

Gustavo Henrichs Favero

CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO PROCEDIMENTO COMUM

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

Florianópolis
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

Favero, Gustavo
Contraditório participativo no procedimento comum
/ Gustavo Favero ; orientador, Pedro Miranda de
Oliveira, 2018.
226 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Contraditório. 3. Participação. I.
Miranda de Oliveira, Pedro . II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação
em Direito. III. Título.

Aos meus pais, por (serem meu) Tudo

Autotomia

Diante do perigo, a holotúria se divide em duas: deixando uma sua metade ser devorada pelo mundo, salvando-se com a outra metade.

Ela se bifurca subitamente em naufrágio e salvação, em resgate e promessa, no que foi e no que será.

No centro do seu corpo irrompe um precipício de duas bordas que se tornam estranhas uma à outra.

Sobre uma das bordas, a morte, sobre outra, a vida. Aqui o desespero, ali a coragem.

Se há balança, nenhum prato pesa mais que o outro. Se há justiça, ei-la aqui.

Morrer apenas o estritamente necessário, sem ultrapassar a medida.

Renascer o tanto preciso a partir do resto que se preservou.

Nós também sabemos nos dividir, é verdade. Mas apenas em corpo e sussurros partidos. Em corpo e poesia.

Aqui a garganta, do outro lado, o riso, leve, logo abafado.

Aqui o coração pesado, ali o *Não Morrer Demais*, três pequenas palavras que são as três plumas de um voo.

O abismo não nos divide.
O abismo nos cerca.

(Wisława Szymborska)

RESUMO

O presente trabalho visa responder ao seguinte problema de pesquisa: quais as significações teóricas e práticas do contraditório enunciado nos arts. 7º, 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015, em relação ao procedimento comum (art. 318 do CPC)? Para tal desiderato, utiliza-se o método de abordagem dedutiva, instrumentalizada por intermédio da técnica de pesquisa bibliográfica em fontes de cognição técnicas e atécnicas, primárias e secundárias, com o fito de consubstanciar conclusões por procedimento monográfico, composto de cinco capítulos. O primeiro destina-se a taxiar o fenômeno da “ciência” processual civil nos lindes da cultura, demonstrando que nenhuma ordem jurídica processual é infesa às vicissitudes e idiosincrasias de suas respectivas eras. O segundo, partindo da prévia noção culturalista do fenômeno jurídico, discursa acerca dos três modelos heurísticos de organização e hierarquia processual (adversarial-isonômico; inquisitivo-assimétrico; e colaborativo/participativo). O terceiro, possuindo como premissa a ideia de que, hodiernamente, vivifica-se o modelo organizacional colaborativo/participativo, engendra o valor-fonte de referida estrutura como sendo a junção da díade contraditório e colaboração, caracterizando o denominado contraditório participativo. Derradeiramente, os dois últimos capítulos analisam o procedimento comum sob a óptica dialética (em paralaxe), encetando o contraditório participativo no epicentro do formalismo processual.

Palavras-chave: Contraditório. Colaboração. Dialética. Procedimento.

ABSTRACT

The current writing aims to answer the following problem: what are the theoretical and practical meanings of the due process of law stated in the articles 7, 9 and 10 of the Brazilian Civil Procedure Code, in relation to the common procedure? To this end, the method of deductive approach, instrumented through the technique of bibliographic research is used to consubstantiate conclusions in a monographic procedure, composed of five chapters. The first chapter renders the phenomenon of civil procedural "science" on the borders of culture, demonstrating that no procedural legal order is infidel to the idiosyncrasies of their respective eras. The second chapter, starting from the previous culturalist notion of the legal phenomenon, discusses the three heuristic models of procedural hierarchy (adversarial-isonomic, inquisitive-asymmetric, and collaborative / participatory). The third one, based on the idea that the collaborative / participatory organizational model is the reigning one, junctions due process and collaboration, characterizing the so-called participatory due process of law. Finally, the last two chapters analyze the common procedure under the dialectical optics (parallax), disposing the participatory due process at the epicenter of procedural formalism.

Keywords: Due process of law. Contribution. Dialectic. Civil procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 PROCESSO CIVIL, CULTURA E PARTICIPAÇÃO.....	12
1.1 PROLEGÔMENOS.....	12
1.2 O PROCESSO JURISDICIONAL CIVIL COMO FENÔMENO EMINENTEMENTE LINGUÍSTICO-CULTURAL.....	15
1.3 AS SAZÕES METODOLÓGICO-CULTURAIS DO PROCESSO JURISDICIONAL CIVIL.....	21
1.3.1 Praxismo, sincretismo, imanentismo ou procedimentalismo.....	25
1.3.2 Autonomismo ou processualismo.....	33
1.3.3 Instrumentalismo.....	38
1.3.4 Formalismo-valorativo ou neoprocessualismo.....	44
1.3.5 Neoinstitucionalismo.....	48
1.3.6 Garantismo ou neoprivatismo.....	50
1.3.7 Pragmatismo.....	52
1.3.8 Breve fechamento.....	57
2 MODELOS DE HIERARQUIA PROCESSUAL.....	59
2.1 APORTES ENTRE PARTICIPAÇÃO E JURISDIÇÃO: O PROCESSO COMO PRESSUPOSTO À LEGITIMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	59
2.2 MODELO ADVERSARIAL-ISONÔMICO: O LIBERALISMO PROCESSUAL, PRINCÍPIO DISPOSITIVO (<i>DISPOSITIONSMAXIME</i>) E RACIONALIDADE PRÁTICA.....	64
2.3 MODELO INQUISITIVO-ASSIMÉTRICO: O SOCIALISMO PROCESSUAL, PRINCÍPIO INQUISITIVO (<i>UNTERSUCHUNGSMAXIME</i>) E O MODELO DE STUTTGART (<i>DAS STUTTGARTER MODEL</i>).....	72
2.4 CONFLUÊNCIAS ENTRE LIBERALISMO E SOCIALISMO PROCESSUAL: POR UM PROCESSUALISMO PARTICIPATIVO (<i>MITBETEILIGUNG</i>).....	80
3 FUNDAMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO.....	84

3.1 AUDIATUR ET ALTERA PARS: MATIZES HISTÓRICO-CULTURAIS.....	84
3.2 ISONOMIA, PARIDADE DE ARMAS E BILATERALIDADE DISCURSIVA (ART. 7º DO CPC).....	91
3.3 GARANTIA DE INFLUÊNCIA E NÃO SURPRESA (ARTS. 9º E 10 DO CPC); BOSQUEJO NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	97
3.4 COLABORAÇÃO E SEUS CONSECTÁRIOS (ART. 6º DO CPC). PROCESSO COMO COMUNIDADE DE TRABALHO (ARBEITSGEMEINSCHAFT, COMUNIONE DEL LAVORO).....	106

4 O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO EPICENTRO DO FORMALISMO PROCESSUAL: ANÁLISE DO PROCEDIMENTO COMUM NA PERSPECTIVA ENTRE AUTOR E ESTADO-JUIZ.....

4.1 DEMANDA E PETIÇÃO INICIAL.....	114
4.1.1 A delimitação fático-jurídica veiculada no libelo inicial (causa de pedir e objeto litigioso).....	117
4.1.2 Indeferimento liminar: limites e possibilidades.....	128
4.1.3 Correção do valor atribuído à causa.....	132
4.2 JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA.....	134
4.2.1 Julgamento <i>prima facie</i> de improcedência no CPC/73.....	134
4.2.2 Julgamento liminar de improcedência no CPC/15.....	138
4.2.3 O contraditório participativo no julgamento liminar.....	141
4.3 TUTELA PROVISÓRIA.....	147
4.3.1 Entre satisfatividade e cautelaridade: o problema da “natureza jurídica”.....	147
4.3.2 (Im)possibilidade de concessão <i>ex officio</i> de tutelas provisórias.....	152
4.3.3 Inconstitucionalidade por vulneração ao contraditório na tutela de evidência.....	159

5 O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO EPICENTRO DO FORMALISMO PROCESSUAL: ANÁLISE DO PROCEDIMENTO COMUM NA PERSPECTIVA ENTRE AUTOR, RÉU E ESTADO-JUIZ.....

5.1 (RE)AÇÃO, EVENTUALIDADE E REVELIA.....	166
5.1.1 Natureza jurídica da resposta.....	166

5.1.2 Releitura da eventualidade.....	174
5.1.3 Procedimentalização (estrutura dogmática).....	179
5.1.4 Revelia.....	181
5.2 SANEAMENTO.....	185
5.2.1 Prolegômeno estrutural.....	185
5.2.2 Saneamento compartilhado: <i>dúplice função</i>.....	191
5.3 PROVIMENTO JURISDICIONAL COMO COROLÁRIO DO CARÁTER DIALÓGICO DO PROCESSO: DA DECISÃO-SURPRESA À DECISÃO-PROJETO.....	199
5.3.1 Diálogo jurisdicional e participação na fundamentação (vedação às decisões-surpresa).....	199
5.3.2 “Questão de fato” e “questão de direito”: porque o adágio <i>iura novit curia</i> é um autoritarismo.....	211
CONCLUSÃO.....	220
REFERÊNCIAS.....	226

INTRODUÇÃO

O contraditório é corolário da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), valor-síntese do elo urdido entre princípios político-ideológicos de participação democrática e estruturas processuais, na medida em que estas obstam a alomorfia do *sujeito processual* em mero *objeto do processo*. A jurisdição-em-si, e os provimentos que dela promanam, tão-somente se qualificam e legitimam com a *participação dos interessados*, porquanto o processo jurisdicional é o lócus privilegiado do exercício direto e imediato do *poder pelo povo* (art. 1º, parágrafo único da CRFB).

Em uma compreensão sistêmica do Código de Processo Civil, ressaí capital o postulado da unidade, em sua acepção de coesão inferencial, haja vista não se interpretar a ordem jurídica em frangalhos, aos pedaços. A dogmática processual apresenta, neste viés, aparato lógico e íntegro, urdido por intermédio de axiomas substanciais, estampados na parte geral do Código (título único: das normas fundamentais), os quais devem ser aplicados aos institutos da parte especial.

É por isso que o presente escrito possui como finalidade precípua a análise procedimental de piso no Código de Processo Civil (art. 318 e ss) sob o prisma do contraditório (arts. 7º, 9º e 10 do CPC), valor-fonte haurido como garantia fundamental (art. 5º, LIV e LV da CRFB) e substrato lógico-dogmático à consecução de um modelo participativo de Justiça Civil (arts. 1º e 6º do CPC).

A própria legitimação da função jurisdicional, nesse viés, advém de um processo modelado pelo constante colóquio entre *partícepes* (sujeitos históricos de uma ordem concreta de valores – *konkreten Wertordnung*), pautado na isonomia (art. 7º do CPC), colaboração (art. 6º do CPC) e proibição de decisões em “solitária onipotência” (arts. 9º e 10 do CPC). Destarte, o formalismo processual - vocacionado à assecuração do amplo espectro de garantias fundamentais - é (re)construído com o escopo de colocar a técnica em seu ofício ancilar, sem, contudo, derrui-la ou relega-la ao ostracismo.

É por tal vereda teórica, ancorada na genealogia dos institutos processuais analisados, que se afiança a participação (por intermédio do contraditório) como vetor constitutivo e estruturante da processualística contemporânea, mormente através de técnicas endoprocessuais que fomentam o caráter discursivo-dialético do

processo e proscurem privilégios cognitivos no transcurso do mesmo. Em suma: a atividade jurisdicional é arquitetada *como e no* processo, compreendido este como espécime do procedimento, porquanto edificado de forma policêntrica, máxime a inexistência de focos de centralidade na comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre partes e Estado-juiz.

A pesquisa realizada utiliza-se do método de abordagem dedutivo, instrumentalizado por intermédio da técnica de pesquisa bibliográfica em fontes de cognição técnicas e atécnicas, primárias e secundárias, com o fito de consubstancializar conclusões por procedimento monográfico pentapartido.

O primeiro capítulo destina-se a taxiar o fenômeno da “ciência” processual civil (*Prozessrechtswissenschaft*) nos lindes da cultura, demonstrando que nenhuma ordem jurídica processual é infesa às vicissitudes e idiosincrasias de suas respectivas eras. Parte-se da premissa de que o processo jurisdicional é um fenômeno eminentemente linguístico-cultural, mediado pela argumentação, e, por conseguinte, constitui e estabiliza a forma de compartilhamento de sentidos enunciativos-descritivos. Destarte, a tecnicidade processual é consecutório-lógico de sua imersão no magma de significantes do momento cultural que lhe arrosta.

O segundo, partindo da prévia noção culturalista do fenômeno jurígeno – e estando discriminadas as *fases metodológicas* em que se fulcrou a ciência processual civil - analisa os *sistemas processuais* antagônicos que vigoraram (liberal e social) para assomar ao estágio hodierno: o modelo participativo fundamentado no Estado Constitucional Democrático. Portanto, discursa acerca dos três modelos heurísticos de organização e hierarquia processual (adversarial-isonômico; inquisitivo-assimétrico; e colaborativo/participativo).

O terceiro, possuindo como premissa a ideia de que, hodiernamente, vivifica-se o modelo organizacional colaborativo/participativo, engendra a díade contraditório-colaboração. Para tanto, assinala que o espectro mais rudimentar – e premente no liberalismo processual – do contraditório é o binômio informação-reação, estatuindo um modelo atômico ou mínimo de conformação de garantias *perante e no* processo (art. 7º do CPC). Também assinala que para além dessa diretriz formal, o contraditório, nos arts. 9º e 10 do CPC, desvela-se como garantia de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*), aglutinando-se à exigência de reação-informação (*Waffengleichheit*) o

dever de possibilitar a influência (*Chancengleichheit*) nos desígnios do processo. Desse modo, assomado ao modelo cooperativo (art. 6º do CPC), o órgão judicante insere-se na medula do contraditório, em simetria e paridade com os demais sujeitos na condução procedimental (*Rechtsschutzeffektivitat*), impondo-se os deveres de informação (*Informationspflicht*) ou orientação (*Rechts auf Orientierung*) em relação às partes - cujo corolário é o princípio da anterioridade (*Vorheringkeitsgrundsatz*), exercido mediante intervenção prévia ao julgamento (*Ausserung*) – e o dever de não apenas tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), mas efetivamente levar em consideração os argumentos debatidos (*Recht auf Berucksichtigung von AuBerungen*) de forma conscienciosa e refletida (*Erwagungspflicht*), exigindo-se do órgão julgador imparcialidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefahigkeit und Aufnahmebereitschaft*) na contemplação das razões exortadas, de forma a conferi-las atenção (*Beachtenspflicht*).

Derradeiramente, os dois últimos capítulos analisam o procedimento comum sob a óptica dialética (em paralaxe), encetando o contraditório participativo, nos termos vinculados no capítulo pretérito, no epicentro do formalismo processual. Analisa-se a delimitação fático-jurídica veiculada na inicial, com destaque à formação do objeto litigioso. Ainda, sob o aspecto do contraditório inicial entre autor e Estado-juiz, discorre-se sobre as possibilidades e limites do indeferimento do libelo, julgamento liminar de improcedência e algumas particularidades da tutela provisória. Com a integração do réu ao processo, o último capítulo assenta a remodelagem estrutural sobre a resposta (defendida aqui como reação), eventualidade, revelia, saneamento e fundamentação do ato sentencial.

1 PROCESSO CIVIL, CULTURA E PARTICIPAÇÃO

1.1 PROLEGÔMENOS

O processo, na ensinança de Carnelutti, nada mais é que método laboral vocacionado a possibilitar a formação e aplicação do direito.¹ Malgrado a autoridade da posição, discorda-se. Processo é escopo de legitimação² do poder³ e da democracia.⁴ Destarte, é o *locus*

¹ No original, o ensinamento carneluttiano: “processo é il metodo, mediante il quale si ottiene la pronuncia ufficiale di comandi giuridici (concreti), sai che preesistano sai Che no preesistano leggi (giuridiche) dele quali i comandi cconcreti costituiscano applicazione” (CANELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 19).

² Na lição de Vattimo, o significante “legitimação”, próprio da modernidade, é preferível ao termo “fundamentação”, eis que, segundo o autor, este detém conotação metafísica – isto é, na filosofia predominantemente ilustrada que depositara na razão uma espécie de afã sobre seu progressivo esclarecimento. (VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y emancipación: ética, política, derecho*. Barcelona: Paidós, 2004, p. 175-177). Ainda, nos dizeres de Heidegger, a metafísica traduziria o verdadeiro por aquilo que se dá ante os olhos, mantendo-os com caráter estável e definitivo. (HEIDEGGER, Martin. *Que é metafísica?* Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1989, p. 241). Ver também: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 598; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1.210; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. São Paulo: Paulus Editora, 1990, p. 1.113.

³ A única forma legítima de se exercer qualquer espécie de “poder” é através de um “processo”, segundo Dussel. (DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. trad. de Jandir João Zanotelli, São Paulo: Loyola, 1986, p. 24-25). Porque “assim, os grupos sociais mantêm sua coesão em uma oscilação pouco divertida entre ditadura e democracia, duas formas de organização cujos efeitos são avaliados ou pela exclusão de um bode expiatório, ou por um racismo mais ou menos larvado” (POMMER, Gérard. *Freud Apocalíptico?* Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p. 35).

⁴ Através do processo que o “jogo” democrático se desvela. A democracia exsurge com a “resgatabilidade” dos argumentos da minoria: “la regla dela mayoría conforme a la que, en los tribunales de justicia de composición colegial, en los Parlamentos o en los órganos concernientes a autoadministración [...] mantiene una relación interna con la búsqueda de la

do Estado Democrático de Direito.⁵ A Constituição italiana, refletindo a díade jurisdição-democracia, insculpe, em seu art. 102, I e II que “*la giustizia è amministrata in nome del popolo*”, sendo “*espressione della sovranità popolare*” e não podendo ser administrada “*senza il controllo del popolo in nome del quale i magistrati proclamano di render giustizia*”.⁶

Historiograficamente, os fundamentos do processo deitam raízes na *cognitio extra ordinem* romana⁷ e, menos arcaicamente, na ideologia liberal, na filosofia da consciência (razão moderna), busca da “verdade” e da “segurança” e no respeito a institutos jurídicos protetivos da individualidade e da autonomia privada.⁸

verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría solo representa una censura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 247).

⁵ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2011.

⁶ Para uma visão crítica, conferir: GIOSTRA, Glauco. *Processo penale ed informazione*. 2ª Ed., Milano: Giuffrè, 1989, p. 18.

⁷ Na historiografia romana, o processo civil foi dividido em três grandes sistemas: o da *legis actiones*, vigente desde a fundação de Roma; o *per formulas* (processo formulário), constituído anteriormente ao *ordo iudiciorum privatorum*; e o da *cognitio extra ordinem*, vigente até o crepúsculo do Império Romano do Ocidente (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 198). Também, conferir: KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 33-34; BRESTONE, Mario. *História do direito romano*. Trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 104-106.

⁸ Segundo Adalberto Narciso Hommerding, tais institutos seriam “o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, elementos típicos do modelo de direito praticado no Estado Liberal. Como método que é, o processo pretende assegurar todos esses resultados, ou seja, a verdade, a segurança, e mesmo a sua condição de (quase) o único instrumento para a realização do direito” (HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão*

Em uma perspectiva contemporânea, mister que o processo seja edificado como “instrumento democrático”,⁹ pois o jurisdicionado-cidadão dele se utiliza para a consecução de suas pretensões juridicamente tuteláveis.¹⁰ Tal acepção – do processo como instrumento da democracia – inescandivelmente revela consigo o ideal de processo como “procedimento em contraditório”,¹¹ com a conseguinte participação dos sujeitos enredados.

Malgrado o refinado discurso ora idealizado, o processo (ainda) não se reveste dos caracteres aqui exortados. Continua, ontologicamente, como estrutura de poder.¹² É mera forma de conservação deste, produção heterônoma da ordem simbólica da sociedade, cristalizada pelo senso-comum teórico.¹³

hermenêutica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91).

⁹ DENTI, Vittorio. *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 129.

¹⁰ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera Edición. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 151-152.

¹¹ Conforme Fazzalari, “procedimento se coglie quando ci si trova de fronti ad una serie di norme ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza el compimento di un’attività regolata da altra norma della serie, e così via fino a la norma regolatrice de un atto finale” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, Cedam, 1992, p. 60). A esse respeito, também: ARAÚJO, Sérgio Luis de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Síntese, 2001.

¹² Acerca de referida “estrutura de poder” e suas divisões em macro-poder e micro-poder, consultar: MARX, Karl. *Manuscritos econômicos*. São Paulo: Boitempo, 2004, p.79-90; FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 66.

¹³ O senso-comum teórico no Direito Processual Civil é o alcance da verdade e da segurança jurídica. “Métodos ilusórios, enobrecidas crenças, desapercibidos silêncios envolvem as práticas interpretativas dos juristas de ofício Teorias e práticas encarregadas de garantir a institucionalização da produção judicial e da normatividade e seus efeitos de poder na comunidade [...] são usos complacentes da lei que guardam, como em cofres de sete chaves, os princípios

Se isso não bastasse em-si, o *telos* processual sacramental: a neutralidade do julgador, a busca da verdade¹⁴ e a justiça. Neste viés, é mero mito assecla de outros mitos. A função do direito e do processo é a mitigação de complexidades, estabilizando expectativas. Desse modo, “não interessa que o direito seja justo (assim, não existe algo como justiça ou indisponibilidade, que são meros símbolos, com que se convocam boas intenções; decisivo, numa sociedade altamente complexa, é apenas que o direito funcione reduzindo complexidades)”¹⁵.

Ademais, o processo baliza-se em falácias, autodenominadas de “escopos processuais”,¹⁶ tal como a “pacificação social”. Tal crença é utópica, conquanto sequer intersubjetivamente se desvela como mecanismo idôneo ao sepultamento das pulsões sociais advindas de litígios.¹⁷

de controle da produção dos discursos jurídicas” (WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre, Fabris, 1994, p. 19).

¹⁴ ANGEL RUSSO, Eduardo. *Teoria general del derecho: em la modernidade y em la posmodernidade*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 337. Afinal, “o mito confere à complexidade dos atos humanos a simplicidade das essências, organizando um mundo sem contradições, aparentando uma clareza onde translucidamente se podem constatar ou reconhecer valores, e pretendendo que o receptor visualize sempre uma situação de normalidade decorrente da natureza das coisas. Assim, o mito passa a ser caracterizado como um discurso de neutralização” (HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 95).

¹⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 536.

¹⁶ Os malsinados “escopos processuais” são de toda ordem: escopos sociais, escopos políticos e escopo jurídico (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 159).

¹⁷ Kant, formulando sua doutrina jurídica, “tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas. Quando o direito positivo sucedeu ao natural, momento em que todos os meios legítimos de usar a força transformaram-se em autorizações para iniciar uma ação judicial, ao mesmo tempo, os direitos privados subjetivos

Ululante a constatação de que o processo civil se encontra descontextualizado das promessas encampadas pela (pós)modernidade,¹⁸ pelo constitucionalismo contemporâneo¹⁹ e pela Democracia participativa.

O que se pretende, portanto, com este capítulo, é a (re)construção e a (re)compreensão dos paradigmas que transvazam o direito processual civil. Com a gênese do processo como fenômeno linguístico e cultural, assoma-se as fases metodológicas da matéria, desbocando em uma teoria democrática processual centrada no

foram complementados, através de direitos de defesa estruturalmente homólogos, contra o próprio poder do Estado” (HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 500). Por intermédio deste ranço histórico se explica a feição individualista do processo e do direito como um todo.

¹⁸ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito, marxismo e liberalismo*. Florianópolis: Ed. Cesus, 2001, p. 56. Para Chevallier, o Brasil ainda não chegou à pós-modernidade, sendo exemplo de um autêntico Estado Moderno, vinculado à noção tradicional de Estado como detentor do monopólio da força (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21).

¹⁹ O constitucionalismo contemporâneo não se confunde com neoconstitucionalismo: “o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleo-juspositivismo* (Ferrajoli) na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos valores. Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o constitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito ‘novo’ (poder-se-ia dizer, um direito ‘pós-Auschwitz’ ou ‘pós-bélico’, como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial. Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão ‘neo-constitucionalismo’ para mencionar aquilo que venho apontando em toda a minha produção acadêmica: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Por isso, passo a denominar esse constitucionalismo de Constitucionalismo Contemporâneo (com letras maiúsculas)” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 125).

contraditório participativo (junção dos primzados do contraditório e da colaboração) e seus aportes como pressupostos à legitimação do processo no estado constitucional e democrático de direito.

1.2 O PROCESSO JURISDICIONAL CIVIL COMO FENÔMENO EMINENTEMENTE LINGÜÍSTICO-CULTURAL

No princípio era o verbo.²⁰ Empós, o verbo se transmudou em mito.²¹ E, como mito criado pela humanidade, o processo é uma ficção que se “corporifica” por intermédio de signos linguísticos. Mediante a linguagem que o homem ascende como artífice de seu mundo, consoante Heidegger,²² ou, conforme Agamben,²³ é o pacto que os seres humanos fazem pela linguagem que os diferencia dos demais seres vivos.

