332, CPC) e do indeferimento da petição inicial (art. 330, CPC).

O texto normativo referente à *ausência de citação*, em nossa concepção, pode gerar duas situações jurídicas distintas: tanto a convalidação ou regularização (art.

84. “A *sanação*, ao contrário, ocorre como resultado de ato de vontade relevante (=negócio jurídico) praticado com o fim de remover o defeito invalidade, o que depende, portanto, de que haja manifestação expressa ou tácita do elemento volitivo. Na *sanação* há a consciência e a vontade de considerar o ato como válido, sabendo-se de sua invalidade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270-271).

85. “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional”.; “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

239, § 1º, CPC) como a possibilidade de correção a qualquer tempo (= sanação), por intermédio de ação anulatória com base no art. 239, CPC. Vale dizer: neste ponto, a ausência de citação é *sanável a qualquer tempo*.

Explica-se.

Há um costume de se identificar a *ausência de citação* como questão *insanável*,⁸⁶ titulando-a, por esse motivo, como questão de *ordem pública processual*, inclusive por gerar vícios *transrescisórios*.⁸⁷ Todavia, entende-se que a situação jurídica processual da ausência de citação revela uma questão *sanável a qualquer tempo*, com a possibilidade de correção ou reparação. Pois, com a propositura da *querela nullitatis*, os atos decisórios serão anulados e volta-se ao momento da citação, para que ela seja legalmente realizada e o processo siga o seu curso normal (= hígido).

Portanto, *sanar* ou *sanação*,⁸⁸ como visto, possui o sentido de *corrigir, reparar ou fazer o correto*. Desta forma, *insanável* seria a possibilidade de *não corrigir, não reparar ou não fazer o correto* – o que não se mostra no caso.⁸⁹ A própria doutrina defende que o Código de Processo de 2015 adotou o princípio da *sanabilidade dos atos processuais defeituosos*.⁹⁰

Por essa razão, entende-se que a *ausência de citação* mostra-se uma situação jurídica processual gerada por fatos jurídicos de normas processuais que se denominam, neste estudo, de *normas híbridas*, por possuírem tanto consequências de *normas processuais rígidas* como de *normas processuais flexíveis*, conforme se observa no tópico 7.1.3. deste artigo.

Desta forma, não há de se falar em questão de ordem pública processual *insanável* na situação de ausência de citação, uma vez que, como constatado, há possibilidade de maior grau de regularização (art. 239, § 1º, CPC), mostrando-se uma situação

86. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória*. In Revista de Processo. Vol. 12, n.º 48. out./dez. 1987. p. 27-44.; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Réu revel, vício de citação e querela nullitatis insanabilis*. In Revista de Processo. Vol. 164/2008, out./2008. p. 84-108.

87. TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo: em conformidade com o novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 169.

88. “A *sanação*, ao contrário, ocorre como resultado de ato de vontade relevante (=negócio jurídico) praticado com o fim de remover o defeito invalidade, o que depende, portanto, de que haja manifestação expressa ou tácita do elemento volitivo. Na *sanação* há a consciência e a vontade de considerar o ato como válido, sabendo-se de sua invalidade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270-271).

89. Em que pese ainda defenda a nomenclatura *insanável*, Teresa Arruda Alvim admite a sanabilidade das nulidades absolutas, ao asseverar que “são vícios insanáveis, pois que maculam irremediavelmente o processo. Mas não são insanáveis relativamente à perspectiva de que o vício seja efetivamente corrigido”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 220).

90. “O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos”. (Enunciado n.º 278 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

jurídica gerada por fatos jurídicos oriundos de *normas processuais flexíveis*, bem como também se revela questão *sanável a qualquer tempo*, por ação anulatória (art. 239, CPC), ocasionando uma situação jurídica *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidéz (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, em face da possibilidade da nulidade dos atos decisórios e de boa parte do processo, o que caracteriza a percepção das *normas processuais* que se denominam de *rígidas*.