Inarredável a consideração, portanto, de que a semiótica assume caráter nevrálgico no alvorecer do século XX para o mundo

²⁰ Sem qualquer conotação religiosa, o que se pretende é apenas a utilização da narrativa épica como o princípio de interpretação. Sobre o assunto: GADAMER, Hans Georg. *L'inizio della filosofia occidentale*. 5ª Ed., Milano: Angelo Guerini, 2001, p. 18.

²¹ No contexto das sociedades arcaicas, mitos são representações coletivas, transmitidas intergeracionalmente, com a função precípua de fornecer significação ao mundo e a existência. É narrativa de uma criação, buscando explicar como algo foi produzido ou começou a ser. Neste sentido: ELIADE, Mirea. *Mito y realidad*. Barcelona: Labor, 1983, p. 19; HIRSCHBEGGER, Johanne. *História da filosofia na antiguidade*. São Paulo: Herder, 1965, p. 30; JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 94.

²² HEIDEGGER, Martin. *Conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 87. É clássica outra passagem heideggeriana: “a linguagem é a casa do ser. Nesta habitação do ser mora o homem. Os pensadores e os poetas são guardas desta habitação” (HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. 5ª Ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1998, p. 31).

²³ AGAMBEN, Giorgio. *O sacramento da linguagem: arqueologia do juramento*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 12.

jurídico,²⁴ mormente no que pertine à compreensão epistêmica de seus fenômenos, eis que estes se constituem estruturalmente pela (e na) linguagem.²⁵ O direito é mecanismo discursivo-narrativo,²⁶ de maneira que compreendê-lo e edificá-lo diuturnamente como tal é tarefa que implica diatribes que não podem se olvidar aos mais recentes desenvolvimentos da filosofia da linguagem e da semiologia.²⁷

A mutação de “paradigma”²⁸ (da doutrina oitocentista, impregnada pela racionalidade cartesiana e pela filosofia da consciência, para a filosofia da linguagem) ainda não está verdejante e pungente no direito.²⁹ Especialmente na seara processual civil,

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 217. Em igual sentido: TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 107.

²⁵ Neste sentido: SCHWARTZ, Germano. *A Constituição, a literatura e o direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006, p. 65, para quem “o mundo das Leis compõe-se antes de palavras que de Leis. Às leis precedem os verbos, as construções sintáticas, a morfologia e a semântica que permitirá entender o que se pretende comunicar. Às Leis precede o texto”.

²⁶ Sobre a Teoria Narrativista do Direito, ver: GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; e GONZÁLEZ, José Calvo. Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio. In: *Horizontes de la filosofía del derecho*: libro en homenaje al Professor Luis Garcia San Miguel. Tomo II. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares, 2002. p. 102.

²⁷ AGUIAR E SILVA, Joana. *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 130; e, também: FREITAS, Raquel Barradas de. *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1990.

²⁸ O uso do termo “paradigma” não parece o mais adequado. A uma, porque não se pode aplicá-lo fora das ciências naturais; a duas, o conceito pressupõe a refutação definitiva de um paradigma por outro em sucessão cronológica. Por isso, melhor a utilização do termo “matriz”. Neste sentido: KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª Ed., São Paulo: Perspectiva: 1994, p. 15.

²⁹ Muitos juristas ainda ignoram que “o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem e atinge-nos através dessa linguagem, que é” (CASTANHEIRA

vislumbra-se a proteção arrefecida aos direitos patrimoniais em detrimento dos direitos pessoais,³⁰ além de apostar no instrumentalismo e no protagonismo judicial.

Existe ainda um utópico comprometimento da ciência processual civil – mormente pelo legado romano-canônico³¹ - com o racionalismo,³² cujo postulado indefectível é a busca da “verdade”. Ignora-se tenramente as novéis nuanças de todo um plexo de ciências reformuladas, como também se ignora a própria evolução cultural, política e social.³³ Continua-se apostando em modelos anacrônicos, sob o invólucro da “verdade” e da “segurança”. Basta vislumbrar a universalização do procedimento comum, cuja gênese é a *actio romana*,³⁴ no atual estágio do processualismo contemporâneo, em

NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 90).

³⁰ O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) é pródigo na disciplina das ações possessórias, enquanto dedica apenas um artigo à tutela inibitória, sabidamente o mecanismo mais hábil à proteção dos direitos de personalidade. Sobre o assunto: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

³¹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 15).

³² O racionalismo é conceito histórico abrangente que influenciou vasta gama de correntes filosóficas. Quando se refere ao conceito, faz-se alusão ao pensamento dos séculos XVII e XVIII, isto é, aquele cujo o qual todo conhecimento advém da razão, único modo de alcançar-se uma pretensa “verdade absoluta”. É a doutrina retratada pelo método cartesiano. Sobre o tema: DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 45.

³³ Darci Ribeiro retrata e ressalta a importância de uma nova leitura processual: “o direito processual não pode mais ser dissociado de uma leitura constitucional, isto é, os institutos processuais criados sob a égide de valores constitucionais informados pelo Estado Liberal devem, inevitavelmente, ser relidos à luz dos novos valores constitucionais trazidos pelo atual Estado Democrático de Direito” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *A concretização da tutela específica no direito comparado. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, 2006, p. 74).

³⁴ Segundo Ovídio Baptista, “a *actio*, para o sistema processual do *ordo iudicorum privatorum*, deriva sempre de uma *obligatio*” (SILVA, Ovídio

obsequente subserviência à perquirição de “verdades” e de “segurança”.³⁵

Se isso não bastasse, similarmente se descursa (ou solenemente ignora-se) das contribuições advindas da filosofia da linguagem e, mais especificamente, do giro linguístico (*linguistic turn*)³⁶ e da semiótica³⁷ - forma como se desvelam os signos através d'uma tríade investigatória:³⁸ semântica, sintaxe e pragmática.³⁹

Araújo Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15). Ainda, imperioso ressaltar que, em Roma, o procedimento da *actio* se universalizou, subjugando as demais espécies de tutela. Sobre o tema: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63.

³⁵ O Código de Processo Civil de 1973, mesmo com as alterações posteriores, era pródigo em demonstrar seu compromisso com a filosofia racionalista, a exemplo dos artigos 120, parágrafo único; 285-A; 469, inciso II; 515, parágrafo 3º; 527, inciso I; 557, *caput* e parágrafo 1º-A.

³⁶ Leonard Schmitz, com esteio em Lenio Streck, leciona que: “o que se costuma chamar de *linguistic turn*, ou giro linguístico, foi a percepção de que todo pensamento é signo; a palavra ou o signo que utiliza o homem é o homem mesmo; o pensamento é de natureza linguística; não se pensa em signos; o vir a ser de um interprete é dependente do ser do signo, muito mais do que o ser de um ato de interpretação do signo. Diferentemente do que a filosofia da consciência sugeria, descobriu-se que os limites do mundo cognoscível são os limites da linguagem, e que quando o Sujeito raciocina, já o faz linguisticamente” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 41). Isto é, não se interpreta para compreender, mas, primeiramente, compreende-se para interpretar. Para tanto, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, cap. V.

³⁷ A semiótica estuda o mundo das representações e dos signos (linguagem). É, em apertada síntese, como os seres humanos reconhecem e interpretam o mundo em que estão imersos, a partir de inferências em nossa própria consciência. Semiótica, etimologicamente, advém da expressão grega “sêmeion” (NOTH, Winfried. *Panorama da semiótica: de Platão a Peirce*. São Paulo: Annablume, 1995, p. 21). Embora entre os Gregos já houvesse um incipiente estudo da disciplina, foi somente com Ferdinand Saussure e Charles Sanders Peirce que a mesma ganhou os contornos como conhecemos. Para aprofundamento,

Mediante a argumentação que se desenvolve a mais excelsa forma da linguagem,⁴⁰ que, no processo participativo e democrático, constitui e estabiliza a forma de compartilhamento de sentidos enunciativos-descritivos.⁴¹

Dessume-se, que, ao revés do que o senso-comum processual soberanamente impõe – o processo civil seria primeiramente um monumento técnico,⁴² indene de fatores linguísticos e culturais⁴³ -, a

consultar: SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 1998; e PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1977.

³⁸ ULLMANN, Stephen. *Uma introdução à ciência do significado*. 5ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 14.

³⁹ Conceituando tais categorias linguísticas, Warat assim se pronuncia: “a sintaxe, segundo Carnap, é a parte da semiótica que, prescindindo dos usuários e das designações, estuda as relações dos signos entre si. Portanto, a sintaxe é a teoria da construção de toda linguagem [...] a semântica estuda os signos em suas relações com os objetos a que se referem. Segundo Ferrater Mora, ela se ocupa em averiguar os modos e as leis segundo os quais as palavras aplicam-se aos objetos [...] a pragmática é a parte da semiótica que estuda a relação dos signos com os usuários” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 40, 45).

⁴⁰ POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. São Paulo: EDUSP, 1975, p. 220.

⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 70.

⁴² Basta ler o item 5 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, escrito por Alfredo Buzaid: “na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis do nosso tempo. Não se veja nessa confissão mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que em criar, nem despreço aos méritos de nosso desenvolvimento cultural. Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal. [...] Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça”.

tecnicidade é consecutório-lógico de sua imersão no magma de significantes⁴⁴ do momento cultural que lhe arrosta.⁴⁵ Não se olvida o viés e estruturação técnica do processo.⁴⁶ Entretanto, tal tecnicidade não oblitera a gênese do formalismo processual,⁴⁷ que é a linguagem ensartada com (e na) cultura.⁴⁸ Não poderia ser diferente, porquanto o direito processual civil se afigura como o “ramo das leis mais rente à vida”, na feliz dicção de Pontes de Miranda.⁴⁹

⁴³ É o que o processualismo científico chancelava, no século XIX, como, por exemplo: BULOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ejea, 1964. Para uma abordagem crítica da matéria, consultar: TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 43.

⁴⁴ Segundo Castoriadis, o “magma de significantes” é o que permite ao sujeito pensar sua dimensão criadora do contexto social, histórico e cultural. Sobre o tema: CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. vol I. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 535.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005, p. 10: “seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história. É em direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir”.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 Ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.

⁴⁷ Formalismo processual, na acepção empregada por Alvaro de Oliveira, isto é, “a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, p. 6).

⁴⁸ HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 75.

⁴⁹ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. XIII, prólogo, tomo I.

“Cultura”, evitando-se digressões estéreis e teratológicas,⁵⁰ e sem pretensão de qualquer engessamento ou esgotamento da questão,⁵¹ para os fins do presente escrito, é o imanente à realidade social de determinada civilização, produto coletivo da vida humana, sem decorrer de fatores físicos ou biológicos,⁵² composto por um elemento dinâmico representativo de valores.⁵³

O direito e o processo, como fenômenos sócio-culturais, criados pela reflexão racional,⁵⁴ não advindos da ordem natural,⁵⁵ variegam conforme a época e a mentalidade reinante.⁵⁶ É por isso que se

⁵⁰ O próprio Miguel Reale adverte que “a primeira questão que merece nossa atenção é quanto à amplitude da palavra ‘cultura’, já em si mesmas multívoca e polêmica, não havendo conceito dela que possa ser acolhido sem reservas ou fortes contraditas” (REALE, Miguel. *Conceito de cultura: seus temas fundamentais*. In: *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4).

⁵¹ Terry Eagleton adverte que “cultura é considerada uma das duas ou três palavras mais complexas de nossa língua” (EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2005, p. 9).

⁵² SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 45.

⁵³ CARVALHO, José Maurício de. *Filosofia da cultura: Delfin Santos e o pensamento contemporâneo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 19.

⁵⁴ FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. In: *Rivista di Diritto Civil*. Padova, ano XXXIV, n. 1, gen.-feb. 1988, p. 5 e 14. Afirma o autor (p. 14): “la collocazione del diritto nel corpo della cultura e la identificazione del nesso di implicazione necessaria tra cultura e spiritualità portano a configurare il sistema giuridico come un prodotto della riflessione razionale. È sempre la riflessione che dà inizio alla vita spirituale. Essa serve principalmente, se non esclusivamente, a confrontare tra di loro, a coordinare e organizzare sistematicamente i molteplici e spesso contrastanti bisogni della vita, ed ad interpretarli, qualunque que sia la loro sfera di origine, spritualmente. L’attività di organizzazione e di coordinamento sta alla base del diritto, il cui compito consiste nel regolare l’azione dei consociati in funzione dei bisogni sociali; il processo di spiritualizzazione, a sua volta, porta al livello umano i bisogni della vita materiale e della vita animata”.

⁵⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 22.

⁵⁶ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, ano II, v. 3, janeiro-junho de 1961, p. 75; TARUFFO,

utilizou, até os idos do século XX, um processo encampado por uma espécie de proselitismo atávico,⁵⁷ edificado e (re)adaptado para o homem do início do século XIX⁵⁸ - por tal razão é que, entre outros exemplos, não se imaginava factível a tutela específica nas ações de execução.⁵⁹

Não obstante, as discrepâncias do direito processual civil ante a realidade fática e social vivificam o que aqui se externa: o processo é, antes de técnica, fenômeno linguístico e cultural. Posto que, se assim não fosse, não granjeariam anélito as profusas alterações legislativas ocorridas desde a última década do século passado,⁶⁰

Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009, p. 9.

⁵⁷ Para Ovídio Baptista, as “nossas instituições processuais não apenas são idênticas às concebidas pela velha doutrina, como, em suas linhas mestras, reproduzem princípios, categorias e institutos praticados pelo direito romano decadente [...] aos que se dão trabalho de meditar sobre o fosso criado entre o ‘mundo jurídico’ e a realidade social poderá aparecer, no mínimo, curiosa a crença que envolve a doutrina processual contemporânea de que teríamos conseguido manter o processo civil identificado com o novo mundo deste início do século XXI, valendo-nos dos mesmos princípios, das mesmas estruturas e mesmos instrumentos processuais utilizados pelos juristas do ocaso e do império romano” (BAPTISTA DA SILVA. Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 90).

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010, p. 182; MITIDIERO, Daniel, ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil. In: *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 11.

⁵⁹ Ensinava Liebman que “se a coisa devida, genérica ou em espécie, não é encontrada no patrimônio do devedor; se este recusa a cumprir a obrigação de fazer, ou não fazer e esta é de caráter pessoal infungível, - eis aí casos diferentes, em que o órgão judicial não pode nem mesmo com o emprêgo da força satisfazer em forma específica o direito do credor” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 32).

⁶⁰ A exemplo das Leis n.ºs 8.952/94, 9.245/95, 10.444/02, 11.187/05, 11.232/05, 11.277/06, 11.382/06, sempre com o ideal precípuo de mitigar o descompasso entre tutela jurisdicional e efetividade procedimental.

culminando com um novel Código de Processo Civil. Destarte, a cultura se perfaz como força-motriz da técnica processual, antecipando-a em sua forma e em sua essência.⁶¹

Se o(s) fenômeno(s) cultural(ais) solidifica(m)-se como condicionantes à mutação processual, não se pode tergiversar que o contrário também é válido.⁶² O processo labuta como condição de possibilidade transmudativa da própria cultura de um povo.⁶³ E assim o faz porque, como esta, é subsistema⁶⁴ do sistema social. Como criaturas xilófagas, adstritas ao mesmo fim, a resmuda ou somação em uma inarredavelmente assesta a outra. Pelo dúctil arco procedimental do processo é que protagoniza a lei seu papel no teatro da heurística histórico-social,⁶⁵ e, com a genealogia processual raizada na cultura, é por intermédio desta que se chancelam as escolhas daquele.⁶⁶

⁶¹ BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporane. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1972, p. 258.

⁶² SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 7.

⁶³ JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 14. Não destoa Cappelletti, quando assevera: “è così che il compito dei processualisti è cresciuto enormemente. Ci consideravano una volta i sacerdoti di una scienza – o arte – neutrale. Oggi sappiamo che storia e scienza politica, economia e sociologia sono divenute ingredienti necessari del nostro lavoro. La procedura è invero lo specchio fedele di tutte le maggiori esigenze, problemi, affanni della nostra epoca – dell’immensa sfida della nostra época” (CAPPELLETTI, Mauro. *Aspetti sociali e politici della procedura civile*. In.: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 105).

⁶⁴ Subsistema e sistema são aqui empregados na acepção luhmanniana. Sobre o tema: LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Barcelona: Anthropos, 1996. E, especialmente sobre a Teoria Sistemica no Direito: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

⁶⁵ HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d., p. 07: “a história funciona – já se sugeriu – como um instrumento de crítica e de heurística. Como um instrumento de crítica ela revela o carácter epocalmente situado dos paradigmas políticos e jurídicos atualmente dominantes, nomeadamente, do “estatismo” e o

Em provisória e apertada síntese, forçoso considerar a interseção entre processo, linguística e cultura não como fator de erudição ou pedantismo, mas metodologia de compreensão do fenômeno jurígeno, haja vista a dimensão positiva do direito amalgamar-se em tradições,⁶⁷ sem redundar em uma cerebrina e suposta evolução do pensamento humano.⁶⁸

1.3 AS SAZÕES METODOLÓGICO-CULTURAIS DO PROCESSO JURISDICIONAL CIVIL

Categoricamente vincada a premissa da relação medular entre a tríade “processo-linguagem-cultura”, insta gizar a existência, no (trans)curso histórico, de fases metodológicas concernentes ao estudo da

“legalismo”. Como instrumento de heurística, ela sugere modelos alternativos de viver o direito e de o relacionar com outras “tecnologias disciplinares”, patenteando, também, as condições sociais, culturais e políticas de que dependem”.

⁶⁶ Em outras palavras: “é no processo que se dá a atuação da lei perante a sociedade e, tendo suas normas natureza instrumental e o escopo primordial de realização de justiça, é natural que sofra as influências da experiência e do momento cultural vivido pela sociedade em que resta inserido, que elegerá, por sua vez, os procedimentos adequados a cada situação da vida, de acordo com as necessidades e prioridades por ela eleitas” (BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 18).

⁶⁷ Para maior aprofundamento: OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991; SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007; KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

⁶⁸ VEYNE, Paul. *Como se escreve a história: Foucault revoluciona a história*. Brasília: UNB, 1998, p. 272: “não existe verdade transitória concreta, natureza humana material, retorno de um recalque, pois a ideia de uma inclinação natural recalcada só tem sentido no caso de um indivíduo que teve sua própria história; no caso das sociedades, o recalque de uma época é, na realidade, prática diferente de uma outra época, e o eventual retorno desse pretensão recalque é, na realidade, a gênese de uma nova prática”.

matéria. Afinal, “se a cada modelo processual incumbe a tarefa de dar vazão às estratégias de poder historicamente delineadas, urge a necessidade do estudo dos períodos históricos mais relevantes à compreensão deste fenômeno”.⁶⁹ Por isso “se mantém atrelado a determinado momento cultural de uma sociedade que o aprisiona no tempo, até que seja, novamente, modificado pelo rompimento de algum paradigma cultural ocorrido”.⁷⁰

Ora, “os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e *experts* isolados”.⁷¹ Nessa toada, a invocação da cultura como instrumental para compreender qualquer processo de resolução de litígios não é apenas defensável, como necessária.⁷² Se isso não bastasse

⁶⁹ SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia do poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

⁷⁰ JOBIM, Marco Félix. *Teoria, história e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 95.

⁷¹ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21. O Autor, em outra passagem da obra, assim se manifesta: “seja nas culturas místicas adotadas pelos Azande na colheita, na produção e na utilização de *benge* ou nas normas que disciplinam o discurso, o comportamento e os lugares a serem ocupados nos Tribunais, as práticas inerentes à resolução de disputas são repletas de rituais. Por que o ritual é tão eminente nos meios formais de decisão de conflitos em tantas sociedades? Como essa ritualização se relaciona com os temas deste livro? [...] indicarei dois pontos específicos, relacionados com minha tese central a respeito da natureza reflexiva entre a cultura e a resolução de conflitos. O primeiro é que, na análise de disputas, as instituições estabelecem práticas e cerimoniais em favor de sua própria legitimidade. Para permitir este desenho, tais cerimônias devem possuir similitude cultural e se associar a outras instituições já reverenciadas – de modo que, novamente, a resolução oficial do conflitos recorra à cultura e a reflete [...] meu segundo argumento é que, após legitimadas, as práticas rituais adquirem poder simbólico próprio” (CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 101).

⁷² SHWEDEN, Richard A.; HAIDT, Jonathan. Cultural psychology of emotions: ancient and new. In: SHWEDEN, Richard A. *Why do men barbecue?* Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 136.

de per si, imprescindível perلustrar as origens históricas porque “o estudo da formação e da composição do direito processual civil brasileiro compreende três aspectos interligados: (a) o histórico; (b) o ideológico; e (c) o científico. Vistos conjunta e retrospectivamente, constituem a epistemologia da ciência processual”.⁷³

É de sabença que o processo, ou, ao menos, as formas processuais, foram primalcialmente vocacionadas a salvaguardar as liberdades individuais face à onipresença e arbítrio estatais.⁷⁴ Portanto, sempre esteve impregnado de manifestos políticos e ideológicos, cuja presença se perfaz de forma mais ou menos incipiente a depender das fases e modelos processuais adotados.⁷⁵ Além do mais, é lugar comum que a emergência estatalista – e todo seu aparato burocrático - adveio da batalha por autoafirmação dos sujeitos,⁷⁶ que posteriormente se constituiu, de forma contingente, em seu espaço de ação.⁷⁷

Assim, “é evidente, como sempre se dá na historiografia, que esses estágios não são delimitados de forma estanque ou isolada, como se fossem produto de uma decisão irrevogável e universal. Um estágio metodológico é uma visão de mundo. E, como visões de mundo, compartilham-se e disputam-se reciprocamente, caminham interagindo,

⁷³ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1970, vol. IV, p. 168.

⁷⁵ BECKER, Laércio Alexandre. A estória do processo entre a magia e o absurdo. In: *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 64

⁷⁶ A “autoafirmação” significa um programa existencial segundo o qual o homem posiciona sua existência em uma situação histórica e indica para si mesmo como lidar com a realidade que o circunda e qual uso ele fará das possibilidades que lhes são abertas (BLUMENBERG, Hans. *The legitimacy of the modern age*. Massachusetts: MIT Press, 1985, p.138).

⁷⁷ Embora, ainda, no direito processual civil, não se tenha pensando no vínculo existente entre sujeito-jurisdicção-processo, isto é, não se doutrinou quais seriam as consequências do conceito filosófico de “sujeito” em conjunto com o conceito “jurisdicção”.

positiva ou negativamente, um estágio criando o outro ou recriando a si mesmo”.⁷⁸

Adianta-se que o escrito não se imiscuirá no debate acadêmico de (tentar) definir a fase metodológica⁷⁹ ora imperante,⁸⁰ mas tão-somente descrever analiticamente as premissas cardinais das eleitas

⁷⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 20.

⁷⁹ Cândido Rangel Dinamarco utiliza o termo “momentos metodológicos”, enquanto que Daniel Mitidiero e Fredie Didier Junior preferem o termo “fases metodológicas” para designar as grandes linhas de pensamento do direito processual no decorrer da História (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12 ed. Salvador: Podium, 2010. v. 1. p. 26-29).

⁸⁰ A discórdia reina nesta questão. Por exemplo, para Marcelo Bonicio, estar-se-á perante a fase instrumentalista (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Introdução ao processo civil moderno*. São Paulo: Lex, 2010, p. 22). No mesmo norte: GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 27; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, vol. I, p. 8. Em sentido diametralmente oposto, entendendo a existência de uma fase posterior ao instrumentalismo: PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. *Lições sobre teorias do processo civil e constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 21. Todavia, quanto à “quarta fase” ainda restam dúvidas. Alguns entendem que ela é o formalismo-valorativo (ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010), outros, que é o neoprocessualismo (ver: CAMBI, Eduardo. *Neoprocessualismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas se protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; e HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, processo e Constituição: tendências do direito processual civil à luz do neoprocessualismo*. Florianópolis: Conceito, 2013) e outros entendem estar-se perante o neoinstitucionalismo (LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013; LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008).

como mais relevantes.⁸¹ Não se discorrerá acerca das primeiras legislações da humanidade, de priscas eras, como os sumerianos e seu Código⁸² de Hamurabi,⁸³ o Deuteronômio dos Hebreus,⁸⁴ a jurisdição sacerdotal do Antigo Egito,⁸⁵ estabelecida pela comunhão das três principais cidades – Mênfis, Tebas e Heliópolis -, os povos Assírios e Persas, as leis de Manu, dentre outras.⁸⁶ As digressões partirão, destarte,

⁸¹ Não se discorrerá, por exemplo, acerca das denominadas “fases” primitiva e judicialista, presentes na obra do jurista espanhol Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Evolución de la doctrina procesal. In: CASATILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México: UNAM, 1974, t. II), refutadas por Lamy e Rodrigues: “o período primitivo inicia-se com a própria história da humanidade e atinge o século XI d.C. Nesse período não havia propriamente obras de direito processual: apenas análises esparsas acerca da justiça e de seu funcionamento” e a escola judicialista “nasceu com a criação da Universidade de Bolonha, em 1808 d.C. tendo assim se denominado por ser o juízo (*judicio, iudicium*) um termo tão enraizado na linguagem processual da época, que o mesmo se destaca nos trabalhos aí produzidos” (LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 52).

⁸² CARVALHO, Milton Paulo de. Esforço histórico do direito processual civil brasileiro. In: _____. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 41: “A histografia atribui o nome de códigos a alguns corpos legislativos de sociedades rudimentares, nos primórdios da civilização, apenas por analogia com os códigos modernos, eis que na verdade constituíam, a um tempo, regras ora de cunho religioso, ora definições de programa social. Assim os Códigos de Hammurabi e de Manu”.

⁸³ Para um estudo aprofundado do tema, consultar: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. 3ª Ed., Barueri: Manole, 2002, p. 20

⁸⁴ MELAMED, Rabino Meir Matzliah. *A lei de Moisés e as “Haftarot”*. 6ª Ed., São Paulo: Templo Israelita Brasileiro Ohel Yaacov, 1996, p. 303.

⁸⁵ Para uma análise completa do tema: SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado (histórico e contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 22; PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 20.

⁸⁶ Recomenda-se a leitura do capítulo 1 da seguinte obra: GONÇALVES, William Couto. *Filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

do Direito Romano, embora não se negue as contribuições gregas⁸⁷ ao processualismo.

Também não se minudenciará as vicissitudes e idiossincrasias do direito processual brasileiro,⁸⁸ até porque, conforme Pontes de Miranda, não se pode estudar o Direito no Brasil desde as sementes, pois nasceu em galho de planta trazido pelo colonizador português.⁸⁹ Destarte, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, bem como o Regulamento n. 737 de 1850, a Consolidação do Conselheiro Ribas, todos os Códigos de Processo Civil estaduais e o Código de Processo Civil de 1939 não serão abordados, por escapar do corte epistemológico deste trabalho.⁹⁰

⁸⁷ Discorrendo acerca de tais contribuições: LANES, Julio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8. Impende pontuar, entretanto, que “no Império Grego, a par da distinção das ações em públicas e privadas, identificam-se os chamados tribunais de sangue, os tribunais populares, e também um sistema de arbitragem que oferecia grandes vantagens aos que dependiam da justiça” (GONÇALVES, Willian couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28). Para aprofundamento: PODETTI, Ramiro. *Teoria y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 26; ARNAOUTOGLU, Ilias. *Leis da Grécia antiga*. São Paulo: Odysseus, 2003, p. 31. José Cretella Júnior, sobre a influência das doutrinas helênicas na edificação da “catedral do direito” diz que: “de um modo geral, nas obras de Cícero, Sêneca, Lucrécio, Marco Aurélio, bem como nos escritos jurídicos de Celso, Ulpiano, Gaio, Papiniano, Paulo e Modestino, a influência dos pensadores gregos é constante, apontando-se, aqui e ali, nas definições, nos exemplos, nas colocações, traços do pensamento aristotélico, platônico, socrático, estoico e epicureu” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 101).

⁸⁸ Para uma análise completa e erudita do direito processual civil nacional, desde o “descobrimento” pelos portugueses, consultar: PACHECO, Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2ª Ed., São Paulo: Forense, 1981, p. 27.

⁹⁰ Para uma análise completa da história nacional do processo civil, conferir: PAULA, Jônata Luiz Moreira de. *História do direito processual civil*

1.3.1 Praxismo, sincretismo, imanentismo ou procedimentalismo⁹¹

A fase epigrafada congrega as vicissitudes ocorridas antes de exsurgir uma “ciência processual” propriamente dita. É, em linhas gerais, o primórdio do processo civil, configurando a pré-história processual.⁹² Outrossim, “no estágio sincretista ou imanentista – temporalmente, o mais longo –, não se registrava um direito processual cientificamente autônomo, pois as categorias que hoje lhe são inerentes não eram destacadas e organizadas segundo metodologia própria”.⁹³

brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo. Barueri: Manole, 2002.

⁹¹ Sobre as discrepâncias terminológicas, sistematiza a matéria Carreira Alvim: “a fase sincretista do processo subdivide-se em: a) período primitivo: inicia-se com a própria história da humanidade e atinge o século XI d.C. (direito romano); b) escola judicialista: nasce com a criação das universidades do continente europeu. Nesse período que ocorre o fenômeno da recepção do direito romano (vai do século XI até o século XV); c) praxismo: denominado de tendência dos práticos, nasceu na Espanha no começo do século XVI. Nesse período, o direito processual era considerado como o conjunto de regras práticas sobre a forma de proceder em juízo. Também era uma reação às formas processuais trazidas pelo direito romano, mediante a valorização do direito nacional, como os usos e costumes locais; d) procedimentalista: nasce na França (século XIX) tendo como causa política a revolução francesa. Aqui o processo deixou de ser visto segundo a praxe, passando a encontrar a lei como fundamentação. Nesse cenário fica em evidência o Código de Napoleão” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 116).

⁹² PICARDI, Nicola. Processo Civile "diritto moderno". In: *Enciclopédia del diritto* - vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987. p. 101.

⁹³ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 21. No mesmo sentido:

Os arautos desta fase são o processo civil romano, na integralidade de sua multifacetada manifestação prática⁹⁴ (períodos da *legis actiones, per formulas e cognitio extra ordinem*)⁹⁵, o processo canônico⁹⁶ e o germânico.⁹⁷

Direito processual e direito material eram considerados indissociáveis, imperando a “metodologia”⁹⁸ do sincretismo, isto é, aquele era adjetivo, existindo tão-somente se imbricado com este⁹⁹ e do

STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 200, out. 2011. p. 207.

⁹⁴ KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 429.

⁹⁵ BERMUDEZ, Sérgio. *Iniciação ao estudo do direito processual civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973, p. 28.

⁹⁶ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 101.

⁹⁷ ENGELMANN, Arthur. The medieval german procedure. In: *A history of continental civil procedure*. New York: Kelley, 1969, p. 175.

⁹⁸ Tecnicamente, “método” não havia, porquanto “os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 277).

⁹⁹ Clássica é a crítica de Galeno Lacerda: “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. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. Aqui, o erro provém de indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceito complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, como direito material, ao direito disciplinador do processo outra qualificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 23).

immanentismo: a “ação” processual era imanente à “ação” material.¹⁰⁰ Destarte, a atmosfera privatista e individualista era a tônica de todo o período, porquanto direito material engastava-se com direito processual,^{101 - 102} com primazia ao princípio dispositivo.¹⁰³

¹⁰⁰ É o comungava a Teoria Civilista ou Imanentista da ação. Ação era o direito material vulnerado posto em movimento. Sobre o tema: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 250.

¹⁰¹ NASI, Antonio. *Disposizione del diritto e azione dispositiva – contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 43.

¹⁰² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. p. 82: “o direito podia nascer da ação, ou seja, esta poderia ser anterior ao jus, poderia gerá-lo. É nesse sentido que se diz que o direito romano é de formação eminentemente processual, ou seja, era da atividade jurisdicional do Estado romano que se ia constituindo o direito substantivo romano”.

¹⁰³ Para uma análise pormenorizada desta constatação, consultar: ALBERTON, Genaceia da Silva. Considerações sobre o princípio dispositivo e o princípio da oralidade segundo Cappelletti. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 21, n. 62, p. 75-86. set.-dez. 1991; CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1962. 2v.; CAPPELLETTI, Mauro. El principio dispositivo e sus principales manifestaciones. In: *El proceso civil en el derecho comparado: las grandestendencias evolutivas*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973; CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento, a cura di Francesco Carnelutti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2, p. 693-772; DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *LEX: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 24, n. 119, p. 11-26, jan.-fev. 1990; FERNANDEZ, Elizabeth. Atenuação do princípio do dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, São Paulo, v. 49, n. 286-288, p. 279-292, jul.-dez. 2000; JARDIM, Afrânio Silva. O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno. *Revista de Processo*, v. 11, n. 44, p. 166-175, out.-dez. 1986; LIEBMAN, Enrico Tullio. Fundamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 552-565, 1960; MACHADO, Antônio Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001; RODRÍGUEZ URRACA, Jose.

Como ilustração, “para Savigny, a ação era ‘a metamorfose do direito’; para Planiol, ‘um direito potencial, dependente do direito subjetivo’; Unger comparava a ação ao ‘direito em pé de guerra, no saio marcial, em oposição ao direito em estado de paz, na toga’; Mattiolo conceituava a ação como o direito ‘elevado à segunda potência’; para Clóvis Beviláqua, era ‘elemento constitutivo do direito’, enquanto que para Eduardo Espíndola era ‘garantia do direito’; Teixeira de Freitas dizia que a ação ‘nasce com o direito, dele descende, com ele se confunde’”.¹⁰⁴

Entrementes, consabida a sacralização do procedimento ordinário no período da *legis actiones*.¹⁰⁵ Toda a atividade judicial era complacentemente fulcrada em um procedimento¹⁰⁶ extremamente solene,¹⁰⁷ arraigado em matizes religiosas¹⁰⁸ e que se constituía,

Autoridad del juez y principio dispositivo. Valencia: Universitá di Carabobo, 1968.

¹⁰⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 22.

¹⁰⁵ IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. São Paulo: RT, 2011, p. 268: “o procedimento das *legis actiones* ou ações da lei constitui a forma mais antiga de ajuizar. Em consonância com os caracteres que informam o direito primitivo, a *legis actio* representa o império da forma, uma forma estreita e embaraçosa, imbuída de rito e solenidade. As partes, presentes *in iure*, isto é, perante o magistrado, hão de fazer suas petições e declarações de acordo com fórmulas rigorosamente estabelecidos pelo costume ou pela lei. A precisa observância destas fórmulas chegava a tal ponto, que o erro mais leve acarretava a perda do pleito. As ações eram imutáveis, devendo cumprir-se com a mesma precisão com a qual se cumpriam as leis que lhes cobravam existência. Assim, por exemplo, as XII Tábuas conferiam uma ação por cepas cortadas, mas não se permitia substituir a palavra *arbores* (árvores) por *vites* (vinhas), sob pena de perder o processo”.

¹⁰⁶ D’ORS, Álvaro. *Elementos de derecho privado romano*. 2ª ed., Pamplona: Universidad de Navarra, 1975, p. 25.

¹⁰⁷ COSTA, Miguel do Nascimento. *Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 35.

¹⁰⁸ SALVIOLI, Giuseppe. *Storia della procedura civile e criminale*. Firenze: Gozzini, 1969, p. 238.

portanto, em totem.¹⁰⁹ Referido formalismo primitivo¹¹⁰ se acentuava mediante ritos simbólicos,¹¹¹ que, acaso descumpridos, culminavam com a invalidade do ato.¹¹² Cinco eram as ações¹¹³ existentes nesse período: a) *per sacramentum*;¹¹⁴ b) *per iudicis postulationem*;¹¹⁵ c) *per*

¹⁰⁹ O totem, no totemismo e na exogamia se afigura como mecanismo protetivo aos tabus, ou seja, aos rituais e às ordens de determinado povo. Para uma completa visão etnográfica e psicanalítica do tema: FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹¹⁰ No escólio de Herlz, o procedimento “era dividido em duas etapas: primeiro, por meio oral, um pretor (magistrado público) ouvia autor e réu; em seguida, pronunciava os dizeres do, dico, addico – tratase da denominada tria verba legitima –, em que se concedia a ação da lei, fixava-se o objeto do litúgio e “homologava-se” o contrato arbitral por meio do qual as partes se comprometiam em se submeterem à decisão do juiz provocado; em um segundo momento, o iudex privatus (árbitro privado escolhido dentre os cidadãos) coletava as provas e prolatava a sentença” (HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, processo e Constituição: tendências do direito processual civil à luz do neoprocessualismo*. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 35).

¹¹¹ Tais ritos simbólicos eram também denominados de “fórmulas”, e, “a fórmula eventualmente concedida pelo magistrado fixava em definitivo o objeto do processo e tinha a estrutura básica de um juízo hipotético alternativo, com determinação ao juiz de resolução do caso segundo um raciocínio pré-moldado do seguinte tipo: acaso comprovada (*si paret*) a concretude fática de determinadas premissas enunciadas no corpo formular, o juiz deveria estabelecer consequências jurídicas desfavoráveis ao réu e benéficas ao autor, consequências estas também enunciadas no texto da fórmula” (BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *O objeto do processo civil romano*. Belo Horizonte: Lidre, 2007, p. 102).

¹¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39.

¹¹³ Possuir “ação” equivaleria, atualmente, à pretensão de direito material. Nesse sentido: “para o cidadão romano, basicamente, ter ação seria o equivalente hoje a possuir uma pretensão juridicamente reconhecida” (LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria geral do processo judicial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26).

¹¹⁴ FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: _____. *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 28-31: “a ação de sacramento era genérica, servindo sempre a lei a designasse para os casos em que não houvesse indicação específica”.

conditionem;¹¹⁶ d) *per manus iniectioem*;¹¹⁷ e) *per pignoris capionem*.¹¹⁸

Impende vincar algumas características¹¹⁹ do período das *legis actiones*, quais sejam: a) ausência de órgãos auxiliares à atividade judicante; b) impossibilidade do réu apresentar defesa, podendo tão-somente confessar ou negar a pretensão autoral; c) ausência da espécie documental como prova; d) inexistência de recurso ou meio impugnativo contra a sentença.

Ao seu turno, o processo formulário (período *per formulas*) produz incipiente desformalização ao que tange o período anterior.¹²⁰ Encetou-se com a *Lex Aebutia*¹²¹ (entre os anos de 149 e 126

¹¹⁵ FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: _____. *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 29: “era o meio usado, quando a lei assim indicasse, como era o caso da Lei das XII Tábuas, em relação às demandas fundadas na *stipulatio*”.

¹¹⁶ FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: _____. *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 30: “ação pessoal e ocorria sempre que se demandasse sobre soma certa de dinheiro ou sobre coisa certa”.

¹¹⁷ FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: _____. *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 30: “ação por apreensão corporal, empregada nos casos indicados em lei”.

¹¹⁸ FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: _____. *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 31: “pode bem se traduzir por ação de penhora. Era também um meio de execução. Introduziu-se pelos costumes militares. Estes podiam penhorar coisas de quem lhes devia soldo e não pagasse”.

¹¹⁹ Para aprofundamento: GOLDSHIMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003, t. 1, p. 24 e ss; SARAIVA, Gastão Grossê. História do processo, até o atual Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Doutrinas essenciais: processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 471; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 217.

¹²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 207.

¹²¹ BISCARDI, Arnaldo. *Lezioni sul processo romano antico e classico*. Torino: G. Giappichelli, 1968, p. 121.

a.C.), sendo posteriormente chancelado pela *Lex Julia iudicorum privatorum*.¹²² Seu epicentro de legitimação era os éditos pretorianos,¹²³ a jurisprudência¹²⁴ (ao revés do período anterior, que hipostasiava a lei) e a bipartição procedimental, caracteres do *ordo iudiciorum privatorum*.

Dinamizada entre três momentos históricos diferentes, “sendo o primeiro desde a *Lex Aebutia* até sua oficialização pela *Lex Julia*; a segunda, com o surgimento da *Lex Julia* até a época dos severos; e a terceira desde o século III d.C até 342 d.C.”¹²⁵ As fórmulas eram assim estabelecidas: a) *nominato iudex*; b) *intentatio*; c) *demonstratio*; d) *adjudicatio*; e) *condenatio*. Desse modo, “a *demonstratio*, colocada no princípio, expunha a causa da ação. A *intentatio* é a parte da fórmula contendo a pretensão do autor. A *adiudicatio* é a parte que permite ao juiz adjudicar a coisa a um dos litigantes, e a *condenatio* é a em que se dá o juiz o poder para condenar ou absolver”.¹²⁶

Os pretores possuíam *jurisdictium* e *imperium*, sendo nomeados para a tutela da jurisdição civil.¹²⁷ De forma singela, pode-se conjecturar que sua atividade era dual: editavam éditos¹²⁸ e concediam

¹²² CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 74.

¹²³ SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 133.

¹²⁴ ALBERTARIO, Emilio. *Corso di diritto romano: possesso e quase possesso*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 52.

¹²⁵ JOBIM, Marco Félix. *Teoria, história e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 99.

¹²⁶ CARVALHO, Milton Paulo de. Esforço histórico do direito processual civil brasileiro. In: _____. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 43.

¹²⁷ Para uma ampla investigação da atividade pretoriana, consultar: GIOFFEDI, Carlo. *Contributi allo studio del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 80 e ss.

¹²⁸ Por intermédio dos éditos é que o pretor “criava” direitos privados e atribuíam ou não “ação” ao sujeito. Com a promessa da “ação”, o sujeito interessado poderia se valer do *edictum* para pleitear obrigações em face de

interditos. O procedimento se inaugurava com a *ius vocatio*, que era o ato convocatório do réu à lide,¹²⁹ passando pela autorização ao início do procedimento (*in iure*) e, derradeiramente, com a *litis contestatio*, findando o procedimento *in iure* e iniciando a fase *apud iudicem*, com o ínterim instrutório e a prolação de sentença.¹³⁰

Destarte, pode-se vislumbrar que as *legis actiones* foram paulatinamente cedendo espaço a um feixe de fórmulas não rigidamente sincronizadas com alguma *lex* previamente editada, com admissão discricionária da “ação” pelo pretor.¹³¹

outrem. A respeito: BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Roma: Instituto di diritto romano, 1934.

¹²⁹ SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Barcelona: Bosch, 1960, p. 16.

¹³⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 79-88: “Iniciava-se a fase *in iure* com *aeditio formula*, que consistia na comunicação prévia da pretensão (*intentio*) do demandante, ao réu, ato extrajudicial, que devia preceder a citação. Seguia-se a tradicional *in ius vocatio*, que era igualmente promovida pelo próprio demandante, embora com maior controle pelo pretor. Era permitida a representação em juízo por meio de um mandatário. Presentes as partes frente ao pretor, o demandante apresentava novamente sua pretensão, desta vez de modo formal, ao pretor e ao réu, apontando a fórmula no edito que entendia adequada, a fim de que o magistrado concedesse a respectiva ação. A ação poderia ser negada pelo pretor com base em seu juízo discricionário. Deferida a solicitação, passava-se a palavra ao réu para apresentar defesa, podendo apresentar as *excepciones* cabíveis. Era possível, inclusive, propor um pedido autônomo, um *iudicium contrarium* que era um remédio de natureza reconvenional. Exauridas as *postulationes*, e não tendo ocorrido nenhuma hipótese ensejadora do término do processo (como a *confessio*, por exemplo), e estando o magistrado informado de todos os pormenores para a redação da fórmula, procedia-se à designação formal do *iudex* (a indicação do órgão julgador, que poderia ser um *iudex*, um *arbiter* ou um colégio de *recuperatores*), que resultava de um procedimento conjunto levado a cabo pelo magistrado e pelas partes. Passava-se, então, à redação da fórmula, com os dados necessários para o *iudex* desempenhar suas funções”.

¹³¹ ENGELMANN, Arthur. The roman procedure. In: *A history of continental civil procedure*. New York: Kelley, 1969, p. 283.

A hipertrofia estatalista, resultância da decadência político-cultural impingida com a cristianização de Roma,¹³² fez com que se incutisse o período da *cognitio extra ordinem*, isto é, a fase publicista do processo romano (*ordo iudicorum publicorum*), com a derrocada da república e o advento do principado.¹³³ Não mais havia os excessos formalistas de outrora, embora o magistrado contivesse amplos poderes de condução do procedimento.

Perdurou até o arrebol de Roma e acabou por servir como sustentáculo às instituições processuais medievais.¹³⁴ Seus principais caracteres podem ser assim amalgamados: “(i) o fortalecimento do magistrado, que passa a ter o poder-dever de examinar as provas e proferir sentença; (ii) o poder de atribuir funções a um juiz delegado; (iii) o abandono dos resquícios do formalismo; (iv) a oralidade se sobrepunha à escrita; (v) possibilidade de a parte insatisfeita impugnar a decisão, o que era vedado quando era pronunciada pelo *iudex privatus*”.¹³⁵

Coroando a derrocada do império romano, as invasões bárbaras¹³⁶ propalaram-se e arrimaram o que se conhece por

¹³² Entre as causas da decadência irreversível das instituições imperiais romanas, a partir do século III d.C, está a rápida expansão da religião cristã. Posto que, “enquanto essa grande organismo [Império Romano] era invadido pela violência sem freios ou minado pela lenta decadência, uma religião pura e humilde foi brandamente se insinuando na mente dos homens, crescendo no silêncio e na obscuridade; da oposição, tirou ela novo vigor para finalmente erguer a bandeira triunfante da Cruz por sobre as ruínas do Capitólio” (GIBBON, Edward. *Os cristãos e a queda de Roma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 36).

¹³³ ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 15.

¹³⁴ GOMES, Camila de Magalhães. História do processo – perspectiva histórico-cultural do direito processual. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52.

¹³⁵ JOBIM, Marco Félix. *Teoria, história e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 101.

¹³⁶ As migrações bárbaras atingem primeiramente as províncias orientais, com os godos ocupando a Ilíria; os visigodos obtêm parcela da Aquitânia e da Espanha; os ostrogodos ocupam as planícies do Danúbio e os Balcãs; os vândalos cruzam o Reno; os borgúndios tomam Genebra. Para maiores detalhes:

medieval¹³⁷ ou idade-média.¹³⁸ Tais povos germânicos não detinham organização política, constituindo-se precipuamente em organizações sociais lastreadas na autoridade paterna.¹³⁹

Mormente à efêmera organização, uniformidade e centralidade, a tradição jurídica germânica se angularizava na oralidade e nos costumes.¹⁴⁰ O direito, nesta quadra histórica, era consuetudinário e marcadamente pluralista.¹⁴¹ Desse modo, “o processo civil, do século V ao XI, caracteriza-se com os valores de uma sociedade pouco

HEERS, Jacques. *História medieval*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991, p. 15.

¹³⁷ Conforme Grossi: “el medioevo político alcanza su inauguración histórica, cuando, en el siglo IV, se produce el momento de arranque de una profunda crisis Del Estado imperial, diferida, retenida y controlada hasta Dioclesiano pero que ahora desemboca en manifestaciones siempre más relevantes: crisis de efectividad, de credibilidad, de autoridad. En el mundo posdiocleciano permanece solamente en Estado crisálida, incapaz de imponer la propia voluntad, pero aun más incapaz de expresar aquella voluntad unitária, sustitutiva e intolerante con voliciones particulares concurrentes, que es típica de toda estructura autenticamente estatal; o sea, queda un no-Estado. El Estado romano muere, muere por inanición, por un agotamiento interno que es material y espiritual, por un vacío de poder eficaz y de programación deliberada” (GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 63).

¹³⁸ A idade-média é composta por dois grandes períodos: alta idade-média, dos séculos V a IX, com preponderância do direito romano e germânico; e a baixa idade-média, nos séculos IX a XV, cristalizada pelo direito canônico e feudal. Sobre o tema: GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 69.

¹³⁹ CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 128.

¹⁴⁰ KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 24.

¹⁴¹ Acerca do pluralismo jurídico àquela época, leciona Gusmão: “o pluralismo jurídico resultante dos direitos das cidades, dos direitos feudais e dos direitos consuetudinários constituía grave ameaça para a unidade política do que restava de reinos, artificialmente divididos, e de nações em gestação” (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 314).

desenvolvida sob o aspecto cultural”.¹⁴² Posteriormente, como sequer possuíam escrita, foram absorvendo instituições e valores romanos,¹⁴³ que, paradoxalmente, reforçavam a sua autoridade¹⁴⁴ sobre estes. Isto é, “no Período Medieval, deram-se a conhecer os traços divisórios das organizações feudais, urbanas e reais, e assim se teve por assentado que não havia um poder central incumbido da jurisdição, porque esta, bem como as demais atividades administrativas, era desenvolvida pelos diversos grupos, conforme a sua cultura, não se podendo olvidar que havia certa medida de dominação real sobre tais grupos. Tal dominação não deixava de ter suas bases na Igreja, que exercia Império Universal sobre todos”.¹⁴⁵

Contra os influxos da tradição germânica, à medida que sobreleva a civilização, os engenhos humanos e densificam-se relações sociais, a ausência de segurança e regras hialinas do direito costumeiro

¹⁴² SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia do poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

¹⁴³ Nos dizeres de Wieacker: “a atitude espiritual desses povos (germânicos) não conhecia qualquer repulsa íntima pelas respeitáveis e brilhantes tradições, que eles tinham encontrado; adotaram a escrita latina, a civilização material, a língua romana, os restos da cultura tardo-clássica e, finalmente a crença católica em vez da ariana. Quanto ao direito, conservaram o seu durante mais tempo, na medida em que ele ainda era determinado pelo modo de vida das comunidades pessoais e pelo seu próprio ethos e não pelo resultado de novas relações econômicas ou de poder; para isto contribui também a concepção germânica de que o direito não é um comando arbitrário, mas uma tradição de vida inatacável” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 27).