6.5. Negócio jurídico e norma processual cogente – ordem pública processual

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a introdução da cláusula geral negocial (art. 190), torna-se bastante complicado enxergar a limitação de autonomia das partes em dispor sobre o processo e o procedimento civil. Atualmente, este se mostra um dos grandes desafios da doutrina processual.⁹¹

As questões tituladas como de ordem pública processual, ao contrário do que se pensa, também não escapam da possibilidade de negócio jurídico, entre as quais se destacam as situações de fixação da incompetência absoluta do juízo estatal, através da convenção arbitral, o *negócio processual sobre legitimidade extraordinária*, os *negócios processuais coletivos*⁹² e os *negócios processuais sobre coisa julgada*, conforme verificado no tópico 5.3 deste artigo.

Desse modo, não vem se revelando adequada a dogmática dualista (disponível e indisponível) de uma total *indisponibilidade* das situações ligadas ao interesse público, na qual o conteúdo de ordem pública estaria inserido.

7. MUDANÇA DE PARADIGMA E A ADEQUAÇÃO DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA DA NORMA PROCESSUAL COGENTE – ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

Por tudo aqui tratado, resta demonstrado que a dogmática proposta para tutelar a norma cogente processual – ordem pública no processo – requer ajustes e adequações, no sentido de amoldar-se ao momento dogmático contemporâneo.

Assim, normalmente, quando há uma proposta de virada em determinado paradigma, na maioria das vezes, imprime-se uma nova perspectiva terminológica. Entende-se que a necessidade de uma nova nomenclatura para as normas com um grau visível de *cogência* se impõe e se mostra premente para uma simplificação e uma melhor compreensão metodológica do tema até aqui enfrentado.

Dessa forma, como uma maneira de melhor adequar as questões dogmáticas às questões pragmáticas do processo civil contemporâneo, vislumbra-se que uma

91. Sobre o assunto confira: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

92. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 444.

expressão que minimiza a noção indeterminada e ininteligível que a *norma cogente processual – ordem pública processual* – traz consigo, parece traduzir melhor a sistemática atual da ideia extraída da expressão *norma processual rígida* como corolário de uma *ordem constitucional e democrática processual*.

Explica-se.

Pretende-se adequar a terminologia ao momento dogmático contemporâneo do processo civil brasileiro, atualmente marcado pela influência do constitucionalismo.⁹³ Chega-se à referida expressão partindo da compreensão da classificação das Constituições quanto à sua estabilidade, pois esta classificação envolve justamente o campo de verificação das questões denominadas de ordem pública processual.

Sabe-se que neste segmento as Constituições se classificam, em geral, como imutáveis, fixas, rígidas, flexíveis e semiflexíveis, no sentido de garantir uma maior ou uma menor supremacia das normas constitucionalizadas.

Ressalta-se, por oportuno, que na história constitucional brasileira,⁹⁴ a única Constituição que refletiu durante um tempo a imutabilidade foi a Constituição Imperial de 1824 (art. 174)⁹⁵ – o que somente exterioriza uma marca do absolutismo monárquico da época, marcado pela ideia absolutista que a cogência e a ordem pública muitas vezes impõem.

Devido à cogência e à ordem pública terem como fundamento um juízo de total imutabilidade e estanque – o qual não se mostra adequado ao contexto processual contemporâneo –, o contraponto para se garantir a segurança jurídica do sistema jurídico firma-se na rigidez normativa, como resta demonstrado pela doutrina constitucional⁹⁶ no desenvolvimento das Constituições escritas.

Claro, se se partir da premissa de que existem normas que possuem uma carga maior de relevância, porém com a possibilidade, em certos casos, de dinamização

93. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Ano 37. vol. 209. Julho, 2012, p. 351.

94. PINHEIRO NETO, Othoniel. *Curso de direito constitucional*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2016, p. 51-53.

95. “Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles”. – Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25.3.1824.

96. “A rigidez traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de *resistência à derrogação* superior à de qualquer lei ordinária. Significa isto que a Constituição (normas constitucionais) só pode ser modificada através de um *procedimento de revisão específico* e dentro de certos limites (formais, circunstanciais e materiais) como se verá no estudo sobre o procedimento de revisão”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 215).

(*renúncia, convalidação, sanação, preclusão e negócio*), no sentido de adequação às situações jurídicas postas em análise.