¹⁴⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 167.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Willian couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 59. Complementando: “A Igreja, devido ao ideal do Cristianismo, era chamada a equilibrar a balança entre pobres e ricos, camponeses e senhores – melhor até, a contrabalançar a debilidade dos pobres como seu apoio e a fazer reinar a harmonia social a que, no esquema tripartido da sociedade, dera sua benção” (LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Lisboa: Estampa, 1984, vol. II, p. 65).

germânico fenecem diante os auspícios do sistema canônico, com sua ideologia escolástica.¹⁴⁶

É o dilúculo do direito canônico - nada mais que mimetismo estrutural da Igreja católica em seu desiderato de ser respeitada como Estado.¹⁴⁷ O Cristianismo forja, nessa linha reflexionante, “o acumplicimento e interdependência da humanidade temporal com o divino e inteporal; sobressai a existência de um mediador denominado *Logos*”.¹⁴⁸

Todo o procedimento é lastreado sob a ótica católica-cristã e questões exógenas ao processo, principalmente as advindas da religiosidade, servem como fundamento de decisão, podendo mitigar a própria autoridade da coisa julgada.¹⁴⁹ Indubitavelmente o escopo primevo era perscrutar a “justiça” e a “verdade divina”,¹⁵⁰ mesmo que a

¹⁴⁶ Para a filosofia escolástica, em apertada síntese, o homem era naturalmente imperfeito e corrupto.

¹⁴⁷ Não se podem passar despercebidos os questionamentos de Girona: “há necessidade de um corpo jurídico na igreja? Este corpo jurídico poderia ser considerado como sendo de instituição divina? Será que um corpo de leis é necessário para a caminhada libertadora e a própria instituição do Reino?” (GIRONA, Martin Segú. O Código de Direito Canônico é necessário na Igreja de Cristo? In: *Revista de Cultura Teológica*, São Paulo, v. 15, n. 58, jan./mar. 2007, p. 1).

¹⁴⁸ GONÇALVES, Willian couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54. Corroborando: “desde o século II d.C, os escritores cristãos, denominados apologistas porque se esforçaram para apresentar o cristianismo sob uma forma compreensível ao mundo Greco-romano, utilizavam a noção de *Logos* para definir o Cristianismo como filosofia” (HADOT, Pierre. *O que é filosofia antiga?* São Paulo: Edições Loyola, 1999, p. 333).

¹⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, jul./set. 2002, p. 24.

¹⁵⁰ Sobre o duo “justiça-verdade”, explica Bettetini: “specificamente, quelfinsieme di atti formali successivi e tra loro logicamente concatenati che danno vita a un processo destinato a concludersi con una decisione, nel diritto della Chiesa, come dei resto in ogni ordenamento, ha per fine la ricerca e l'accertamento della verità fattuale e di ciò che è giusto, con particolare riguardo all'accertamento di un'eventuale lesione di interessi per ricomporla in

custo das formas processuais previamente determinadas,¹⁵¹ principalmente do contraditório.

Segundo Chiovenda,¹⁵² pode-se sumarizar o processo civil canônico da seguinte forma: a) caráter privado da função jurisdicional; b) restrições à convicção judicial, com a introdução do sistema tarifário de provas; c) imposição da forma escrita a todos os atos processuais; d) restrições ao magistrado na condução procedimental.

Neste período, com os escritos dos canonistas, cunhou-se a expressão *processus*, até então inexistente¹⁵³ no campo jurídico.¹⁵⁴ Transfigura-se o *iudicium* para o *processus*, vincando o processo civil nos “quadrantes do poder estatal”.¹⁵⁵ E, nessa óptica, a reclamação da expressão *iudicium* por *processus* – sobretudo pela semântica deste último vocábulo – é assaz importante. Com efeito, nos albores do arco do direito comum, *iudicium* é palavra-chave da processualística. Todos os tratados de processo empregavam, indiscriminadamente, os títulos

mod o certo e giuridicamente efficace. Ciò arruando mediante il riconoscimento e Tatribuzione a ognuno di quanto gli spetta" (BETTETINI, Andréa. *Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della chiesa*. Padova: CEDAM, 2002, p. 4).

¹⁵¹ SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 40.

¹⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno. In: *Rivista di diritto processuale civile*, 9, 1932, p. 324.

¹⁵³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Tese (Concurso da Cadeira de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1964, p. 10.

¹⁵⁴ Adota-se o conceito de “campo jurídico” como sendo “a articulação de instituições e práticas através das quais a lei é produzida, interpretada e incorporada às tomadas de decisões na sociedade” (DEZALAY, Ives; TRUBEK, David. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 31). Impende destacar que, originariamente, o conceito foi elaborado por Pierre Bourdieu.

¹⁵⁵ SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia do poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

iudiciis ou *ordo iudicarius*.¹⁵⁶ A partir do século XIII, como asseverado, os canonistas iniciam a utilizar o termo *processus* nas locuções *processus iudicii* e *processus iudicialis*. A razão principal é singela: *iudicium* é signo polissêmico, porquanto “distinguem-se quinze significados de *iudicium* e, entre esses, é enumerado igualmente o *processus*, entendido substancialmente como *iter* para chegar-se ao juízo”.¹⁵⁷ Dessa forma, “a passagem do *iudicium* ao *processus* não se resolve tão-somente em um problema terminológico. Trata-se, antes de tudo, de um indício através do qual é dado entrever uma mudança radical no modo mesmo de conceber o fenômeno processual”.¹⁵⁸

1.3.2 Autonomismo ou processualismo

Até então, a tônica processual estanciava-se nas teorias contratuais dos séculos XVIII e XIX,¹⁵⁹ as quais encaravam o processo como acordo de vontades (*litiscontestatio* romana)¹⁶⁰ e comungavam a iniludível confusão entre direito material e processual.

Ascende-se a uma novel fase metodológica: o processualismo, marco teórico do estudo verdadeiramente científico do processo.¹⁶¹ No espectro epistemológico, “somente admitia o

¹⁵⁶ BENTHMANN, Hollweg. Der germanisch-romanische Zivilprozess im Mittelalter. In: *Der Zivilprozess des gemeinen Rechts*. Bonn: Aalen, 1959, p. 60.

¹⁵⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 36.

¹⁵⁸ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

¹⁵⁹ Com uma única ressalva: no período da *extraordinária cognitio* do direito romano, onde houve uma tentativa de publicização do processo. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 9.

¹⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 57, p. 46, jan./mar. De 1990.

¹⁶¹ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 16.

pensamento e a razão como fontes do conhecimento humano universal, lendo a matemática como modelo de ciência perfeita e pura”.¹⁶²

O cerne da ciência processual é a “descoberta” do conceito de relação jurídica processual (*Prozessrechtsverhältnis*)¹⁶³, sendo este o seu objeto de estudo. Referido conceito evoca dissonância quanto ao seu “criador”. Para alguns, foi Bullow,¹⁶⁴ outros creditam a Hegel,¹⁶⁵ Búlgaro¹⁶⁶ ou até mesmo à polêmica discussão acerca da *actio* romana entre Windscheid e Muther.¹⁶⁷ De toda a sorte, o primeiro a sistematizar a questão, inescandivelmente, foi Bullow.¹⁶⁸

¹⁶² ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 23. Acerca dos conhecimentos racionais e matemáticos: GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariz. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 160, jun. 2008. p. 328.

¹⁶³ Consoante Beneduzi, “o conceito de relação jurídica processual (*Prozessrechtsverhältnis*) exerce papel fundamental no processo civil alemão. Ensina a doutrina, com efeito, que o próprio processo (*Prozess*) deve ser encarado de dois modos diversos: em primeiro lugar, enquanto um procedimento ordenado, como o conjunto de atos das partes e do juízo praticados sucessivamente ao longo do procedimento (*Verfahren*); em segundo, enquanto relação jurídica (*Rechtsverhältnis*), como somatório de relações jurídicas (*Summe rechtlicher Beziehungen*) entre os seus sujeitos” (BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 69).

¹⁶⁴ É o que preconiza Dinamarco em suas *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, vol. 1, p. 258.

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 3, p. 435.

¹⁶⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 164.

¹⁶⁷ WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. *Polemica sobre "la actio"*. Buenos Aires: Europa-America, 1974.

¹⁶⁸ Sua doutrina destaca que “o processo é uma relação jurídica avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas aprovadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião [...] a relação jurídica processual está em constante movimentação e transformação

Mediante a denominada *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, o jurista alemão cindiu o direito material do direito processual a partir de requisitos próprios da formação existencial e de validade processual (os autodenominados pressupostos processuais).¹⁶⁹ Engendrou-se, portanto, a máxima de se possibilitar a existência do direito processual sem haver direito material e vice-versa.¹⁷⁰ É justamente por isso que o direito processual começa a ser reconhecido como ciência,¹⁷¹ e não mera prática ou técnica.¹⁷²

A pedra angular das elucubrações neste período foi a ação,¹⁷³ muito embora houvesse tenra preocupação dogmática à configuração de outros institutos da processualística.¹⁷⁴ A jurisdição, por exemplo, revelou-se como “poder vocacionado já não mais à tutela dos direitos subjetivos, mas sim voltada à função de realizar o direito

[...]” (BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2003, p. 6).

¹⁶⁹ Referidos pressupostos processuais são os que atualmente se conhece: investidura; capacidade de estar em juízo; demanda; citação, etc.

¹⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 109.

¹⁷¹ Alguns nomes marcantes desta fase são: Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti, Rocco, Prieto Castro, Guasp, Kohler, Wach, Degenkolb, Stein, Hellwig, Plósz, Klein, Wolf, Alsina, Lascano, Courture, Morel, Solus, Perrot, Loreto. Para uma análise completa: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, vol. 1, p. 7.

¹⁷² BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

¹⁷³ FAZZALARI, Elio. La dottrina processualística italiana: dall “azione” al “processo”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1994, p. 912.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

objetivo estatal e pacificar a sociedade”.¹⁷⁵ A concepção bulowiana de jurisdição apostou sobremaneira no protagonismo judicial¹⁷⁶ na condução do processo, com pronunciamentos jurisdicionais solipsistas,¹⁷⁷ sem a contribuição dialógica das partes (ausência de contraditório). O processo era fâmulos da jurisdição, cuja função precípua era a aplicação do direito objetivo ao caso concreto¹⁷⁸ e à pacificação social.¹⁷⁹ É o que se denominou como “paradoxo de

¹⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34).

¹⁷⁶ Sobre o problema do protagonismo judicial, ver as críticas formuladas em: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁷⁷ Solipsismo é, em apertada síntese, a corrente filosófica individualista que preconiza existir somente o Eu e as experiências decorrentes deste Eu. Assevera que o conhecimento e/ou a “verdade” decorrem de experiências interiores e pessoais. Sua máxima é a preposição cartesiana *cogito, ergo sum*. Existem diversas correntes de solipsismo, entre elas: o gnosiológico, o metafísico e o moral. Para aprofundamento: BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 367. No âmbito jurídico, quem magistralmente trabalha o conceito é Lenio Luiz Streck: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e processo, ou “de como discricionariedade não combina com democracia”*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 9.

¹⁷⁹ Tal ideário, de “pacificação social”, posteriormente desponta na ideia de jurisdição formulada por Carnelutti. Como bem gizado por Ovídio Baptista, “de acordo com a concepção largamente difundida no Brasil, a jurisdição pressupõe um conflito de interesses, qualificado pela pretensão resistida de outrem. Tal é o conceito de lide na doutrina do mestre italiano. Sem haver lide, não há atividade jurisdicional. A jurisdição é um serviço organizado pelo Estado com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 20).

Bulow”,¹⁸⁰ isto é, “a opção pela relação jurídica como marco de compreensão daquilo que se denomina ‘processo’ tem pelo menos dois desdobramentos teóricos embaraçosos: o primeiro consiste no fato de que, embora Bulow tenha pretendido demonstrar que o ‘processo’ não se confunde com o direito (material) debatido entre as partes, adotou o modelo da *relação jurídica* a partir do enfoque privatístico do direito, é dizer, manteve intocada a questão do vínculo de subordinação entre pessoas, fundamento do direito obrigacional; o segundo, consiste no fato de que a teoria do processo como relação jurídica contém um conceito de jurisdição *como atividade do juiz* (o que, aliás, justifica a vinculação – *obrigacional* – das partes ao magistrado)”.¹⁸¹

É por essa razão que se considera Bulow o precursor do Movimento do Direito Livre,¹⁸² cujo baluarte é a pretensão de solucionar a celeuma da plurivocidade dos textos normativos pelo primado da vontade ou da intuição.¹⁸³ E, “o contratempo, porém, é que Bulow não cuidou de explicar como se poderia controlar essa atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, *emocional* ou *sentimental*. E aqui retonar-se aquilo que, na feliz expressão de André Leal, se chama o *paradoxo de Bulow*, consistente na

¹⁸⁰ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, 2008, passim.

¹⁸¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? Porto Alegre: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 73, jan/abril de 2013, p. 189.

¹⁸² Tal escola (ou movimento), em suma, apregoava, no campo da interpretação jurídica, a plena e irrestrita liberdade do Estado-Juiz no momento decisório, podendo até mesmo prolatar decisões *contra legem*. Tal movimento foi a reação encontrada na Alemanha para o positivismo então vigorante (jurisprudência dos conceitos). Sobre o tema: MAZOTTI, Marcelo. *As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei*. Barueri: São Paulo, Minha Editora, 2010, p. 79.

¹⁸³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 79. É por isso que Leal conclui que “o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bulow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador” (LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, 2008, p. 60).

aporia emergente de escritos posteriores que buscaram o controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bulowiana. Veja-se: Bulow *não concebeu o processo como meio de controle da atividade dos juízes*, mas como ‘um instrumento de viabilização de um movimento hipoteticamente emancipatório pela atividade criadora do direito pela magistratura nacional alemã’; ou, mais especificamente, seu corpo foi o de apresentar, com base na releitura do direito romano, fundamentos histórico-sociológicos pretensamente autorizativos da migração do controle social pela magistratura alemã a justificar, a partir daí, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito”.¹⁸⁴

Se esse fetiche pela manutenção do estado de coisas - ao revés da tutela dos direitos¹⁸⁵ - não fosse o bastante, o processualismo também cometeu outra heresia: vaticinar a crença de que estava moldando uma ciência pura, completamente infensa a vetores externos,¹⁸⁶ analisando o processo em perspectiva meramente conceitual.¹⁸⁷

A teoria da relação jurídica processual é alvo de severas críticas quando estabelece uma assimetria geométrica-angular entre os sujeitos processuais, com preponderância ao papel do Estado-Juiz, eis

¹⁸⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? Porto Alegre: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 73, jan/abril de 2013, p. 191.

¹⁸⁵ Para aprofundamento do processo como mecanismo à tutela dos direitos: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*. Porto Alegre: Revista da Ajuris, n. 33, 1985, p. 80.

¹⁸⁷ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: Zur theorie und praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied: Luchterhand, 1978, p. 45.

que “subordinação e subjugação são conceitos que se situam no quadro da relação jurídica”.¹⁸⁸

Em outros termos, “esse estágio metodológico do direito processual foi essencialmente teórico, destinado a lançar as bases estruturais de um novo saber jurídico. Em outras palavras, foi um momento nitidamente conceitualista, em que surgiram, da razão, novos conceitos, sistemas, classificações, sempre com o objetivo de diferenciar, isolar e distinguir as instituições processuais das demais instituições jurídicas”,¹⁸⁹ sendo o método de estudo o escolástico e formalista, vocacionado à perscrutar uma “ciência processual” pura e ideologicamente neutra. Destarte, “o processo, como expressão do

¹⁸⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 83. E, mais: “além de produzir um vínculo de subordinação entre as partes, a Escola da Relação Jurídica não conseguiu fazer a distinção entre Processo e Procedimento, tornando-se ainda mais problemática pela amplitude com que é utilizada na doutrina processual brasileira” (DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 96). Afinal, “não só porque se esquece de que mesmo dentro do seu próprio quadro conceitual o procedimento não seria uma mera exterioridade, já que teria a mesma finalidade do processo a que se prestaria, mas também por lidar com um conceito não só restrito mas pouco sofisticado de procedimento” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v.3, ns. 5 e 6, p. 164, 1º e 2º sem. 2000).

¹⁸⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 23. Tal fato é ilustrado pelo próprio depoimento de Chiovenda, que, no prefácio de sua obra escrita na metade dos anos 30, consignou: “o leitor paciente se encontrará e talvez esbarrará a cada trecho com idéias, fórmulas ou teorias de que não terá precedentes na doutrina italiana. Mais ainda: defrontar-se-á por vezes com institutos tão descuidados entre nós que o autor se viu na ingrata contingência de cunhar, para exprimi-los, locuções novas, como a condenação sob reserva, a competência funcional, a substituição processual, o impulso processual, o litisconsórcio necessário. Não é por vaidade que se faz este registro. Muito ao contrário” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1. p. 9).

sistema racionalista, passou a ser visto como um sistema lógico fechado a ser estudado pela dogmática jurídica”.¹⁹⁰

Suas principais características, em resumo, foram: a) conceitualismo: o processo é uma abstração lógico-ideal, produto do conhecimento puro e científico; b) formalismo: visualiza-se o processo de uma diretriz estritamente anatômica ou interna. Isto é, “visa a construir seus conceitos fundamentais e a reuni-los organicamente de maneira a formarem um corpo lógico que possa responder às demandas científicas que se apresentem ao jurista ideologicamente neutro”;¹⁹¹ c) o epicentro da “ciência” processual é a ação, “a qual correspondia à preponderância da autonomia da vontade individual, típica do pensamento liberal do século XIX”.¹⁹²

De todo modo, dimensionando a receptividade da teoria em nosso país, consabido que o Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado e edificado sobre tais preceitos.¹⁹³

¹⁹⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 24. Nesse sentido: “a autonomia do direito processual – interessada que estava a ciência processual em demarcar o objeto do seu estudo, separando-o de qualquer outra figura jurídica – contribui eficazmente para que este processo estéril seja justificado; se o processo é uma figura autônoma em relação ao direito material, não é sua função (nem objeto de sua preocupação) dar guarida ao direito material. O processo possuía fins em si mesmo, distintos da resolução da controvérsia. O objetivo do processo era simplesmente a atuação do direito, garantidos às partes os direitos processuais impostos e tidos como indispensáveis ao processo regular; se, com isso, o problema social foi resolvido, ou se o processo teria condições de ser efetivamente útil à realização do direito material postulado, isso não era pertinente à ciência processual, mas questionamento a ser posto em termos de política legislativa” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25).

¹⁹¹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 25.

¹⁹² ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 25.

¹⁹³ Em decorrência dos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman, cujo pupilo, Alfredo Buzaid, redigiu o anteprojeto do código de 1973. Para aprofundamento, consultar: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 88.

1.3.3 Instrumentalismo

Embora a dogmática processual civil tenha florescido e ganhado seus contornos primordiais com a fase anterior, distanciou-se da realidade fática e de seu fim precípua,¹⁹⁴ qual seja, servir de instrumento à tutela de pretensões jurídicas.¹⁹⁵ Modo tal que “o cientificismo marcante da fase autonomista acabou por transformar o estudo do direito processual civil em algo tipicamente formalista, dogmático e dissociado dos dados da experiência e dos problemas reais do cotidiano forense”.¹⁹⁶ A assepsia da “ciência” processual começou a ser questionada, face aos influxos do direito material e, primordialmente, em decorrência das transmutações sócio-políticas empós a Segunda Guerra Mundial.¹⁹⁷

¹⁹⁴ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 164, out. 2008. p. 42.

¹⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influências do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1969, passim.

¹⁹⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 26. Na mesma toada: “era freqüentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as “normas” de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 10).

¹⁹⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MARIN, Jéferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Ação condenatória, pretensão material e a efetividade do processo: as matrizes racionalistas do direito processual sob interrogação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, set. 2009. p. 346. Segundo Marinoni e Arenhart, “a constatação de que o processo não atendia às necessidades sociais fez surgir, bem mais de meio século após o início da formação da escola sistemática, nova perspectiva de análise, que pode ser designada de ‘acesso à justiça’; o processo, a partir daí, passa a ser compreendido na sua dimensão política, social e econômica.” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 66).

Com a premissa de que o processo deve ser servil ao direito material, sem se descuidar dos anseios sociais e políticos de seu tempo, exsurge o instrumentalismo, cujo cânone nacional é a tese catedrática de Dinamarco, intitulada “A instrumentalidade do processo”, que veio a lume em 1987.¹⁹⁸ No direito continental-europeu, Proto Pisani pode ser considerado o precursor de tal visão.¹⁹⁹ Dentre os juristas do continente americano, Couture propalava premissas fulcradas no instrumentalismo.²⁰⁰ Outros insignes processualistas também

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000, passim.

¹⁹⁹ Afinal, já em 1977 afirmava: “mentre il diritto sostanziale é um sistema di norme dirette a risolvere conflitti di interessi contrapposti determinando gli interessi prevalenti attraverso la previsione di poteri, doveri e facoltà, il diritto processuale è costituito invece da um sistema di norme che disciplinano più o meno complessi meccanismo (processi) diretti a garantire che la norma sostanziale sai attuata anche nell’ipotesi di mancata cooperazione spontanea da parte di chi vi é tenuto” (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1977, p. 9).

²⁰⁰ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª Ed., Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 43: “la idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como médio de lograr um fin. El fin de la jurisdicción es asegurar la efecvidad del derecho”. Outro processualista de língua espanhola, Juan Montero Aroca também assim se posicionava: “nuestra concepción no implica reducir el proceso a la condición de instrumento técnicoc neutro, ni si siquiera desde el punto de vista político. Por el contrario, estimamos que la técnica es um valor fundamental a la hora de la realización práctica de los fines, por cuanto puede facilitar, obstaculizar e incluso impedir la consecución de éstos. De ahí el que también com relación al proceso asistamos, como veremos, a la constitucionalización de SUS principios informadres” (AROCA, Juan Montero. *Introducción al derecho procesal*. 2ª Ed., Madrid: Tecnos, 1979, p. 181).

flerta(va)m com o ideário, a exemplo de Taruffo²⁰¹, Goldschmidt²⁰² e Fazzalari.²⁰³

Seus pressupostos²⁰⁴ advêm da noção conceitual de que o processo não é mera técnica, mas instrumento ético²⁰⁵ da jurisdição para a consecução de escopos metajurídicos (sociais e políticos) e, inelutavelmente, deve ser enfrentando d'um ângulo externo,²⁰⁶ em sentido negativo e positivo.²⁰⁷ Destarte, “se começa a olhar ao processo

²⁰¹ TARUFFO, Michelle. *Lezione sul processo civil*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 12.

²⁰² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936, p. 1.

²⁰³ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 7.

²⁰⁴ Pressupostos, “são as proposições das quais são extraídas outras proposições, pelo processo de inferência, e, como se recordou, as conclusões podem se tornar novas premissas de novas conclusões, na cadeia de proposições, no raciocínio dedutivo. Essa é a noção fundamental para a apreensão do novo conceito de procedimento” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 110).

²⁰⁵ RODRIGUES, Horário Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 69: “por isso não é ele [o processo] apenas um instrumento técnico. Tem-se destacado repetidamente o seu conteúdo ético, como instrumento que permite à jurisdição a realização de seus escopos sociais e políticos. Esses, para que sejam legitimados, necessitam representar as mais verdadeiras aspirações da sociedade”.

²⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 153.

²⁰⁷ RODRIGUES, Horário Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 69-70: “em sentido negativo, tem ela a função de alertar para as limitações funcionais do próprio sistema processual. É a visão da instrumentalidade como fator limitativo da importância do próprio sistema processual [...] no que se refere ao seu endereçamento positivo, a instrumentalidade conduz à ideia de efetividade do processo, vista essa como a capacidade de atingir plenamente os escopos que o legitimam, em todos os níveis”.

como uma máquina que deve render um serviço eficiente aos sujeitos que o pedem”.²⁰⁸

O instrumentalismo, deslocando o cerne da “ciência” para os lindes do processo, para seus fins, inovou sobremaneira o método de estudo até então vigorante. Portanto, “tratar, então, da instrumentalidade, isoladamente de alguma finalidade pré-determinada, é tratar do vácuo, do vazio, já que nada representa. A noção de instrumentalidade somente adquire algum sentido se acoplada a um fim, que se torne por parâmetro de sua utilização. Se o instrumento pode ser utilizado para diversos fins, deve haver, segundo a noção dos resultados e fins buscados, algum que se tome por mais adequado e específico para a obtenção desse objetivo. Assim, ao tratar da instrumentalidade do processo, é imperioso também aludir aos fins a que o processo se destina, sob pena de não dizer nada. Explorar, pois, os fins do processo é essencial para a de terminação da noção de instrumentalidade e para saber quando o processo realmente será instrumental”.²⁰⁹ Nessa dimensão, “o instrumentalismo veio para reagir à esterilidade conceitual derivada do processualismo, que aprimorou conceitos, mas se desligou da realidade social. E, para isso, recorreu-se ao pensamento teleológico, fixando-se previamente os objetivos a perseguir. Não bastava mais a coerência interna ou a correspondência lógica, pois o processo precisava alcançar os objetivos a que se propôs, realizando os resultados que dele são esperados: a efetividade do processo surge como lema do instrumentalismo”.²¹⁰

²⁰⁸ No original: “si comincia a guardare al processo come una macchina che deve rendere un servizio efficiente ai soggetti che lo chiedono” (CHIARLONI, Sergio. *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 176, out. 2009, p. 109).