Passa-se a atribuir a esse tipo de norma a terminologia *norma processual rígida*, destacando-se também a existência, no processo civil contemporâneo, de *normas processuais flexíveis* e de *normas processuais híbridas*, as quais possuem as características das normas *rígidas* e *flexíveis*, a depender do momento e das circunstâncias em que efetivamente possam incidir.

Assim, prefere-se sair de uma classificação teórica essencialmente dualista e polarizada – cogente e dispositiva; ordem pública e ordem privada –, aplicando-se uma metodologia que integra perspectivas, com a possibilidade de inclusão, e não de exclusão com um corte cartesiano.

7.1. Compreensão e classificação das normas no processo civil contemporâneo

Ressalta-se, para fins metodológicos deste estudo, que se utiliza a compreensão da norma processual, seguida das diretrizes iniciais, como sendo “aquela de cuja incidência resulta um fato jurídico processual; seu conseqüente normativo se direciona a estruturar um procedimento, atual ou futuro, ou algum de seus atos ou, ainda, a criar, alterar ou extinguir situações jurídicas processuais”.⁹⁷

Assim, partindo da premissa estabelecida neste artigo, como forma de simplificar o sistema normativo do processo civil contemporâneo, podem-se classificar as normas processuais em: a) *normas processuais rígidas*; b) *normas processuais flexíveis*; e c) *normas processuais híbridas*.

7.1.1. Norma processual rígida

As *normas processuais rígidas* são compreendidas como normas que podem gerar, caso incidam, *fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, com uma *menor possibilidade de flexibilização para sanação, renúncia, negócio jurídico, preclusão ou convalidação*.

A expressão “*grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*” deve ser compreendida com o olhar nas conseqüências práticas das situações jurídicas provocadas pela não observância das *normas processuais rígidas*.

Por exemplo, a situação jurídica provocada pela arguição da incompetência absoluta em sede recurso ou ação rescisória poderá provocar um grau de tensão e desequilíbrio ao desenvolvimento hígido (= normal) do processo, no sentido de

97. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 75.

provocar o retorno da discussão com a possível desconstituição de atos decisórios, desnaturando a própria essência etimológica do termo processo, é dizer, caminhando para trás ao invés de marchar para frente, na busca de uma decisão de mérito, em tempo razoável, justa e efetiva.

Essas consequências não impõem, por si sós, a condição de norma intocável, imutável ou de ordem pública, mas revigoram a garantia da segurança jurídica e da confiança legítima.

Vale dizer, malgrado possuam a rigidez como característica, as normas processuais rígidas, em determinados casos, são afetadas à *renúncia* e à *sanação*, com a *correção* dos atos, aos *negócios jurídicos*, bem como são passíveis de *regularização*, com a *convalidação* e extinção dos defeitos dos atos através da coisa julgada. Entre elas, destacam-se: a incompetência absoluta, o impedimento do juiz, a ilegitimidade e a ausência de interesse processual.

7.1.2. Norma processual flexível

As *normas processuais flexíveis* são compreendidas pelas normas que podem gerar, caso incidam, *atos jurídicos que implicam situações jurídicas com baixo grau de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade de *maior flexibilização para correção, negócio, preclusão, renúncia ou regularização*.

A expressão “*baixo grau de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*” também deve ser compreendida com o olhar nas consequências práticas das situações jurídicas provocadas pela não observação das *normas processuais flexíveis*.

Por exemplo, a situação jurídica provocada pelo não atendimento do art. 319, VII, CPC, o qual impõe como requisito da petição inicial a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação. Nesta oportunidade, o magistrado deverá mandar emendar a petição inicial (art. 321, CPC). Outro exemplo é o da ausência de arguição da incompetência relativa por parte do réu (art. 337, II, CPC), caso em que haverá a prorrogação da competência (art. 65, CPC).

As *normas processuais flexíveis* possuem um baixo grau de tensão ao desenvolvimento regular do processo, pois há uma maior possibilidade de flexibilização e superação de vícios processuais (art. 282, § 2º, CPC). Podem-se destacar os requisitos da petição inicial, a saber: capacidade postulatória, capacidade processual, incompetência relativa, incorreção do valor da causa etc.

7.1.3. Norma processual híbrida

As *normas processuais híbridas* podem apresentar tanto as *características* das *normas processuais rígidas* como as das *normas processuais flexíveis*, a depender do momento e das circunstâncias em que efetivamente tais normas possam incidir.

Como identificado, a ausência de citação pode provocar duas situações jurídicas distintas, uma ligada à compreensão de *norma processual flexível* e outra à *norma processual rígida*.

Na primeira, o réu ou executado aparece espontaneamente no processo, ainda que não seja citado; o vício processual é sanado sem a necessidade de realização de outro ato (art. 239, § 1º, CPC), característica da *norma processual flexível*, gerando um baixo grau de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico.

Na segunda, caso haja ausência de citação e o réu não participe do processo, ainda que advenha a coisa julgada, é possível a ação anulatória para declarar nulo o processo, inclusive desconstituindo os atos decisórios e, por consequência, a coisa julgada (art. 239, CPC). Isso caracteriza a perspectiva da *norma processual rígida*, porquanto essa situação jurídica provoca um grau elevado de tensão e desequilíbrio ao desenvolvimento regular do processo, retornando toda a discussão para o momento da citação.

Além desses exemplos, podem-se destacar como *normas processuais híbridas* a existência de órgão investido na jurisdição, a falsidade de documento e a convenção de arbitragem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme as constatações apresentadas, pode-se afirmar que o valor metafísico intitulado de *ordem pública* como uma *situação jurídica processual* tratada como *inderrogável, insanável, irrenunciável, indisponível e não sujeita à preclusão* – assim pensada desde a tradução francesa do termo, na interpretação e na sua implementação dos textos romanos, e replicada em vários sistemas jurídicos do mundo – não vem encontrando sustentação dogmática no processo civil contemporâneo brasileiro.

Independentemente do título de ordem pública que se possa atribuir a determinadas situações jurídicas, as suas consequências ocorrerão conforme os preceitos normativos descritos pela norma processual.

Como visto, nas questões denominadas como de ordem pública processual, em que pese possuam lugares-comuns à ideia de interesse público ou de Direito Público, constata-se que o sistema normativo processual brasileiro, para a própria segurança jurídica, coerência e estabilidade sistêmica, admite situações de *preclusão, convalidação, renúncia, sanção* e de *negócio jurídico*.

Assim, como forma de adequar o tema à dogmática contemporânea, propõe-se uma nova classificação das normas processuais, as quais se apresentam sistematicamente de maneira rígida (*normas processuais rígidas*), flexível (*normas processuais flexíveis*) e híbrida (*normas processuais híbridas*). Pois essas normas, em menor ou maior grau, são afetas às questões acima expostas.

Em razão disso, não se tem a pretensão de exclusão, mas de revigoração e adequação sistêmica. Não obstante, não se pode nem se pretende extirpar a expressão

“ordem pública” do sistema jurídico brasileiro, mas simplificar e minimizar a sua utilização, sob pena de se criar tautologias desnecessárias, inúteis aos normativos jurídicos postos, que venham a ser utilizadas como fundamento retórico para o cometimento de arbitrariedades e abusos dos aplicadores do direito.

Conclui-se que a *era da ordem pública processual* passou e não encontra guarida dogmática no processo civil contemporâneo, dando lugar à *era da ordem constitucional e democrática processual*, percepção à qual se associa a ideia de *norma processual rígida*, *norma processual flexível* e *norma processual híbrida*, bem como os fundamentos do Estado Constitucional, exteriorizados na *legalidade*, *igualdade*, *segurança jurídica*, *confiança legítima*, *liberdade*, *legitimidade* e *participação*.

REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do Fato Jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro*. In: Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal. Org. João Calvão da Silva [et. al.]. São Paulo: Forense, 2017.
- _____. *O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Ano 37. Vol. 209. Julho, 2012.
- _____. *Jurisdição e Competência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Direito Intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coordenadores). *Processo Civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.
- KRELL, Andreas J. *A Relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito Constitucional e Administrativo*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no especial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I, atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. arts. 1º-45. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsóji, 1972.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SAEZ, Guy [et. al.]. *L'État sans qualités*. France: Presses Universitaires de France – PUF, 1982.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: do modelo juspositiva-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.