²⁰⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

²¹⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 29.

Os matizes ideológicos²¹¹ desta metodologia processual são as teorias socializantes, pois “tenta sintetizá-las, dando seguimento ao discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo”,²¹² repetindo com seus escopos processuais o discurso de Klein.²¹³

A função jurisdicional é sublimada, ao passo que seria missão da judicatura aplicar os valores reinantes da sociedade no plano decisional, mesmo que de encontro com a(s) norma(s).²¹⁴ É saber, o magistrado possuiria poderes quase-divinos, adquirido por uma investidura sacramental.²¹⁵ Transfigurar-se-ia (ou ectoplasmar-se-ia) em um quixotesco personagem em nome de sua própria “justiça”. Não se

²¹¹ Para uma ampla incursão acerca da influência ideológica que trespassa o sistema processual mundial, imprescindível a leitura de: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias, sociedade*. Buenos Aires: Europa-America, 1974.

²¹² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 142.

²¹³ Klein foi quem elaborou a primeira codificação tipicamente socializadora, qual seja, a Ordenança processual civil do império austro-húngaro de 1895. O aludido discurso é a conferência proferida em Dresden (KLEIN, Franz. *Zeit und geistesströmungen im prozess*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958, p. 16). Dierle Nunes assevera: “o juiz [...] deveria auxiliar as partes buscando o clareamento dos requerimentos obscuros, sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizem o julgamento. Klein, assim, enxergava um enorme significado (escopo) político, econômico e social do processo, mas, ao mesmo tempo, projetava-o como um caso de crise social, que deveria ser resolvido mediante uma atuação mais efetiva do Estado em todas as fases” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 83).

²¹⁴ É o que verbera o próprio Dinamarco: “em casos de formar-se um valor entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar [...] tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 199).

²¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 235.

trataria de juízo sentencial, mas juízo interdital,²¹⁶ próprio dos estados sociais de direito por uma intersubjetividade anormativa – solitária e/ou solipsista – angariado, supostamente, por destrezas consensualistas ou arbitrais que são engendradas ao seu bel talante.²¹⁷ O Judiciário passaria a perscrutar o “bem-comum”, em nítido paternalismo estatal e conformação como super-ego d’uma sociedade órfã.²¹⁸

Calmon de Passos, em conferência proferida no ano de 2000, resumiu, de forma contundente, os clamores dessa crítica: “hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor do poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como ‘dado’ o que jamais pode ser entendido nesses termos antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável – a implosão, quando se queria e se necessitava apenas de reformulação”.²¹⁹

A instrumentalidade geraria a ruptura da equação procedimental via hipertrofia do papel judicante.²²⁰ A pleora de deformidades se retroalimentariam com palavras vazias de sentido, tais

²¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 164.

²¹⁷ JODLOWSKI, Jerzy. Gli orientamenti della riforma della procedura civile polaca. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1988, p. 484.

²¹⁸ MAUS, Ingeborg. *Justiz as gesellschaftliches uber-ich – Zur funktion von rechtsprechung in de ‘vaterlosen Gesellschaft’*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989, *passim*.

²¹⁹ CALMON DE PASSOS, Joaquim José. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 102, abr./jun. 2001. p. 66.

²²⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, p. 30-32, set./out., 1999.

como “efetividade” e “celeridade”, que não passariam de expressões performáticas que se tornariam mera prestidigitação.²²¹

Se isso não bastasse, “não obstante os referidos avanços teóricos, não houve ruptura com o paradigma racionalista. A busca de soluções para a efetividade processual continuou calcada no pensamento e na abstração, sem o recurso necessário aos dados da experiência. Em outras palavras, apesar de formulações a partir de um ângulo externo, para tornar o processo permeável aos influxos sociais, políticos e econômicos de cada tempo, o trabalho científico continuou a ser produzido nas engrenagens da dogmática processual”.²²²

Utiliza-se de linguagem pedante e rebuscada para ofuscar a de(s)formalização do processo e alforria as garantias constitucionais processuais (mormente o contraditório e a participação dos sujeitos processuais) em busca da efetividade.²²³ Não encontra amparo na visão instrumentalista, portanto, “a isonomia, o contraditório e a ampla defesa que possibilitam a participação e a responsabilidade pessoal na construção (institucionalização) das decisões em uma sociedade democrática”.²²⁴ E, “a utilização desmedida da instrumentalidade das

²²¹ Outro ferrenho crítico da perspectiva teórica de Dinamarco aduz que: “nesse sentido, a Constituição é lançada contra si mesma (como um brinquedo nas mãos de operadores do Direito, bem intencionados?) de forma a ‘desnudar’ seu sentido normativo que é cotidianamente instrumentalizado estrategicamente (politicamente!) por decisões argumentativa e racionalmente (ou irracionalmente!) adequadas? Necessárias? Ponderadas? Que só tem o condão de transformar o Poder Judiciário em um ‘nobre’ Poder Constituinte originário permanente!” (CARVALHO NETO, Menelick. Prefácio. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. XIII). Para um amplo panorama de críticas: ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 166, dez/2008, p. 27.

²²² ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 32.

²²³ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 99.

²²⁴ COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo e neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da

formas e da flexibilização da técnica processual é que possibilitaram a construção de doutrinas como a relativização da coisa julgada e da preclusão consumativa, que não obstante as boas intenções atribuem aos juízes poderes desmedidos contrários à segurança jurídica e ao próprio Estado Democrático de Direito”.²²⁵

O instrumentalismo, em síntese, *assujeita os sujeitos processuais* e confere poderes não sindicáveis “a cada juiz, que poderá julgar, no mais das vezes, conforme o entendimento que ele próprio tem de determinado fato social”,²²⁶ fomentando o ocaso da participação processual democrática.²²⁷

instrumentalidade do processo. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, v. 72, p. 136, out./dez.2010.

²²⁵ ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de processo*, vol. 166, p. 27, 2008, São Paulo. José Roberto dos Santos Bedaque procura resolver o problema da efetividade do processo a partir da redução das formalidades que impedem a realização do direito material em conflito. Neste contexto, aparece um novo princípio processual – decorrente do princípio da instrumentalidade das formas – denominado princípio da adequação ou adaptação do procedimento à correta aplicação da técnica processual. Por este princípio se reconhece “ao julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma” (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45). Ou seja, “deve ser o juiz investido de amplos poderes de direção, possibilitando-lhe adaptar a técnica aos escopos do processo em cada caso concreto, mesmo porque a previsão abstrata de todas as hipóteses é praticamente impossível” (idem, p. 64-65). E como a previsão legislativa não comporta todas hipóteses de aplicação, BEDAQUE conclui: “observado o devido processo legal, deve ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta” (idem, p. 571).

²²⁶ JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 153. Em igual sentido, Rizzo Amaral leciona que “o instrumentalismo não reconhece nas formas, ou no formalismo a presença de qualquer valor. Ele prega um método de pensamento por meio do qual o intérprete é encarregado de apreender tais valores (e, para tanto, suas fontes são ilimitadas, partindo da Constituição Federal, mas estendendo-se para o próprio campo social em que vive) e com isso pacificar,

Seus caracteres prevalentes: a) teleologismo: o processo é instrumento-fim para a consecução do direito substancial, “pelo que a dogmática processual passa a ser redimensionada para atingir os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, previamente definidos, a partir de um ângulo externo”²²⁸ e enfatize-se a necessidade de alterar “a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”;²²⁹ b) a jurisdição é o polo metodológico da “ciência” processual. Perante a mesma gravitam os demais institutos; c) reconhece-se uma pretensa postura deontológica e conotação ética do processo, inserindo-se no universo axiológico da sociedade a que se destina; d) primazia ao conceito de efetividade, na medida em que “de uma legislação processual civil espera-se que ela permita uma rápida realização do direito material através dos tribunais e, quando for esse o caso, uma adequada solução dos litígios”.²³⁰

1.3.4 Formalismo-valorativo²³¹ ou neoprocessualismo

com a maior efetividade possível, o conflito que lhe é apresentado, sua tarefa é ‘pacificar segundo critérios do julgador’, mas tais critérios não estão definidos nas formas processuais, e sim no seu raciocínio particular” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30).

²²⁷ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 16.

²²⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 34.

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 3.

²³⁰ SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 26.

²³¹ A expressão “formalismo-valorativo” foi cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em suas aulas no programa de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e elaborada em sua tese doutoral.

Formalismo é vocábulo plurissignificante, espriado pelos confins do que se entende por *Direito*. Em hermenêutica, exemplificativamente, existe o formalismo interpretativo.²³² Destarte, o termo será analisado estritamente na ótica processual.

Processualmente, perfaz-se distinção acerca da forma em sentido estrito e em sentido amplo. Aquela é tão-somente “o invólucro do ato processual, a maneira como deve este se exteriorizar; cuida-se portanto do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração”.²³³ De seu turno, esta “mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que se atinjam suas finalidades primordiais”,²³⁴ porquanto “o formalismo acompanha a evolução dos homens, das sociedades e os seus costumes no tempo. O que o legislador e o jurista têm a fazer não será senão o adaptar às necessidades e aos costumes do tempo”.²³⁵

Não se pode vislumbrar o formalismo como uma marmórea e impávida estrutura arquitetônica, ainda que

²³² É a redução da atividade interpretativa a uma operação silogística, lógico-dedutiva, onde o juiz apenas declara o sentido unívoco da norma contida no preceito normativo. Para uma análise detida da matéria: FACCHINI NETO, Eugênio. O juiz não é só de direito: ou a função jurisdicional e a subjetividade. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. Campinas: Millenium, 2002, p. 402; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 32.

²³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

²³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 7.

²³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23 Ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 280.

geometricamente apolínea²³⁶ ou como intrincadas questões formais em torno de burocráticas nugas. A peanha sobre o qual se deve erigir fulcrase, jurídica e socialmente, nos vetores sobraçados no âmago do texto constitucional.²³⁷

O fundamento teórico do formalismo-valorativo é ser o resgate “da dimensão tópico-problemática para o direito”²³⁸ e da compreensão do processo como direito-garantia fundamental,²³⁹ irradiando efeitos emancipatórios aos sujeitos envolvidos, haja vista alocar o processo no epicentro da teoria geral e, consequentemente, equacionar o triunvirato direito-processo-constituição.²⁴⁰

²³⁶ Utilizando-se de outra metáfora, Moniz de Aragão ensina que “como sucede na preparação dos alimentos, ou dos medicamentos, é essencial que a dosagem dos ingredientes corresponda ao fim pretendido, sob pena de este não só não ser alcançado, como o resultado final ser maléfico à saúde do destinatário” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. In: *Revista do TST*, vol. 67, n. 1, jan/mar. Brasília, 2001, p. 118).

²³⁷ Como bem asseverado por Guilherme Rizzo Amaral, “a substância do formalismo são estes valores. Sem eles, teríamos o formalismo oco, vazio. E se os valores estiverem presentes, porém, forem diversos daqueles apanháveis do campo social, ou, ainda, forem objeto de equivocada ponderação (prevalência exacerbada de um em detrimento de outro), então estamos diante de um formalismo pernicioso. Situações distintas, mas com consequências igualmente nefastas para a realização dos escopos do processo” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 36).

²³⁸ ZANETI JR. Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 43.

²³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 263; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul*, v. 15, p. 7-20, 1998; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 7-31, jul. 2006.

²⁴⁰ Nada mais justo que transcrever as palavras de seu criador: “muito mais consentâneo ao nosso ambiente cultural revela-se colocar o processo no centro da teoria do processo. Valoriza-se aí, em maior escala, o papel de todos que nele

A metodologia cambia, perdendo a legislação o destaque como fonte primeva, dando azo à Constituição – caracterizando a transição contemporânea do Estado Legislativo ao Estado Constitucional²⁴¹ - e “para imantar o formalismo processual com os princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais, o neoprocessualismo se concentra na ideia de colaboração processual, reorganizando o papel das partes e do juiz na conformação do processo”.²⁴²

Como se minudenciará no capítulo seguinte, o modelo constitucional-cooperativo/colaborativo de processo (arts. 1º e 6º do CPC) se sobreleva pela densificação da isonomia²⁴³ (art. 7º do CPC) e

tomam parte, o modelo cooperativo de processo civil e o valor participação inerente à nossa democracia constitucional [...] tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o formalismo-valorativo, além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça igualdade, participação, efetividade, segurança – base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação [...] nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio de atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, idéias essas inseridas em um novo conceito, o de cidadania processual” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22-23).

²⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 33

²⁴² ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 35.

²⁴³ SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das*

do contraditório (arts. 9º e 10 do CPC).²⁴⁴ O desígnio é limitar a arbitrariedade e discricionariedade estatal,²⁴⁵ com a ampliação portentosa dos poderes das partes na construção do provimento jurisdicional²⁴⁶.

Portanto, “cada sentença e cada decisão contêm fundamentos previamente debatidos com todos aqueles que serão diretamente afetados por elas: o juiz é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. Mesmo as questões que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz precisam antes ser objeto de manifestação em contraditório”,²⁴⁷ em apanágio ao processo justo.²⁴⁸

Além do Código de Processo Civil de 2015 ter expressamente adotado este modelo cooperativo de processo, a legislação estrangeira já vinha chancelando tal posicionamento: art. 16 do novo Código de Processo Civil francês, de 1975, com alterações posteriores; art. 266 do Código de Processo Civil português, de 1961, revisto em 1995/1996; § 139 do ZPO – Código de Processo Civil alemão; art. 101 do Código de Processo Civil italiano, de 1940.

Embora miraculoso, e não obstante seu progresso civilizatório, “o neoprocessualismo ou formalismo-valorativo não tem potencialidade para ir muito mais longe. O âmbito de suas propostas não

desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, fev. 2011. p. 56.

²⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 198, ago. 2011. p. 219.

²⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Sentença arbitrária. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 204, fev. 2012. p. 43.

²⁴⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 172, jun. 2009. p. 51.

²⁴⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 36.

²⁴⁸ Nesse sentido: “em definitivo, o 'processo justo', concretizado e articulado em uma série de garantias que informam os singulares institutos processuais, constitui hoje o modelo constitucional do processo. Como tal o deve levar em conta o legislador ordinário ao propor reformas processuais.” (PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p. 215).

permite considerá-lo uma metodologia global para o processo civil. Ele propõe, de fato, um novo método para interpretar as regras processuais e para conformar o processo a partir da Constituição, visando a combater o formalismo excessivo e a arbitrariedade judicial. É incremento democrático para o direito processual. Mas o espectro de regras e instituições alcançadas por essa nova hermenêutica é limitado. Muitos problemas processuais não encontrarão respostas no formalismo-valorativo porque não dependerão de incursões constitucionais ou não decorrerão do excesso de formalismo. Problemas referentes à celeridade processual e à duração razoável do processo não encontram nele respostas adequadas. A efetividade da prestação jurisdicional, embora referida como valor, pouco consegue se inspirar por meio dos postulados neoprocessualistas”.²⁴⁹

Em escorreita síntese, pode-se testificar que “a grande contribuição da ideia do formalismo-valorativo vem do reconhecimento expresso dos valores a ponderar (efetividade e segurança) e do seu permanente conflito, assim como na afirmação do processo como fenômeno cultural. O processo deixa de ser mero instrumento ou técnica, passando a exibir também um conteúdo axiológico que nenhum intérprete pode negar ou deixar de considerar na aplicação das normas processuais ao caso concreto”²⁵⁰ e “como a própria terminologia conduz – um novo processualismo que (re)valoriza o formalismo –, trata-se de um retorno ao formalismo processual (o processo visto a partir de um ângulo interno), visando a redimensioná-lo a partir dos valores constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais”.²⁵¹

Os timbres marcantes dessa estrutura doutrinária são os seguintes: a) (re)visitação do fenômeno jurídico-processual através dos

²⁴⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 38.

²⁵⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 43.

²⁵¹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 35. No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prê-a-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, abr. 2011, p. 57.

princípios e garantias constitucionais, os quais forjam seus pressupostos teóricos; b) formalismo: o processo é visualizado a partir de seu ângulo interno ou orgânico, mesmo que objetivando a reestruturação a partir dos cânones do direito constitucional; c) o processo é a fonte metodológica, e não a jurisdição, haja vista a cooperação intersubjetiva das partes como elemento central.

1.3.5 Neoinstitucionalismo

Epigrafada fase metodológica origina-se na denominada “Escola Mineira de Processo”, especialmente pelos escritos de Rosemiro Pereira Leal,²⁵² cujo vértice teórico e estruturante é o *habermasiano*.²⁵³

²⁵² Especialmente: LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma análise conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. viii: “a teoria neoinstitucionalista do processo é uma resposta que elaborei (e venho elaborando!) ao holocausto a que fui submetido pelo aprendizado museológico de um Direito fincado na ideologia secular da Ciência Dogmática do Direito. Com o advento da Constituição brasileira de 1988, encerrando-se o ciclo totalitário de 1964, entendi que o seu art. 1º abolira o e republicanismo (modelo comunitarista de Estado Social que, a seu turno, preserva veladamente a tradição do Estado Libera) com expressa implantação do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma de Estado, a meu ver, porque protossignificativo e constitucionalizado (sistematizado) por uma teoria linguístico-autocrítica-jurídica denominada processo, núcleo gestativo sistêmico da própria Lei Constitucional, é que iria, por uma de suas vertentes que cognominei neoinstitucionalista, reclamar compreensões pela ciência não dogmática, logo democrática de direito no sentido que lhe empresto no decorrer deste ensaio”. No mesmo sentido: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 12ª Ed., São Paulo: Forense, 2012.

²⁵³ Sobre o marco teórico de Habermas: “a forma de tornar possível a legitimidade permanente do direito se dará mediante a institucionalização jurídica das condições para a ação comunicativa (ou, como quer Habermas, as condições pragmáticas do discurso), ou seja, através do estabelecimento de normas jurídicas por via das quais se permita uma constante participação dos destinatários das normas na produção normativa, afastando, assim, a contingência de decisões arbitrárias ou que determinem o retorno continuado à *autopoiesis*” (LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 148).

Eis a teoria mais complexa e interessante acerca da natureza e função do processo.

Para referida doutrina, “no plano do Direito Processual, em sua matriz neoinstitucionalista, encontra-se uma proposta teórica consistente que explica como a principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) pode ser entendida como assecratória dessas condições de legitimidade decisória, explicando como o princípio do discurso pode ser institucionalizado”.²⁵⁴

O processo é um discurso argumentativo de compartilhada fixação procedimental²⁵⁵ de sentidos normativos nos níveis instituinte, constituinte e constituído do fenômeno jurídico.²⁵⁶ Desse modo, a crença milenar do direito sendo a dimensão congênita²⁵⁷ (autopoiética) e intrínseca ao ser social é desabonada. O ser humano passa a lidar “com um direito na acepção de médium linguístico-autocrítico coparticipativo de produção, aplicação e extinção da normatividade”.²⁵⁸

Conjectura-se “a pré-instalação de um pacto de significância (paradigma discursivo-linguístico) como *teoria da constitucionalidade* (teorai axial), a regenciar e balizar a construção, aplicação e extinção do direito que reclama, por conseguinte, ao seu exercício, falantes dialógicos (legitimados ao processo) que adotem princípios autocríticos: contraditório, ampla defesa e isonomia. Em consequência, ao se sustentar, na perspectiva neoinstitucionalista, que o processo é uma instituição constitucionalizada que se define por tais princípios, o que se desconstrói e anarquiza (desordena) é a presunçosa autocracia (tirania) de ‘eus’ solipsisas, inatos e pressupostamente

²⁵⁴ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 150.

²⁵⁵ POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. São Paulo: Editora USP, 1975, p. 26.

²⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma análise conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 12.

²⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora da UNB, 1980, p. 43.

²⁵⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia do processo na teoria neoinstitucionalista. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005, p. 5.

contextualizados em seus absolutos e estratégicos saberes deontológicos e corretivos na justificação e aplicação do Direito”.²⁵⁹

Tal visão da processualística “supõe uma teoria constitucional específica em que a totalidade do povo, por força da ação coextensiva ao procedimento, constitui a causa dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação dos direitos, e exige o resgate da cidadania, sem o comprometimento dos órgãos do Estado como simples prestadores de serviços públicos”.²⁶⁰

A teoria se fundamenta em aportes extrajurídicos, principalmente no pensamento de Popper acerca da “sociedade aberta”,²⁶¹ a miséria do historicismo²⁶² e no agir comunicativo²⁶³ de Habermas. Adverte criticamente o criador da tese que “o risco que se corre é a ira indomável dos prosélitos do positivismo, dos líderes carismáticos, dos tradicionalistas e burocratas weberianos, principalmente dos hegelianos que têm fé na racionalidade da história e crêem firmemente no milagre do tempo curativo de todos os males, dos escatologistas de todas as índoles, dos fatalistas morais, enfim, dos ‘filósofos de crença’. Claro que aqui se incluem os ‘agóricos’ (os demagogos da fala nua), os arautos das artes e dos esportes como produtos sublimes da humanidade – essa humanidade kantiana que é pré-fundada numa suposta sociedade universal, cujos integrantes desde

²⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma análise conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 44.

²⁶⁰ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 306.

²⁶¹ Para uma análise profunda: POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: EDUSP, 1980.

²⁶² POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. São Paulo: Cultrix, 1980.

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. E síntese, para referida teoria, “todo o ato comunicativo carrega em si afirmações de validade (verdade, correção e sinceridade), em que a validade reivindicada é capaz de suportar críticas sob as condições de discurso, ou seja, um contexto de justificação argumentativa de suas pretensões que os participantes consideram irrepreensível” (LEAL, R. G. Jürgen Habermas. In BARRETO, V. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, 2009, p. 406).

sempre são todos os nascidos e já escatologicamente impregnados por uma vontade benévola voltada à prática do Bem (a Moral), devendo ser punidos, como forma de recuperação de sua cidadania, até mesmo com a pena de morte, se transgredirem esses irrecusáveis desígnios de desvelamento da paz perpétua credulamente intrínseca à ‘natureza’ humana”.²⁶⁴

No hodierno paradigma de Estado Democrático de Direito, que segundo os arautos do neoinstitucionalismo, “não é o observado pelo [projeto do] novo CPC, o juiz não é árbitro, mediador ou Estado, para individualmente dizer o que o direito legislado é, mas mero operador, como as demais partes e interessados, do sistema jurídico criado e estabilizado por direitos fundamentais líquidos e certos do Processo (não por cláusulas pétreas do discurso prático-moral) desde seus níveis instituinte e constituinte”.²⁶⁵

1.3.6 Garantismo ou neoprivatismo²⁶⁶

A dicção *garantista* ou seu sucedâneo, *garantidor* “provém do subtítulo que Luigi Ferrajoli pôs em sua magnífica obra *Direito e razão* e quer significar que acima da *lei*, com minúscula, sempre está a *Lei*, com maiúscula (= a Constituição). Em outras palavras: é guardar adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica”.²⁶⁷

²⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma análise conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 2.

²⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma análise conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 20.

²⁶⁶ É a denominação encampada por Barbosa Moreira para o mesmo fenômeno. A propósito: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: *Leituras complementares de Processo civil*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 309-320.

²⁶⁷ ALVARADO VELOSSO, Adolfo. O garantismo processual. In: *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciências Sociales de Córdoba, 2009, p. 145.

O garantismo processual busca salvaguardar o indivíduo contra os arbítrios do Estado – caracterizado pelos incrementos dos poderes instrutórios do juiz, isto é, pelo *ativismo*²⁶⁸ -. Como é sintomático, estriba-se nas digressões jusfilosóficas de Ferrajoli.²⁶⁹ Seus arautos mais proeminentes são Montero Aroca, na Espanha; Correia de Medonça, em Portugal; Cipriani, na Itália; Caverio, no Peru; e Alvarado Velloso, na Argentina. No Brasil, desponta como ideólogo Gumerato Ramos.

A postura ideológica do garantismo se desvela na valorização da categoria “processo” e, consequentemente, na cláusula constitucional do devido processo legal²⁷⁰ (ampla defesa, contraditório e imparcialidade do juiz). Propalam o purismo dogmático e maniqueísta em face do ativismo. Encontra seu alicerce “no pensamento liberal, que propugna o respeito à liberdade, com a correspondente limitação do poder estatal. Os partidários dessa concepção defendem que os sistemas processuais nos quais são conferidos poderes instrutórios ao juiz têm caráter antiliberal e, pois, autoritário, reforçando o poder em detrimento da liberdade, elementos que convivem em antitéticas posições de eterna tensão”.²⁷¹

É posição doutrinária aferrada quanto à manutenção da irrestrita vigência constitucional e, com ela, da ordem legal vigente no

²⁶⁸ Para aprofundar o debate entre garantismo e ativismo processual, consultar: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55. Em síntese, é um debate em torno: a) dos aspectos ideológicos do processo civil; b) dos sistemas inquisitivo e dispositivo; c) do papel e poderes do juiz; d) da dimensão constitucional da jurisdição; e) do significado e conteúdo do devido processo legal e contraditório.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 683-766.

²⁷⁰ Quanto a ser a cláusula do devido processo legal a raiz de outros princípios constitucionais: NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 31; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 19-21.

²⁷¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 157.

Estado, de modo que esta se adéque com plenitude às normas programáticas da Constituição.²⁷² Portanto, “o garantismo processual civil – e diga-se ‘processual civil’ porque o garantismo processual penal pode e deve ter outro sentido – está posto como o inverso do ativismo, devendo o juiz se manter alheio à delimitação do objeto do processo e na definição do âmbito da prova, também como um espectador, sem interferir nessas atividades”.²⁷³ É fácil notar o mote desse modelo: o processo deve ser o baluarte do indivíduo, nunca do Estado. Afinal, “o Código Civil de 2002 colocou a pessoa no cento da codificação. Antes, em 1988, a Constituição erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana e estabeleceu amplo rol de direitos fundamentais, cujo único propósito consiste em proteger a pessoa contra o Estado e seus órgãos. Esses direitos fundamentais processuais garantem as partes contra o arbítrio, a prepotência e os pendores ideológicos do órgão judicial”.²⁷⁴

O modelo garantista detém como vetor fundante o seguinte axioma: “as normas processuais são conhecidas de antemão e as modificações no curso do processo tornam o resultado ilegítimo do ponto de vista institucional”.²⁷⁵

Crítica obtundente à doutrina do garantismo processual é a de que seus sectários tergiversaram a fundamentação filosófica, política

²⁷² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 17.

²⁷³ GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 370.

²⁷⁴ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 286.

²⁷⁵ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 285. No mesmo sentido: RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Fórum, v. 18, n. 70, abr. 2010, p. 81.

e jurídica do próprio garantismo de Ferrajoli.²⁷⁶ Ao revés, perlustram um garantismo tecnocrata, fundado em propostas concretas, procedimentais, dentre as quais, como assentado alhures, a redução dos poderes do juiz (tanto instrutórios como de impulso e saneamento).

1.3.7 Pragmatismo²⁷⁷

Impende gizar que *pragmatismo* não se confunde com *pragmática*. Essa é entendida como “a parte da semiótica que trata da relação entre os signos e os usuários dos signos”,²⁷⁸ ou seja, a epistemologia da linguística “como fenômeno simultaneamente

²⁷⁶ GALVEZ, Juan F. Monroy. Y al final del día, qué es el garantismo procesal civil? *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires, ano 06, n. 09, 2006, p. 9.

²⁷⁷ Especificamente, o pragmatismo jurídico consiste na revivescência de um movimento preponderante na esfera jurídica norte-americana do início do século XX, o Realismo Jurídico (também conhecido como Jurisprudência Sociológica). Esta escola teórica teve entre seus principais idealizadores Roscoe Pound, Benjamin Cardozo e Oliver Wendell Holmes. São três características fundamentais que definem o pragmatismo jurídico, quais sejam: contextualismo, consequencialismo e antifundacionalismo. O contextualismo implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. O consequencialismo, por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas conseqüências e resultados possíveis. E, por fim, o antifundacionalismo consiste na rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento. Para aprofundamento: ATIYAH, Patrick. *Pragmatism and theory in englis law*. London: Stevens and Sons, 1987; FISCH, Max. Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism. In: LAINE, Kenneth; KLOESEL, Christian. *Peirce, semeiotic and pragmatism*. Bloomington: Indiana University Press, 1986, 6-18; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006; POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2005.

²⁷⁸ ARMENGAUD, Françoise. *A pragmática*. São Paulo: Parábola Editorial, 2006. p. 11.

discursivo, comunicativo e social”.²⁷⁹ Embora haja intersecções, o pragmatismo processual não se imiscui nesta, enquanto estudo da linguagem.

O mote dos pragmáticos é a utilização da razão como engenho a aquinhoar os seres humanos às súperas expectativas de agir no mundo. O que transborda tal função – racionalidade desprovida de consecutórios práticos – é considerada “desvio de finalidade”.²⁸⁰ E, “partindo da origem darwinista da razão, o pragmatismo se posiciona radicalmente contrário ao absoluto e a qualquer novo substituto da divindade. Rejeita, por isso, o apriorismo e as verdades absolutas. A filosofia pragmática não busca encontrar a causa primeira das coisas”,²⁸¹ a considerar “desprezíveis as questões tradicionais da metafísica e da epistemologia, pois elas não têm nenhuma utilidade social”.²⁸²

Destarte, é antifundacionalista, apresentando-se também como movimento antirracionalista, porquanto “o pragmatismo volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e

²⁷⁹ ARMENGAUD, Françoise. *A pragmática*. São Paulo: Parábola Editorial, 2006. p. 12.

²⁸⁰ RORTY, Richard. *Pragmatismo e política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 126. Como lembra Posner, “isso não é para denegrir o papel que a inteligência especulativa, a imaginação e o pensamento abstrato desempenharam no progresso humano, inclusive no progresso científico e tecnológico. Uma outra implicação do darwinismo, no entanto, coloca o lado da teoria da atividade intelectual em perspectiva: é provável que nossos procedimentos intelectuais mais convincentes sejam experimentais em vez de apriorísticos. A evolução é um processo experimental, um processo de tentativa e erro. As mutações criaram variações herdáveis e a seleção natural na verdade escolhe o mais adaptativo. Pura tentativa e erro opera devagar demais para ser uma estratégia de pesquisa factível e é aí que entra a teorização. As teorias escolhem os caminhos mais promissores para a investigação experimental. Mas isso significa que a teorização é o início da investigação, não o final.” (POSNER, R. A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25).

²⁸¹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 58.

²⁸² RORTY, Richard; ENGEL, Pascal. *Para que serve a verdade?* São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 58.

da insuficiência, das soluções verbais, das más razões a priori, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito sem rebuços do temperamento racionalista. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade”²⁸³.

Concernente ao método do pragmatismo jurídico, este pode ser encetado pelas seguintes características: “(a) desconfiança de instrumentos metafísicos de justificação ética; (b) a insistência de que a validade de proposições seja testada pelas suas consequências; (c) a insistência de que projetos éticos, políticos e jurídicos sejam julgados e avaliados por sua conformidade com necessidades humanas e sociais, e não por critérios supostamente objetivos e impessoais”²⁸⁴.

A insipiente “escola” pragmática²⁸⁵ no âmago do direito processual civil²⁸⁶ engendra-se formalmente em 2013, com a tese de

²⁸³ JAMES, Willian. *Pragmatismo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 47.

²⁸⁴ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 43.

²⁸⁵ A pragmática, ou o pragmatismo são termos utilizados de forma despuorada. Próprio da contribuição estadunidense, a pragmática é uma corrente filosófica desenvolvida a partir do final do século XIX, iniciado pela reflexão de Charles Sanders Peirce, pelo psicólogo William James e pelo jurista Oliver Wendell Holmes Jr., angariando adeptos nos Estados Unidos, confrontando a ótica prática com a visão racionalista. Nesse sentido: GHIRALDELLI JR., Paulo. *O que é pragmatismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 23; JAMES, William. *Pragmatismo*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 11.

²⁸⁶ Ao menos, em âmbito nacional, já que o pragmatismo, mesmo que não confessadamente, sempre foi utilizado nos sistemas de *common law*. O direito processual civil anglo-saxônico é resumido à compreensão dos esquemas procedimentais (*civil procedure*). Portanto, nos sistemas processuais adversariais/isonômicos, como é o caso do estadunidense e inglês, “o procedimento não é tido como garantia contra o arbítrio, mas sim como técnica para coordenar o andamento da causa e os debates em torno do conflito, de modo que acaba se adequando a ele con forme as partes conduzem o procedimento, e não o contrário.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A

doutoramento de Vicente de Paula Ataíde Júnior, denominada “Processo Civil Pragmático”. O epicentro da doutrinação em testilha é combater a abstração, o conceitualismo²⁸⁷ e o paradigma racionalista²⁸⁸ até então vigente. Para esta vertente ideológica, todo o edifício legiferante se fundamenta na metafísica, e não em testes empíricos. Destarte, “todas as respostas foram condicionadas pela adequação ao sistema lógico do direito processual. O debate sobre a verdade das proposições jurídico-processuais se limita ao juízo de subsunção aos conceitos e ao sistema formado por eles”.²⁸⁹ O pensamento “científico” do Direito (processual) é(ra) operação algébrica, dissociado do cotidiano forense,²⁹⁰ espraiando

flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 163, set. 2008. p. 165).

²⁸⁷ É esse o pensamento dominante até então, desde os racionalistas, principalmente Leibniz, quando assevera que: “a doutrina do direito é de índole daquelas ciências que não dependem de experiências, mas de definições, não das demonstrações dos sentidos, porém da razão; são, por assim dizer, próprias do direito e não do fato. Portanto, assim como a justiça consiste num certo acordo e proporção, pode entender-se que algo é justo embora não haja quem pratique a justiça, nem sobre quem ela recaia, de maneira semelhante a como os cálculos numéricos são verdadeiros, embora não haja nem quem numere e nem o que numerar, da mesma maneira como se pode predizer de uma coisa, de uma máquina ou de um Estado, que, se tiverem de existir, hão de ser formosos, eficazes e felizes, mesmo que nunca tenham existido” (LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Los elementos de derecho natural*. Madrid: Ed. Tecnos, 1991, p. 70).

²⁸⁸ Acerca do tema, além das manifestações exortadas neste trabalho, conferir: SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006; SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007; SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2011, dentre outros.

²⁸⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 42.

²⁹⁰ O próprio Enrico Tullio Liebman, ao comentar a experiência italiana na década de 50, asseverou: “infelizmente, embora fosse o Código o resultado de um movimento científico em que a largueza de idéias e a profundidade e extensão do estudo estavam ao nível do fervor dedicado durante várias décadas

seus frutos malditos pelos anos de inadvertido desprezo à experiência e repulsa ao empirismo – e seu pináculo é a derrocada e o perene fracasso das instituições jurídicas.²⁹¹

Para os pragmáticos, “é preciso mudar a ótica e procurar qualquer coisa radicalmente diversa”,²⁹² isto é, uma transmutação metodológica “desligada do racionalismo, que não dependa tanto de conceitos ou de abstrações teóricas”²⁹³ e que desagregue de “seu discurso qualquer forma de dogmatismo ou de autoridade”,²⁹⁴ consubstanciando-se em “método francamente antiformalista, que se desprenda da necessária correspondência entre as soluções processuais e o sistema construído pela ciência processual. Um método que avalie a

à perseguição da meta eleita, faltou por inteiro a preparação técnico-administrativa que deveria ter acompanhado a reforma da lei. Insuficientes os órgãos judiciários e as suas instalações, insuficiente o número de magistrados (basta dizer que estes são em número pouco superior ao tempo da unificação da nação, quando a população era a metade da de hoje, pouquíssimas as indústrias e bem menos intenso o comércio). Mas os inconvenientes que haveriam de decorrer disso tornaram-se ainda muito mais graves pelo fato do Código ter entrado em vigor em tempos difíceis, que influíram gravemente sobre a atuação da reforma. Deu-se uma séria crise na administração da justiça civil, que provocou protestos gerais e tumultuários e, na maior parte dos casos, não se soube ou não se quis individualizar com clareza as suas verdadeiras causas, jogando-se a culpa no Código; não cuidando os órgãos competentes de melhorar e reforçar a organização judiciária, pensou-se que indispensável fosse a reforma deste” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1. p. 48).

²⁹¹ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, fev. 2011. p. 402.

²⁹² No original, em italiano: “ocorre cambiare ottica e cercare qualcosa di radicalmente diverso” (VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e futuro: conciliazione e class action. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, mar. 2010, p. 298).

²⁹³ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 46.

²⁹⁴ ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 203, jan. 2012. p. 225.

verdade das proposições de seu campo de conhecimento através do contato com o mundo empírico. Uma metodologia do direito processual que inclua as técnicas de investigação das ciências sociais e econômicas para melhor avaliar a adoção de uma ou de outra solução. Um método, enfim, que ajude a resolver problemas reais, fornecendo meios concretos de atuação e decisão”.²⁹⁵

A corrente busca na operacionalidade²⁹⁶ do processo sua efetividade através de componentes e técnicas metajurídicas. É proposta multimetódica. Nesse diapasão, “administração, economia e sociologia compartilham o mesmo locus da experiência processual, cada qual fornecendo a sua medida de colaboração para a prática-com-êxito desse peculiar direito dinâmico. O fenômeno processual não se reduz à lógica jurídica, nem aos conceitos e sistematizações legais e doutrinárias. Num direito dinâmico, operacional, que trabalha com dados empíricos de administração de rotinas, chega a ser contraproducente – para não dizer ilógico – produzir soluções abstratas, saídas de formulações exclusivamente ideais”.²⁹⁷

Labora com a noção de “soluções processuais”, cuja categorização se perfaz como “resposta, empiricamente orientada, para um problema processual”. É análise multidimensional, caleidoscópica, a comungar “demandas valorativas do processo justo, com as exigências funcionais do processo operacional”, de modo que uma solução processual “trabalha todas as variáveis possíveis da gênese do problema”.²⁹⁸

O juiz pragmático opera com criatividade, sem esbarrar no anátema do ativismo pernicioso. Portanto, “pode-se dizer que um juiz pragmático, enquanto juiz criativo, é ativista, mas no sentido positivo do

²⁹⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 47.

²⁹⁶ Na doutrina de Pontes de Miranda aparece a ideia de que o processo é “operação em seguimento”, durante a relação jurídica processual (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 45).

²⁹⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 109.

²⁹⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 109.

termo. Esse juiz ativista, que não se confunde com o juiz ativo ou diligente/atuante, é aquele que, a partir de uma visão progressista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e reformador”.²⁹⁹

Outro vetor desta fase é conceber a “ciência” processual sem um pólo metodológico específico de estudo, ao contrário das fases precedentes (no período autonomista foi a ação; no instrumentalismo, a jurisdição; no formalismo-valorativo, o processo). Para os pragmáticos, os prologais estágios padeciam de uma visão reducionista do fenômeno processual, “não conseguindo enxergar, ao menos suficientemente, que todos esses elementos estão interligados e são interdependentes”.³⁰⁰ Com tal escopo sistêmico, coaliza-se as elementares constituintes do processo com seus corolários/finalidades: “a prestação jurisdicional deixa de ser exclusivamente o fim do processo (sentença/execução), para representar todo o seu desenvolvimento. Por intermédio de um único conceito leva-se a pensar não só na constituição e nas características do fenômeno processual, como nos seus escopos fundamentais”.³⁰¹

Suas principais características podem ser assim recopiladas: a) ausência de pólo metodológico; b) visão sistêmica do fenômeno processual; c) inexistência de ângulo único de estudo (interno ou externo), sendo holístico e multidimensional; d) não esgotamento da experiência processual na normatividade formal.

1.3.8 Breve fechamento

O zênite da abstração enterneceu o fastígio da processualística. Abstração e processo civil passaram a ser duas facetas de uma mesma *persona*, em virtude das muitas vezes estéreis elucubrações acadêmicas tendentes a esboroar o ergástulo em que se encontrava o processo perante o direito material.

²⁹⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 110.

³⁰⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 112.

³⁰¹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 114.

Toda tentativa emancipatória da “ciência” processual frente ao direito material, hodiernamente, deve ser acarada com cordura. Afinal, no atual estado da arte, o processo civil alcançou maturidade científica suficiente.

Debelada a fase de afirmação do processo civil – e de seu lócus na medula da Constituição Federal -, quem pretender estudar tal fenômeno jurígeno deve estar atento aos seus aspectos fático-sociais. É dizer: o processo, como uma das circunspecções do que se entende por *Direito* não está alienado de seus matizes sociológicos, linguísticos e culturais.³⁰² O *jurídico* é a amálgama harmônica e incidível desses aspectos, irredutíveis às categorizações binárias de “processual” e “material”.

Ora, indubitável que “todas as características do direito processual civil, de forma mais ou menos intensa, de forma mais ou menos direta, são informadas pelo direito material. Há uma necessária

³⁰² Afinal, como bem nos lembra autorizada doutrina, “a teoria do processo pode ser encarada como uma disciplina aglutinadora de dados sobre seu objeto formal de estudo, provenientes das mais diversas fontes: sociologia, história, psicologia, ciência política, etc” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 64). Importante também não incidir no ingênuo e esquecer que, como fenômeno social e político, o direito processual flerta com o que o *poder*. Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do Poder (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 22. Isso porque “o poder é um dos conceitos-chave na grande tradição do pensamento ocidental” (PARSONS, Talcott. Conceito de poder e política. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política e sociedade*. São Paulo: Editora Nacional, 1979, p. 21). Também, “o conceito fundamental da ciência social é o poder, da mesma forma que a energia é o conceito fundamental da física” (DANTAS, Ivo. *Ciência política: teoria do poder e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 32). Em suma: “o conceito de poder é talvez o mais fundamental em toda a ciência social” (KAPLAN, Abraham; LASSWELL, Harold. *Poder e sociedade*. 2ª Ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 110), sendo que “a problemática do poder é essencial tanto à Ciência Jurídica quanto à Ciência Política, não faltando jusfilósofos contemporâneos que, justamente, apontam o poder como ‘elemento de conexão’ entre o mundo do Direito e do Estado, os quais reciprocamente se coimplicam, sem se reduzirem um ao outro” (REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 76).

comunicação, uma necessária interpenetração de um campo no outro”.³⁰³ E, “para que tenhamos um processo civil alinhado com os escopos constitucionais e democráticos, não há sentido algum em desenvolvermos inúmeras teorias processuais sobre conceitos técnicos se, junto com estes aspectos técnicos, não fizermos avaliações pontuais do direito material que se pretende preservar ou garantir”.³⁰⁴ Direito processual civil, ausente o espectro substancial (direito material), é mero receptáculo oco; corpo sem alma.³⁰⁵

2 MODELOS DE HIERARQUIA PROCESSUAL

2.1 APORTES ENTRE PARTICIPAÇÃO E JURISDIÇÃO: O PROCESSO COMO PRESSUPOSTO À LEGITIMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

³⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 1, p. 50. Em igual sentido: OLIVEIRA NETO, Olavo de. O processo como instituição constitucional. In: MOREIRA, Alberto Campinas; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sergio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 636.

³⁰⁴ GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz participativo: meio democrático de condução do processo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169. Em sentido análogo ao ora esposado, já pronunciou-se o professor José Carlos Barbosa Moreira: “querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e assim por dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitui instrumento eficiente de realização do direito material” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, jan./mar. 2002, p. 181.

³⁰⁵ Clássica é a lição de Chiovenda: “il processo deve dar perquanto è possibile praticamente a qui ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 110).

Este capítulo devota-se aos matizes históricos, políticos e ideológicos da trama. No subsequente se minudenciarão os vetores teóricos-principiológicos³⁰⁶ do modelo que se pretende adotar e, nos dois capítulos derradeiros, a aplicação dogmática deste expediente.

Discriminadas as *fases metodológicas* em que se fulcrou a “ciência” processual civil, cumpre neste capítulo trabalho diverso, embora com a mesma diretriz epistemológica. É chegado o momento de se analisar – mesmo que perfunctoriamente – os *sistemas processuais* antagônicos que vigoravam (liberal e social) para assomar ao estágio hodierno: o modelo participativo fundamentado no Estado Constitucional Democrático^{307 - 308}. Adianta-se que, *grosso modo*, podem ser cogitados quatro modelos processuais: a) liberal; b) social; c) garantista e; d) participativo. A tais modelos correspondem figuras do Estado-Juiz: a) espectador; b) ditador; c) diretor; d) mediador.³⁰⁹

³⁰⁶ Principalmente com espeque no contraditório colaborativo: COMOGLIO, Luigi Paolo. Il ‘giusto processo’ civile in Italia e in Europa. In *RePro* n. 116. São Paulo: RT, 2004; COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil. In *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. v. 1; LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. In *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione (problemi di diritto Tedesco e italiano)*. Milano: Giuffrè, 1974.

³⁰⁷ O Estado Constitucional designa um modelo de Estado de Direito surgido com as constituições do segundo pós-guerra e oposto ao Estado Legislativo no que concerne à estrutura do ordenamento jurídico. Para aprofundamento: BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 14.

³⁰⁸ Mesmo quando o texto não expressar o vocábulo “Democrático”, o mesmo é ínsito a todo Estado de Direito. Afinal, os postulados democráticos se encontram presentes, em tese, desde o Estado Liberal, a partir da incorporação do princípio da separação dos poderes, conforme: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 27.

³⁰⁹ Em sentido análogo, porém utilizado de terminologias diversas, pronuncia-se Araken de Assis. A propósito: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 279.

Ora, “a forma de estruturação do sistema jurídico guarda uma correlação com a própria organização estatal implementada em determinada quadra histórica, criando um horizonte interpretativo peculiar com base nesse paradigma jurídico (*Rechtsparadigma*)”.³¹⁰ A disciplina normativa do processo “(e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias”.³¹¹

Portanto, descrever-se-ão *modelos ideais* ou heurísticos, supostamente “puros”, sem se olvidar da complexidade inerente a qualquer sistema social. De igual modo, não se imiscuirá nos sempiternos debates acerca do que se entende pelo vocábulo *Estado*. No campo político, exemplificativamente, Schmitt entende que o conceito não é válido universalmente, mas concreto e histórico, surgido a partir da ideia de soberania.³¹² No âmago da filosofia, Kant caracteriza-o como a reunião de uma turba vivendo sob o império das leis positivas do

³¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 68. E, Habermas explica que: “as ordens jurídicas concretas não representam somente modalidades diversas na realização de direitos e princípios idênticos. Nelas se refletem também paradigmas jurídicos distintos entre eles. Estes últimos, eu concebo como concepções exemplares, mediante as quais uma comunidade jurídica enfrenta o problema de realizar o sistema de direitos e princípios do Estado de Direito, a partir de uma percepção efetiva do contexto social dado” (HABERMAS, Jürgen. *Factividad y validez: sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 231).

³¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER JR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 7ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2009, p. 310.

³¹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1992, p. 52.

Direito.³¹³ Para Hegel, estado é a totalidade da reserva ética.³¹⁴ No campo jurídico, Kelsen apregoa ser a ordem normativa das condutas humanas.³¹⁵ Finalmente, para não se delongar no ponto, na acepção sociológica, pode ser entendido como corporação territorial com poder de mando.³¹⁶

Como é consabido, “as ideologias políticas influenciam enormemente a forma como se enxerga: (i) a estruturação básica do Estado e a sua ordenação normativo-constitucional [*polity*]; (ii) a maneira de formularem-se as decisões governamentais e de ocuparem-se os postos de governo pelos competidores [*politics*]; (iii) as metas, as tarefa e os objetivos a serem alcançados pelo Estado e os meios técnicos a serem empregados para essa consecução [*policy*]. Daí porque não é preciso grande esforço para que se conclua que a organização administrativo-funcional do Estado-juiz, o modo de formularem-se as decisões judiciais, a maneira de ocupação dos cargos judiciários e de apoio, e os objetivos, as metas e as tarefas que cabem ao Estado no desempenho específico da função jurisdicional. Em vista disso, é inevitável que essa influência ideológica também acabe sendo exercida sobre o principal instrumento a serviço da justiça não-criminal, o *processo civil*, ou sobre a forma de interpretá-lo. Existe, assim, uma profunda relação entre o direito processual e as ideologias políticas”.³¹⁷

Pronunciar-se acerca do Estado Democrático de Direito é, em última análise, pronunciar-se sobre o sobrepujamento dos modelos liberal e social – porquanto nestes, o desiderato da idealização “Estado”

³¹³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 2ª Ed., São Paulo: Edipro, 2008.

³¹⁴ HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1997.

³¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: UnB, 1990.

³¹⁶ JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatrós, 1954, p. 135.

³¹⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 171.

é o de adaptabilidade à ordem (pre)estabelecida³¹⁸ -, com a conseguinte frincha ao manutenção da secessão entre sujeitos e Estado, o qual transmuda(va) *cidadania* em uma promíscua relação paternalista de clientela. A sina do sujeito-cidadão, nos modelos pretéritos, era expectar de forma apática e periférica o agir estatalista.³¹⁹ Nesse diapasão, não se revela crível falar-se em prevalências de interesses de modo apriorístico, “já que nem o público pode mais ser visto como estatal, nem o privado como sinônimo de egoísmo”.³²⁰

Comunga-se da conotação de Estado Democrático de Direito como “sistema jurídico-normativo consistente, concebido e estudado pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiro complexo de ideias, princípios e regras juridicamente coordenadas, relacionados entre si por conexão lógico-

³¹⁸ Nesse sentido: “como *liberal*, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em *social*, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91).

³¹⁹ Afinal, “na medida em que se aprofunda a distância entre governados e governantes, e declina a importância das instituições representativas na estrutura estatal, a relação de cidadania se converte numa relação paternalista de clientela. Cada vez menos os atos do Estado podem ser imputados à vontade majoritária de seu povo, em razão da autonomização da tecnocracia, e da apatia política que contamina uma sociedade que se interessa apenas pelo consumo. É eloquente o fato de que, na linguagem política, afigura do cidadão venha sendo substituída pelo do consumidor” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 23).

³²⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses públicos e privados*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 263.

formal, informadores de moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sal caracterização e estruturação jurídico-constitucional”.³²¹

A Carta de Outubro, em seu art. 1º define Estado Democrático, na mesma tessitura que a Constituição portuguesa (art. 2º) e a espanhola (art. 10).³²² Em um Estado Democrático de Direito, mandatário que o cidadão seja vislumbrado como *partícipe*,³²³ nunca mero títere do gozo escópico³²⁴ estatal. Na seara processual civil, essa exortação à democracia se remata com a *participação* dos sujeitos pelo mediatório denominado *contraditório*,³²⁵ vincado no modelo constitucional e participativo de processo – a Constituição Federal de 1988 é pródiga em seu catálogo de garantias fundamentais, normatizando a cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), haurido da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e da solidariedade social (art. 3º, inc. I)³²⁶ -. Afinal, a real democracia é

³²¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 57.

³²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 196.

³²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 191.

³²⁴ Dentro da Psicanálise, o gozo (ou pulsão) escópica ganha destaque como ensaio “Três ensaios sobre a teoria da sexualidade”, de Sigmund Freud. Para entender: FREUD, Sigmund. *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, vol. VII; VALAS, Patrick. *As dimensões do gozo – do mito da pulsão à deriva do gozo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de Psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

³²⁵ Em sentido análogo: RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 36, n. 114, p. 94, jun. 2009.

³²⁶ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les principes fondamentaux de la procedure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In *Temas de direito processual (quinta série)*. São Paulo: Saraiva, 1994;

aquela em que se “privilegia e estimula a *participação*, tão intensa e constante quando seja possível”,³²⁷ porquanto, hodiernamente, a jurisdição possui espectro hipertrofiado, com incidência direta e imediata nas arestas político-sociais da sociedade, “assumindo-se como espaço político para a consolidação do projeto constitucional, no que fica reconhecido como ‘judicialização’ da política e politização do jurídico ou, de outro ângulo, porém correlato, ‘jurisprudencialização da Constituição’”.³²⁸ A participação, por intermédio do contraditório, é a pedra angular da legitimação do processo e do próprio poder-autoridade do Estado-juiz.³²⁹ O processo, sob essa perspectiva, é entendido como “o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”.³³⁰

Não se pode admitir a cisão entre processo civil, teoria do estado e constituição. O ponto nevrálgico é “enxergar como, no curso da história, essa imbricação entre processo e Estado repercutiu no papel das partes e do juiz”.³³¹ Na concepção estruturante do Estado Democrático

MILLAR, Robert Wyness. Los principios formativos del procedimiento civil. Buenos Aires: Ediar, s/d. p. 47.

³²⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 113.

³²⁸ MORAIS, José Luis Bolsan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 79.

³²⁹ GRECO, Leonardo. Contraditório, o princípio. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006, p. 155.

³³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25. Em igual sentido: ABREU, Pedro Manoel. O processo jurisdicional como um locus da democracia, pelo viés da participação. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 781.

³³¹ RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado

de Direito, “a função jurisdicional é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais”.³³²

O processo garantidor (e legitimador) da própria democracia é aquele propendido à construção participada de qualquer pronunciamento jurisdicional, resultante da agregação entre a perspectiva reconstrutiva da teoria discursiva do direito e da democracia, mormente Habermas,³³³ e a tese formulada por Fazzalari, concebendo o processo como procedimento em contraditório. Portanto, “essas considerações revelam a importância do processo constitucional na obtenção do pronunciamento estatal decisório reivindicado pelas partes, única forma de lhes permitir, democraticamente, dentro de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo informado pelo contraditório e pela ampla defesa, a possibilidade de individualizarem as normas jurídicas abstratas e gerais integrantes do ordenamento jurídico que deverão incidir na solução das particularidades do caso concreto reconstruído dialeticamente no processo”.³³⁴

democrático de direito e seu reflexo no projeto do CPC. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 99, jul./set., 2011.

³³² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 32.

³³³ HABERMAS, Jürgen. *Factividad y validez: sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998; HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 285; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: CATTONI, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 172.

³³⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34.

O que se pretende, cumpre esclarecer, a evitar sofismas e distorções deletérias, não é sinônimo de formalismo, ode ou fetiche à forma. É, ao revés, a *efetiva* incidência no mundo dos fatos da plêiade de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio, através de um contraditório participativo, o qual exsurge como *meio e método* de legitimação democrática da própria jurisdição. Portanto, “no Estado Democrático de Direito, que visualizamos como princípio, a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo. A declaração final do Estado (ato decisório), decorrente do poder de cumprir o dever de prestar a jurisdição, quando e se provocado por qualquer um do povo ou mesmo por qualquer órgão estatal, inserida na decisão, sentença ou provimento ali prolatados, jamais será um ato isolado ou onipotente do órgão jurisdicional”,³³⁵ o qual exorta ou cria direitos a seu bel talante, máxime se fulcrados em fórmulas axiomáticas ilógicas e antidemocráticas, como as que derivam do pretense “livre convencimento motivado”.

2.2 MODELO ADVERSARIAL-ISONÔMICO:³³⁶ O LIBERALISMO PROCESSUAL, PRINCÍPIO DISPOSITIVO (*DISPOSITIONSMAXIME*) E RACIONALIDADE PRÁTICA

Com o aluimento do medievo e da ruptura que se engendrou a partir do século XIV,³³⁷ seja no escopo antropológico,

³³⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 37.

³³⁶ O processo “adversarial” é aquele em que prepondera a atividade das partes na condução material e formal do procedimento. Trata-se de um aportuguesamento do termo inglês *adversary*. Nesse sentido, apontando a proeminência das partes em tal modelo: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 42. Como explica Taruffo, “il modello *adversary* rimane ancorato, per ragioni che verranno meglio esaminate altrove, allo schema dello scontro individualistico típico dell’ideologia liberale clássica, mmodellato sui presupposti del liberismo economico, tra cui principalmente quello del non-intervento sulle situazioni di disuguaglianza reale” (TARUFFO, Michele. *Il processo civile adversary nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979, p. 73).

político ou social - o qual redundou no surgimento de sustentáculos a uma gama de protagonistas que celebraram o individualismo – exsurgiu o *novo homem*, o sujeito solipsista, que “encontra a força (ou assim ao menos presume) de se libertar das antigas prisões; sujeito pre-suntuoso, intencionado a encontrar somente no interior de si mesmo o modelo interpretador da realidade cósmica e social”.³³⁸

Ao que interessa o presente trabalho, a conformação do direito processual civil sob a égide do Estado Moderno (liberal-absolutista)³³⁹ remonta à *Ordonnance Civile* de 1667, confeccionada sob os auspícios de Luís XIV.³⁴⁰ Com efeito, sobrepujando o panorama medieval outrora encetado (*iudicium*), cujo semblante constitutivo era a dialética insculpida pelo contraditório, Luís XIV aniquila a garantia, reivindicando o monopólio da legislação processual,³⁴¹ porquanto “até a Idade Moderna, aos tribunais era reconhecido o poder de determinar os seus próprios modos de operar: *le style de la Cour. O ordo iudicarius*, o processo, era considerado manifestação de uma racionalidade prática e social, que se realizava no tempo através das praxes criadas pelos juízes, advogados e seus auxiliares, com a colaboração da doutrina”.³⁴²

³³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 49; BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

³³⁸ GROSSI, Paolo. Dalla società di società alla insalubrità dello Stato fra medioevo ed età Moderna. *Revista Sequência*, [S.I.], n. 55, p. 20, dez. 2007.

³³⁹ Neste Estado, “os valores vinculados a ordem e a segurança eram considerados mais importantes que a liberdade. A burguesia reclamava estabilidade de proteção para realizar suas atividades. A ordem somente poderia lograr-se mediante a concentração do poder nas mãos do rei ou do parlamento, porém esses poderes deveriam ser, por natureza, ilimitados. Sem autoridade ilimitada o governante estava impedido de impor a paz e a assegurar a ordem” (FAYT, Carlos. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967, p. 21).

³⁴⁰ MUNCK, Thomas. *La Europa del siglo XVII: estados, conflictos y orden social em Europa*. Madrid: Ediciones Akal, 1994, p. 437.

³⁴¹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 83.

³⁴² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70.

O ponto relevante da supramencionada codificação foi a proibição de *interpretatio*, corolário da *thèse royale*, cuja articulação advém do dogma da separação dos poderes e da sujeição do juiz à lei. Destarte, “é o artigo 7º do título I, com o qual se tenta vincular os juízes ao texto da lei. No caso de dúvida ou de dificuldade na *exécution* de disposições normativas, o rei proíbe, efetivamente, aos juízes de interpretá-las (*nous leu défendons de les interpréter*) e lhes impõe que se dirijam a ele para conhecer a *voluntas principis* (*pour apprendre ce qui será de notre intention*)”.³⁴³

Outras duas grandes experiências despontam nesse interstício - delineando as balizas do processo civil despótico-iluminista - quais sejam, “as reformas processuais de Frederico II da Prússia, da sucessiva sistematização da reforma prussiana com a *Allgemeine Gerichtsordnung*, e, sobretudo, pelo Regulamento judiciário austríaco de Giuseppe II”.³⁴⁴

Nesse diapasão, a insatisfeita burguesia “buscava erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder, ou, pelo menos, domesticar uma administração cujas providências concretas, individuais e potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, a liberdade e a igualdade de oportunidades dos agentes econômicos. Além disso, o Estado era visto como um inimigo, que chancelava desigualdades de direitos em favor do clero e da nobreza, os quais não pagavam qualquer tipo de imposto”.³⁴⁵

Imperiosa a edificação contraposta à onipotência estatal através de um sistema de garantias mínimas. Eis a gênese do Estado

³⁴³ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

³⁴⁴ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente código italiano di procedura civile. In: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 10.

³⁴⁵ SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do “principio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. Tese de Doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo, 2016, p. 234.

Liberal clássico,³⁴⁶ sufragado pelo advento da Revolução Francesa (confluência das revoluções aristocrática, institucional, comunal, campesina e igualitária)³⁴⁷, em 1789.³⁴⁸

Em virtude das efervescências culturais em que se vivia - o Estado Absolutista³⁴⁹ fora então derrocado -, o seio social aspirava à limitação do poder estatal,³⁵⁰ consubstanciada na instituição d'um formalismo jurídico monolítico, donde os textos normativos fossem insculpidos de forma indelével e indubitável,³⁵¹ sem qualquer azo ao ato hermenêutico.³⁵² Consectário-lógico é a tradição que nos foi legada:

³⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 46.

³⁴⁷ MIGNET, F. A. *A historia da revolução franceza*. Tomo primeiro. São Paulo: Empreza Editora de São Paulo, 1899; PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8ª Ed., Madrid: Universidad Complutense seccion de publicaciones, 1996, p. 31.

³⁴⁸ CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 4ª. Conferência – Adesão ao precedente. O elemento subconsciente no processo judicial. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

³⁴⁹ SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. *Dicionário de conceitos históricos*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 11. Sobre o absolutismo relatam os autores: “o surgimento do Absolutismo se deu com a unificação dos Estados nacionais na Europa ocidental no início da Idade Moderna, e foi realizada a centralização de territórios, criação de burocracias, ou seja, centralização de poder nas mãos dos soberanos. Essa centralização aconteceu, no entanto, após uma série de conflitos específicos”.

³⁵⁰ HONDIUS, Ewoud. *Precedent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelles, Bruylant, 2007.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009: “para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade [...] A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário”.

³⁵² A lei representava fundamentalmente a “vontade do povo”, impossibilitando o ato interpretativo pelos órgãos jurisdicionais. Nesse sentido: WAMBIER,

o texto legislativo é o fundamento basilar desta concepção de ordenamento, verdadeiro apanágio da liberdade e igualdade, eis que o juiz estava adstrito aos vocábulos sacramentados na Lei.³⁵³

De todo modo, com a nasçença do Estado Liberal, seu consócio, o Estado de Direito, exsurge. Pressupõe-se a contraposição “ao Estado Absolutista clássico, ao Estado totalitário moderno e, em geral, ao Estado de Polícia”.³⁵⁴ Tal instrumentalização teórica elevou a lei a um ato supremo, com fulcro de se extirpar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien regime*. Todavia, o primado da legalidade consubstanciou tão-somente efêmera fórmula encontrada pela burguesia

Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista de processo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

³⁵³Psicanaliticamente, “a Lei seria um estatuto legal para o qual todos – exceto os incapazes de ingressar numa comunidade – contribuiriam com um sacrifício de seus instintos, e que não deixa ninguém – novamente com a mesma exceção – à mercê da força bruta” (FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise; A história do movimento psicanalítico; O futuro de uma ilusão; O mal-estar na civilização; Esboço de psicanálise*. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.155). E seus fundamentos antropológicos podem ser extirpados da era em que a força equivalia à lei: “uma horda primitiva dominada por um macho que gozava de um monopólio sexual absoluto, possuía todas as fêmeas ao mesmo tempo e impedia o acesso dos demais machos a elas. Puro gozo, frustrava o desejo dos filhos por suas mães e irmãs, submetendo todos à sua lei, imposta pela força” (KOLTAI, C. *Totem e tabu: um mito freudiano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 47).

³⁵⁴ZOLO, Danilo. Teoria crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *Estado de direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53; ROSENKRANTZ, Carlos F. Introducción a La edición en castellano. In: ACKERMAN, Bruce. *La justicia social en El estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 11. Sobre o tema, ver também: NEUMANN, Franz. *El estado democratico y el estado autoritario; ensayos sobre teoria politica y legal*. Buenos Aires: Paidós, 1968, p. 30.

para substituição do regime de outrora.³⁵⁵ Não se pode desmemorar que a ideia precípua do postulado da legalidade é de que uma qualidade essencial de toda a lei é adstringir e limitar a liberdade individual.³⁵⁶ Paradoxalmente, para haver intromissão na liberdade individual, a lei deveria ser aprovada com a chancela popular, não obstante a ordenação do Rei. De tal modo a lei passou a ser, ontologicamente, o ato produzido mediante *cooperação da representação popular*: o império da lei se transmutou em império da representação.³⁵⁷

Vislumbra-se que na idealização monolítica de um Estado de Direito Liberal, a burguesia adotou uma asserção de lei que repousa em uma secular tradição europeia³⁵⁸ – herança da filosofia grega, que passou à Idade Média através da escolástica³⁵⁹ – conforme se dessume que esta não é a vontade de um ou de uma turba de homens, mas algo geral-racional³⁶⁰ que em seu processo de afirmação vale precisamente por ser ordem, não havendo o porquê se imiscuir em seus caracteres morais ou lógicos.³⁶¹

A dogmática jurídica e toda a concepção de direito, fundamentada sob os auspícios do princípio da legalidade, acabou por se constituir em um critério de identificação do direito³⁶²; o direito estaria

³⁵⁵ BAYNES, Kenneth. *Rights as critique and the critique of rights*. Stage Publications, v. 28, n. 4, 2000, p. 55.

³⁵⁶ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 101.

³⁵⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, 157.

³⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 243.

³⁵⁹ NEDEL, Antônio. *Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109.

³⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris*, n. 33, p. 95, Porto Alegre, 1985.

³⁶¹ NORR, Knut Wolfgang. Alcuni momenti della storiografia del diritto. Trad. Rosaria Giordano. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2004, p. 141.

³⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales: los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 52.

na norma jurígena, cuja validação não pressuporia a interligação com um ideal de justiça, mas somente de ter sido produzida por autoridade dotada de competência legiferante.³⁶³ Tal dimensão afirma que a juridicidade da norma não dialoga com sua justiça intrínseca.³⁶⁴

Não era compatível com o *ethos* do sistema de antanho o individualismo então imperante e a incontestável avareza no trato de valores existenciais ligados à vida civil.³⁶⁵ Toda a legislação – seja codificada ou não – no período, de feição translucidamente individualista, detinha como valor indissociável à sua estrutura a realização da pessoa *na* e *para* sua propriedade.³⁶⁶ Em torno da propriedade gravitavam as demais pretensões e garantias do indivíduo – máxime de interesses privados tuteláveis. O patrimonialismo, domínio incontestado sobre praticamente todos os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana.

Vigia, como filosofia metodológica, a autoproclamada “segunda sistemática”, com a cúria das teses racionais-cartesianas,³⁶⁷ que, transportadas para as ciências jurídicas por Hobbes, ensejou uma sistematização ao reverso do humanismo clássico.³⁶⁸ É uma concepção axiomática-dedutiva com o ideal de que todo sistema jurídico estaria assentado em poucos postulados, dos quais, entrementes o método lógico-dedutivo, os demais restariam obtidos – e, paralelamente,

³⁶³ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 156.

³⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 221.

³⁶⁵ REALE, Miguel. *Memórias – a balança e a espada*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 221.

³⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 253.

³⁶⁷ CANARIS, Claus Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 78.

³⁶⁸ RODRIGUEZ, Carlos Eduardo Lopes. A noção de sistema no direito privado: unidade ou pluralidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 9, n. 1, novembro de 1993, p. 203.

rejeitando os elementos histórico-culturais que se opunham ao *cogito*³⁶⁹

—.

As codificações do período assentavam-se em sistemáticas metodológicas “internas” e “fechadas”,³⁷⁰ caracterizando-se pela unicidade das fontes legislativas, haja vista a Teoria Monista das Fontes do Direito então vigente.³⁷¹ Caracterizava-se, ademais, pela autorreferência absoluta e excludente de qualquer normatização não-inserida no Código, em evidente vedação à heterointegração.³⁷² Se isso não bastasse, também possuía como caractere primevo a edificação do plano jurídico sobre a mitológica autossuficiência, plenitude lógica e igualdade de todos ante a lei.³⁷³

Desse modo, as codificações setecentistas, verdadeiros monumentos técnicos,³⁷⁴ são caracterizadas, no que tange à metodologia: por consubstanciarem sistemas fechados, colimando a impermeabilidade à intervenção da realidade e ao poder criador da jurisprudência, decorrente da crença de que a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total compreensão da realidade; pela pretensão à completude legislativa e plenitude lógica, objetivando abranger, de forma centralizada, toda a legislação e todos os acontecimentos fáticos da vida social;³⁷⁵ e pela adoção, com a utilização de uma linguagem precisa, da

³⁶⁹ GARDIES, Jean-Loius. *La rationalité du droit chez Leibniz*. Archives de philosophie du Droit. Paris, 1978, p. 128.

³⁷⁰ CANARIS, Claus Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 81.

³⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Torino: Schientifiche Italiane, 1991, p. 8.

³⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 109.

³⁷³ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. *Revista da Ajuris*, n. 33, p. 33.

³⁷⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 38, 1988, p. 34.

³⁷⁵ COUTO E SILVA, Almiro. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 13, 1997, p. 17.

técnica legislativa da casuística, sem espaço para cláusulas gerais, salvo poucas exceções.³⁷⁶

De seu turno, o liberalismo jurídico-processual, conjugado com a ideologia do absentismo estatal e pelos caracteres supra avivados, empôs a Revolução Francesa, estruturou uma seriação de reformas na justiça civil. Decorriam, primordialmente, da suspicácia iluminística em relação ao mundo jurídico e da arrelia às formalidades procedimentais. Podem, as reformas, ser amalgamadas da forma seguinte: “a) a lei de organização judiciária, de 16-24 de agosto, introduz a eleição de juízes com mandato temporário, remunerados pelo Estado; b) na base do ordenamento judiciário, são colocados os juízes de paz, que conjuntamente com dois assessores, formam o *bureaux de paix et de conciliation*, aos quais todos os litigantes devem obrigatoriamente dirigir-se, na tentativa de conciliar as controvérsias antes de buscar as vias judiciais; c) no contencioso, o juiz de paz é competente para as ações de menor valor econômico, enquanto as demais causas são atribuídas aos tribunais de distrito; d) a Lei 2-11, de setembro de 1790, suprime a Ordem dos Advogados, permitindo a autodefesa em juízo pelas próprias partes; e) ao invés de se estruturar um corpo de advogados para os pobres (cuja proposta surgiu no debate legislativo), atribuiu-se ao *bureaux* a tarefa de desenvolver a função consultiva e preventiva para os pobres em suas defesas judiciais; e) as normas de processo civil são mantidas inicialmente, mas são abolidas pelo decreto de 24.10.1795, que deformaliza o sistema, de modo a se circunscrever a ditar algumas formas essenciais do juízo”.³⁷⁷

Tais vetores, em maior ou menor grau, são replicados em toda a Europa continental entre os séculos XVIII e XIX: em França, nos anos vindouros, promulga-se o Código Civil de 1804, o Código de Processo Civil de 1806 e a Lei de Organização Judiciária de 1810.³⁷⁸

³⁷⁶ GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 747, 1998, p. 36.

³⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 71.

³⁷⁸ ACKERMAN, Bruce A. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, v. 1.

Nesse prisma, lastreava-se o processualismo liberal no princípio dispositivo³⁷⁹ em suas duas vertentes: *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*³⁸⁰ (vetando a atuação oficiosa do juiz). Também

³⁷⁹ FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 113. O princípio, suprasumo da autonomia privada das partes e na imparcialidade do juiz ganhou fôlego a partir da publicação da obra *Handbuch des deutschen gemeinem Prozesses* (Manual do processo comum alemão) de Nikolaus Thaddaus von Gonner, em 1804.

³⁸⁰ Explicando as duas vertentes: “o princípio (e processo) dispositivo em sentido material ou em sentido próprio, aquele com o qual se indica a existência de um poder exclusivo das partes no requerer a tutela jurisdicional e no fixar o objeto do juízo [...] e princípio (e processo) dispositivo em sentido processual ou impróprio, aquele com o qual se alude, em sentido diverso, a uma vinculação do juiz às iniciativas das partes e que, por isso, diz respeito à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e, em espécie, à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial” (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 358). Para Troller, o conceito de princípio dispositivo “encontrou e encontra em larga medida diferentes aplicações, seja para a caracterização do domínio das partes sobre o material processual, seja para a inclusão do impulso da parte e da vinculação ao requerimento formulado por esta” (TROLLER, Alois. *Os fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 40). Acentuando o conceito, Wach: “a natureza do litígio material determina radical diferença entre o processo civil e o penal. A causa civil produz a relação material e formal entre duas partes, a ausência de interesse no litígio do Estado e de seu órgão, o juiz, a exclusão do princípio oficial, o domínio do litigante sobre o objeto litigioso e sobre o início, prosseguimento e término do processo e sobre seu conteúdo, a matéria litigosa” (WACH, Adolf. *Vorfrage uber die Reichscivilprozeßordnung*. In: TROLLER, Alois. *Os fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 150). E, Fritzsche assevera que o princípio dispositivo “constitui um dos mais belos direitos do cidadão livre, que nos seus assuntos econômicos que se tenham tornados litigiosos ele não tenha que mendigar ao juiz a sua graça, como o escravo dedica-se ao seu senhor no castelo, mas que se defenda perante o mesmo, em oposição ao seu adversário, e para isso possa contar com um experto, o advogado. O juiz não deve agir como um magistrado clandestino, mas como um homem a quem foi dada a honra de decidir, entre cidadãos livres, relações jurídicas tornadas litigiosas” (FRITZSCHE, Hans. *Begrundung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zurich*. In: TROLLER,

vigorava a regra da escritura³⁸¹ e o postulado da igualdade formal dos cidadãos (reduzindo o contraditório a mera bilateralidade de instância), com o fito de manter a pretensa imparcialidade e passividade do Estado-juiz. Dimensionava-se o processo em feição privatística “como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, em benefício das partes (*Sache der Parteien*)”.³⁸²

O Estado-juiz, “nessa perspectiva liberal, apresentava-se como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de expectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações (especialmente contratuais e econômicas) que as envolviam”.³⁸³ O juiz liberal “tem de se preocupar apenas com que as partes permaneçam nos limites legais, e prestar-lhes, a seu pedido, a tutela assegurada pela lei”,³⁸⁴ circunscrevendo-se seus poderes dentro do rígido formalismo,³⁸⁵

Alois. *Os fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 47).

³⁸¹ Conforme Cappelletti, a “escritura” significa “o sistema ou princípio segundo o qual o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, sem nunca entrar em contato direto (e, por conseguinte, oral) com as partes, com as testemunhas, com os peritos. A escritura era considerada quase como um escudo do juiz contra as tentações e os perigos da parcialidade. Era, na realidade, a barreira, o diafragma que separava o juiz do processo e daqueles que do processo são os verdadeiros protagonistas privados: sobretudo as partes e as testemunhas” (CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002, p. 40).

³⁸² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 74.

³⁸³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 77.

³⁸⁴ TROLLER, Alois. *Os fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 46.

³⁸⁵ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 15.

que limitava a possibilidade de arbítrio, ingerências e rompimento ao dogma da imparcialidade.³⁸⁶

Desse modo, sob as hostes do estado burgo-liberal³⁸⁷, “constata-se, pois, que o modelo processual civil adversarial tem por um dos seus pilares o predomínio da atuação das partes no processo, o que implica estarem a elas afetos atos que vão desde a instauração da demanda (com a delimitação do objeto do processo), passando pela especificação das questões de fato e (em grande medida) das questões de direito que serão enfrentadas pelo magistrado, sem olvidar a concentração, em suas mãos, da atividade instrutória”.³⁸⁸ Controlavam-se as decisões tomadas pelos juízes, garantindo a supremacia da legislação sob os auspícios do positivismo-exegético.³⁸⁹

³⁸⁶ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 107.

³⁸⁷ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980, p. 115.

³⁸⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 77.

³⁸⁹ Nesse sentido, “a lei é aquela que o legislador diz que é, e os juízes são apenas os seus porta vozes, autómatos, através dos quais a lei é expressa, isto é, através dos quais o Legislador fala. Em todas as sentenças, o Juiz é obrigado a referir o artigo do Código ou da lei, ou do decreto real, sob o qual é fundamento a sentença: ele é somente a bouche de la loi. Esta foi a atitude dos revolucionários franceses, que temiam que os tribunais conservadores pudessem fazer o que os velhos Parlamentos tinham feito, coarctar o poder dos políticos que controlavam as assembléias representativas e em particular a Convenção (convention), que era uma combinação do parlamento e do governo. O único poder histórico que se sobrepôs ao conservadorismo do Banco de Magistrados foi o legislador. Daqui decorre o clube dos Nomophiles na Paris revolucionária e o seu recurso para restringir o poder dos juízes, e transformá-los em “buches de la loi” mecânicos: daqui também decorre o édito de Napoleão contra os comentários aos seus Códigos. Esta atitude revolucionária e Napoleônica foi, como bem conhecemos, continuada pelos professores do século XIX da Ecole de l'exégese (Escola da Exegese) que não ensinavam a lei mas os Códigos” (CAENEGEM, R.C. Van. *Oráculos da Lei ou Bouche de la Loi. Considerações Históricas sobre o papel dos juízes. O perfil do juiz na tradição ocidental. I Seminário Internacional*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 40).

2.3 MODELO INQUISITIVO³⁹⁰-ASSIMÉTRICO³⁹¹: O SOCIALISMO PROCESSUAL, PRINCÍPIO INQUISITIVO (*UNTERSUCHUNGSMAXIME*), ESTADO DE JUÍZES (*RICHTERSTAAT*) E O MODELO DE STUTTGART (*DAS STTUGARTER MODEL*)

Durante o período liberal, nas primeiras décadas do século XIX, os vetores desse modelo foram sendo assolapados pela *Loi de Procédure Civile* do Cantão de Genebra, decretada pelo *Conseil Representatif et Souverain*, em 29 de setembro de 1819 (Reforma de Bellot).³⁹² Destinou-se um papel ativo ao juiz na condução procedimental (embrião do socialismo processual), sendo que “no art. 150, o *Code de Procédure* outorgou ao juiz a possibilidade de determinar de ofício o interrogatório das partes, o juramento e a oitiva de testemunhas, o exame pericial e exibição de documentos, sempre que não estivesse suficientemente esclarecida a verdade material”.³⁹³

Eclodiu no derradeiro momento do século XIX uma miríade de zaragatas sociais que desvelaram a insuficiência do marco burgo-liberal então reinante.³⁹⁴ Exsurgiu o Estado Social, cujo ideário

³⁹⁰ O caráter ideológico e inadequado do termo “inquisitorial” ou inquisitivo é destacado por Taruffo, que o critica, na medida em que essa palavra acha-se associada à Santa Inquisição, cujos processos não conferiam à parte o direito de se defender. O modelo ora em análise não reproduz essa privação da garantia, que, em verdade, não se verifica em nenhum ordenamento. Entretanto, sem descurar da pertinente crítica apresentada, conservar-se-á o termo “inquisitivo” e “inquisitorial” para denominar o modelo processual que se contrapõe ao adversarial.

³⁹¹ Rigorosamente, a denominação “inquisitivo” não é a mais adequada, porque tal modelo apenas teria existido, em sua forma pura e plena (início do processo de ofício, desenvolvimento em sigilo, provas obtidas exclusivamente pelo juiz) na Prússia do século XVIII. Nesse sentido: SCHONKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 38.

³⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 47.

³⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 47.

³⁹⁴ PEREZ UÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5ª Ed., Madrid: Tecnos, 1995, p. 222.

era sistematizar politicamente garantias para um padrão mínimo de existência digna dos cidadãos,³⁹⁵ desempenhando comportamento ativo na realização da justiça social³⁹⁶ e sepultando a metafísica e mística discrepância entre sociedade e Estado.³⁹⁷ Todavia, “essa nova postura do Estado, que redundava na diminuição da atividade livre do indivíduo, careceu, no entanto, de um perfil democrático. É que, apesar de rompida a ‘separação’ entre o Estado e a sociedade, os indivíduos permaneciam sem força para atuar democraticamente na determinação dos direitos dos fins do Estado”.³⁹⁸ Afinal, o messiânico e paternalista Estado Social, em última análise, não foi concebido para a edificação de uma novel ordem social, “mas par a salvação e a consolidação da ordem burguesa, mudando alguma coisa para que tudo continue na mesma”.³⁹⁹

No âmago do direito processual civil, deixa de fazer sentido o modelo adversarial, vislumbrado como “um torneio de interesses, em que as partes litigantes se faziam de dirigente e o juiz não era mais que um paciente colaborador – um boneco de engonços, que só se poderia mover, quando as partes lhe puxassem pelo cordel”.⁴⁰⁰ Destarte, não mais redarguia à sofreguidão dos cidadãos a concepção

³⁹⁵ SANTOS, Ângelo dos. *O estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Minerva, 1970, p. 15.

³⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

³⁹⁷ COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 33.

³⁹⁸ SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 2016, p. 257.

³⁹⁹ NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32.

⁴⁰⁰ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar., 1980, p. 144.

clássica do processo como “coisa das partes” (*Sache der Parteien*).⁴⁰¹ Deveria – o processo – ser representado como efetivo exercício de função pública e soberana.⁴⁰²

O esquadro do processualismo passou a posicionar-se sobre uma ordem assimétrica, arrimada na hierarquia, autoridade e lógica burocrática.⁴⁰³ No interregno, “verificou-se, assim, uma tendência de desvalorizar o papel do contraditório, pautando a resolução jurisdicional no senso inato de justiça do decisor”.⁴⁰⁴ Avalizava-se um ideal monológico que assegurava ao juiz o privilégio cognitivo em

⁴⁰¹ A expressão remete ao alemão (*Sache der Parteien*) e é utilizada tanto pela doutrina nacional, quanto pela doutrina estrangeira (principalmente a doutrina italiana) sem referência precisa à fonte.

⁴⁰² LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di Diritto Processuale*. v. 29. Parte I. 1974, p. 108. Consoante Araken de Assis, “no final do século XIX, e no curso do século XX, o modelo liberal transformou-se sensivelmente, repercutindo a maior intervenção do Estado na economia e nos demais setores da vida privada, em última análise acudindo à crescente sociedade de massas. Os fins do processo civil modificaram-se (ou pretendeu-se modificá-los): o processo jamais constituía bem em si mesmo, traduzindo, sobretudo, o instrumento de realização do direito objetivo, cabendo-lhe assumir claramente a função de realizar os escopos sociais do ordenamento jurídico. Para essa finalidade, o órgão judiciário precisaria assumir atitude mais participativa, abandonando a inércia do espectador indiferente, e, assim, dirigir o processo. Posteriormente, passou-se a admitir a intervenção do órgão judicial a favor da parte mais fraca, sob o pretexto de equilibrar a disputa, rejeitando-se a quebra de neutralidade em tal tomada de partido. Seguiram-se (ou ainda postula-se) pesados ônus para as partes e inúmeros deveres pouco naturais (v.g, o dever de veracidade), advogando-se, no limiar do século XXI, o dever de a parte revelar fatos desfavoráveis em suas alegações (*Offenlegungspflicht*)” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 282).

⁴⁰³ Assinala Alvaro de Oliveira que “no temperamento entre o poder do juiz e das partes, a balança inclinava-se claramente em favor do primeiro” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 48).

⁴⁰⁴ FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 131.

detrimento da dialogicidade. O juiz verticaliza a relação processual, tornando-se o vértice do discurso institucional.⁴⁰⁵

Outro cancro metodológico do socialismo processual foi a ode irrestrita ao movimento do *direito livre*, sufragando o prélio ao positivismo e seus corolários: legalismo estatalista; plenitude lógica do “ordenamento” jurídico; direito como entidade racional lógico-dedutível aplicável.⁴⁰⁶ Malsinado movimento é idealizado como forma de hipostasiar os poderes dos juízes – os quais foram mitigados na fase precedente e pelas posturas caudatárias da escola histórica⁴⁰⁷ -.

Para tal desiderato, a doutrina da época – mormente em Menger, Klein e Chiovenda⁴⁰⁸ - vivificou um juiz ativista, timoneiro do

⁴⁰⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004, p. 143.

⁴⁰⁶ NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 197. No âmbito do processo civil, o expoente de tal movimento é Bulow, que dedica seu livro “A teoria das exceções processuais e pressupostos processuais” a Ihering, autor que o influenciou com a obra *Der Zweck im Rech* (El fin en el derecho. Buenos Aires: Atalaya, 1956).

⁴⁰⁷ CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica européia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 66.

⁴⁰⁸ Anton Menger pugnava pela intervenção espontânea do juiz na justiça civil, combatendo veementemente a legislação processual vigente na maioria dos Estados civilizados daquela época. Para ele, as condições jurídicas seriam cômodas e benéficas para as classes ricas, as quais teriam condições de tomar iniciativa, ao contrário dos pobres, que, para defender seu direito, tropeçariam frente a um mecanismo tão complicado, sem conselho e mal representadas, encontrando na passividade judicial gravíssimos prejuízos (MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 66). As ideias de Menger influenciaram diretamente o pensamento de Franz Klein, responsável pelo projeto de reforma da legislação processual austríaca, elaborado em 1895, em vigor a partir de 1898. Para ele, o processo civil, enquanto instituto de direito público, deveria satisfazer, ao lado dos interesses privados, também os valores sociais mais elevados, de modo que o juiz, “timoneiro do Estado”, figuraria como representante profissional do interesse geral (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17, p. 147), de modo que, a partir de uma

debate travado na causa e imbuído do mítico tirocínio que porfia a expansão de seus poderes em detrimento das partes. O juiz assume a direção formal (*formelle Prozessleitung*) e material (*materielle Prozessleitung*) do processo, com o conseguinte hipostasiamento dos poderes instrutórios conferido ao órgão estatal.

Para Menger, com espeque nas técnicas do *Prozessordnung* prussiano de 1781, caberia ao juiz “a assunção de um duplo papel: a) de educador: extraprocessualmente, este deveria instruir todo cidadão acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-lo na defesa de seus direitos; b) de representante dos pobres: endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade e com o princípio dispositivo, assumir a representação da classe mais pobre”.⁴⁰⁹ Tal postura compensatória da engenharia social cunhou seu gatálio nas legislações socializadoras vindouras, como, por exemplo, a Ordenança processual civil do Império Austro-Húngaro, de 1895.⁴¹⁰

concepção do processo como instituição para o bemestar social, aumentou-se a atividade do órgão judicial, munindo-o de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir a sua marcha rápida e regular (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50). A obra de Klein e Menger influenciou diretamente Chiovenda, o qual, baseado na ideia reformista do modo político de considerar o processo, ia dizer que, sendo a administração da justiça uma função da soberania, o juiz, como órgão do Estado, não deveria assistir passivamente a lide, mas deveria nela participar com força viva e ativa. Vale dizer, o Estado seria interessado não no objeto da lide, mas no modo em que esta se desenvolveria (CHIOVENDA, Giuseppe. *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*. In: *Saagi di diritto processuale civile* (1900-1930). Volume primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 385).

⁴⁰⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 80.

⁴¹⁰ Era lícito ao Juiz, consoante disposição no § 432 de referido código, instruir as partes ignorantes acerca de seu direito e aconselhá-las sobre as consequências jurídicas de seus atos e/ou omissões. Nos termos do § 182, ao presidente de qualquer órgão colegiado de primeiro grau incumbiria a ativa condução do processo, inclusive na investigação dos fatos da causa. O § 183 possibilitava a atuação oficiosa do juiz para intimar as partes a pessoalmente comparecerem na audiência oral e apresentar documentos. O § 235 permitia a mudança do pedido após a citação, independente de consentimento do demandado e a valorização discricionária de sua admissibilidade pelo juiz. Também, os §§ 84 e 85

Em referido monumento legislativo,⁴¹¹ “o juiz, na esteira do pensamento mengeriano, deveria auxiliar as partes buscando o clareamento dos requerimentos obscuros, sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizassem o julgamento”.⁴¹²

O processo, na perspectiva socializadora, é vislumbrado como instituição estatal de bem-estar social (*stattliche Wohlfahrtseinrichtung*), inculcado com funções sociais (*sozialen Funktion des Prozesses*) e pedagógicas (*erzieherische Wirkung*), estruturado em “modelo técnico de procedimento oral em que se atribui um reforço aos poderes do juiz, que deverá participar mais intensamente da direção do processo e, especificamente, influir mais ativamente no acerto dos fatos”.⁴¹³

Empós o modelo austro-húngaro, houve a reforma processual de Berna, em 1918, na Suíça;⁴¹⁴ e na Alemanha, sua ZPO de 1877 sofreu os influxos socializadores com as reformas de 1909, 1924 e 1933.⁴¹⁵ Ao que pertine este trabalho, insta vincar que referidas

permitiam ao juiz sanar, a qualquer tempo, toda a espécie de vícios de forma. Nesse sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

⁴¹¹ Referida codificação foi modelo inspirador para a elaboração de inúmeros Códigos no século XX, inclusive o Código de Processo Civil brasileiro de 1973, “dado o rigor científico dos seus conceitos e a precisão técnica de sua linguagem” (BUZUID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro. In: *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33).

⁴¹² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 83.

⁴¹³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 85.

⁴¹⁴ O § 89 da ZPO suíça passou a afirmar que o juiz atuaria de ofício na medida em que não obstado pelo pedido da parte, sendo que, em todos os estágios do processo, poderia determinar de ofício, para complemento da investigação dos fatos da causa, o interrogatório das partes, dentre outros parágrafos.

⁴¹⁵ BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporane: rilievi attuali sulla conferenza di Franz Klein dal medesimo titolo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1972, p. 256.

reformas estabeleceram que “o rígido esquema da fórmula *da mihi factum, dabo tibi ius*, vem sendo, de fato, abandonado em favor de uma cooperação dinâmica e construtiva entre os vários sujeitos envolvidos no processo, seja acerca do accertamento dos fatos, seja na individuação da *regula ius*”.⁴¹⁶ Outrossim, “uma das principais inovações defendidas à época foi a moralização do processo civil, com a atribuição do dever de lealdade e probidade processuais das partes, impondo o dever de veracidade para estas, fruto da construção tedesca da *Poenalisierung* ou *Kriminalisierung des Zivilprozess*”.⁴¹⁷

Continuando nos meandros da historiografia, essa transmutação ideológica pode ser bem apre(e)ndida da doutrina italiana que transpassou o século XIX. É o caso de Mortara, “que, na edição de 1890 dos seus *Principii di procedura civile*, trazia algumas concepções nitidamente liberais, como a ideia de que o juiz não deve procurar de ofício as provas dos fatos, nem dirigir a iniciativa das partes na pesquisa delas, além de um conceito de ação e de processo nitidamente ligado à ideia de contrato. Já no seu *Manuale della procedura civile*, cuja 7ª edição foi editada em 1913, Mortara já falava no processo em termos publicísticos, considerando a ação também como direito público subjetivo do autor sobre o órgão jurisdicional”.⁴¹⁸

Os afligimentos sociais arrefecem-se empós a Segunda Grande Guerra, na pena de Ascarelli,⁴¹⁹ Cappelletti,⁴²⁰ Denti⁴²¹ e

⁴¹⁶ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 48.

⁴¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89.

⁴¹⁸ SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 2016, p. 261.

⁴¹⁹ ASCARELLI, Tullio. Litigiosità e ricchezza. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958. v.1, p. 57.

⁴²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

⁴²¹ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

Trocker.⁴²² Nesse diapasão, o acesso à justiça, outrora trôpego e meramente formal, ganha contornos para o fim de elidir obstáculos e discriminantes sociais à jurisdição. Técnicas processuais tornam-se mais singelas e menos burocráticas,⁴²³ como no Projeto de Solmi, uma das bases ao *Codice* italiano de 1940. Destarte, “em tal anteprojeto, Chiovenda apontava uma série de alterações legislativas embasadas na técnica da oralidade e da concentração e que somente representavam uma defesa do modelo propugnado e estruturado por Klein algumas décadas antes”.⁴²⁴

A (re)construção histórica encetada representa, para o socialismo processual, a passagem do Estado de Leis (*Gesetzstaat*) para o Estado de Juízes (*Richterstaat*),⁴²⁵ com a mitigação da função legiferante em detrimento à jurisdição. Percepção semelhante avivou Schmitt, cuja tendência ao desmornamento do estado legislativo se assentava na característica de que a última palavra, ao dirimir qualquer conflito, era do Estado-Juiz.⁴²⁶

⁴²² TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

⁴²³ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 34, p. 5-16, mar/abr, 2005. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 2004. n. 116, p. 313-323. Na mesma linha, ver, na doutrina italiana, TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.*, Milano, a. giuffrè, v. 60, n.2, p.451-482, giugno, 2006; DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in un recente saggio. *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LVII. N. 3. Luglio-Settembre 2002. VERDE, Giovanni. Il processo civile sociale (postilla). *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LIX. N. 2. Aprile-Giugno 2004.

⁴²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 96.

⁴²⁵ PICARDI, Nicola. La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 43, 2004.

⁴²⁶ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguillar, 1971, p. 6.

Nesse ínterim, importante aspecto do socialismo processual pode ser amalgamado pelo (e no) modelo de Stuttgart⁴²⁷ (*Das Stuttgarter Model*), que culminou com a reforma do sistema da ZPO tedesca⁴²⁸ em 1976,⁴²⁹ porquanto, mesmo com a adoção da oralidade e

⁴²⁷ Sobre o modelo de Stuttgart, Fritz Baur: “a ideia de base é muito simples: quer-se realizar seriamente o que a lei prescreve, quer dizer, concentrar o processo em uma audiência de instrução e julgamento, seguindo-se este àquela. Depois do recebimento dos arrazoados, as partes e o Tribunal esclarecem e examinam a matéria do processo numa espécie de procedimento preliminar, de molde a que todos os pontos importantes para a decisão se apresentam claramente. O Tribunal toma, em seguida, as providências, de que já se falou, para preparar a audiência. Esse ‘stuttgarter modell’ supõe que haja juízes ativos e, no que concerne a este ponto, se deve atentar para o fato de que todas as medidas legislativas para acelerar o processo, são, via de regra, medidas tomadas ao vento, se não se acha um juiz pronto a realizá-las. O legislador é capaz de dar liberdade ao juiz no que concerne às suas atividades, mas não pode garantir a respectiva efetivação por meio de ordens. Para evitar mal entendidos, se deve ressaltar que o alargamento do campo das atividades do juiz não significa querer-se transformar o processo em um todo de atos carentes de forma, entregue total e completamente à apreciação do juiz. Se cada juiz montasse o processo de acordo com a sua vontade, isto significaria ter-se posto em perigo a paridade de tratamento e a igualdade jurídica. Garantidas pelo direito material, então, o papel do juiz realmente precisa de nítidos contornos legislativos.” (BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. Conferências – Processo civil. Revista de Processo. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 27, ano VII. 1982. p. 191).

⁴²⁸ Impende destacar que “o Código de Processo Civil (ZPO) vigente, na Alemanha, é de 1877, época de formação do Estado alemão. Fruto de modelo liberal, seguiu os princípios da livre disposição das partes, oralidade e imediatidade, ensina Peter Gottwald. Tal modelo, porém, teve que ser reformulado, em vista do longo tempo de duração do processo, pois as partes não possuíam qualquer interesse no acordo. Assim, ainda que com certa resistência, por influência do Código de Processo Civil austríaco de 1898, o país passou por uma série de reformas legislativas que, gradativamente, concederam maior poder ao juiz no gerenciamento do processo que começaram em 1909. Em 1924, o tribunal passou a ter poder para fixar audiências e recusar defesas intempestivas e protelatórias. Em 1933, nova emenda ao ZPO dispôs sobre o dever de as partes dizerem a verdade.” (ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo (case management) no direito processual civil*

do premente ativismo judicial, não se derrocou a mazela da delonga processual (*Prozessverschleppung*).⁴³⁰

As primeiras considerações acerca da comparticipação processual tornam forma por intermédio de “um procedimento de cognição bifásico que redimensionaria a preclusão e no qual ocorreria uma primeira fase de preparação metódica do debate, cabendo ao juiz fomentá-la, e se afastariam, ainda, quaisquer surpresas para as partes acerca do estágio em que a cognição se encontrava”.⁴³¹ O processo era moroso porque não havia suficiente debate entre os sujeitos processuais acerca das questões fático-jurídicas. Referida primeira fase era concentrada em uma audiência para apuração das questões relevantes

brasileiro. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2016. p. 58).

⁴²⁹ WALTER, Gerhard. The german civil procedure reform act 2002: much about nothing? In: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005, v. I, p. 792.

⁴³⁰ Para entender a necessidade de reforma, Guilherme Feliciano averba que: “em finais dos anos sessenta do século XX, na República Federal da Alemanha as audiências em processos cíveis no primeiro grau de jurisdição haviam se transformado em intercorrências procedimentais puramente formais: não se prestavam à discussão do caso, mas apenas à apresentação burocrática de requerimentos formulares, com o arrastamento da lide de audiência em audiência, sem qualquer debate substancial das questões de fato e de direito. Todo o trabalho preparatório dos juízes amiúde era inútil, porque os advogados os surpreendiam com novos pedidos ou incidentes. A fim de reverter os quadros de entropia processual, docentes universitários e profissionais forenses das regiões de Tübingen e Stuttgart, inspirados em célebre preleção de Fritz Baur, passaram a renovar os procedimentos judiciais, para atender a uma série de desideratos de índole substantiva e pragmática, sem todavia arrostar a literalidade da ZPO. A essa nova ‘visão’ deuse o nome de ‘modelo de Stuttgart’, sobretudo pela localização das primeiras experiências judiciais bem-sucedidas com o modelo.” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do “processo social” e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02717_02752.p>. Acesso em: 5 mar. 2017).

⁴³¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119.

(*Hauptverhandlung in Zivilsachen*), verdadeira interlocução entre Estado-Juiz e contendores – que colaborou para a celeridade processual (*Beschleunigungsprinzip*).⁴³² A brilhantura do modelo “culminou com a promulgação, em 03.12.1976, e entrada em vigor, em 01.07.1977, da *Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren* (Lei para simplificação e aceleração dos procedimentos judiciais), que alterou a ZPO, de forma a adequá-la às perspectivas do modelo emergente”⁴³³ (se se isso não bastasse, em 2001, a antiga audiência *Hauptverhadlung* foi sobrelevada ao *Guteverhandlung* - boa negociação - pelo § 278 da ZPO, de caráter extrajudicial, preparatória à lide, mas não obrigatória).⁴³⁴

Desse modo, “o sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões quanto aos aspectos de fato e de direito da controvérsia. Parece assim um modo extremamente válido para afastar o perigo das ‘decisões surpresa’ e colocar os interessados em condições de atuar eficazmente sobre o desenvolvimento e sobre o êxito do julgamento. O desprezo ao contributo crítico e constutivo das partes estimula um uso excessivo dos instrumentos de recurso, com todas suas consequências negativas. O resultado do Modelo de Stuttgart confirma que o diálogo aberto e sem preconceitos facilita a obra de seleção dos elementos relevantes, agiliza a reconstrução do caso concreto e garante também uma decisão mais correta, enquanto o prestigioso silêncio do juiz constringe as partes a alegações supérfluas e dificulta a busca da

⁴³² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

⁴³³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 122.

⁴³⁴ Mauro Cappelletti assim analisa o modelo: “outro tipo de reforma que poderia ser mencionado nesse contexto é o chamado ‘modelo de Stuttgart’, do processo civil germânico, cada vez mais difundido. Esse método de procedimento envolve as partes, advogados e juízes, num diálogo oral e ativo sobre os fatos e sobre o direito. Ele não apenas acelera o procedimento, mas também tende a resultar em decisões que as partes compreendem e frequentemente aceitam sem recorrer. Algumas características desse modelo, até então opcionais, tornaram-se obrigatórias para todos os Landgerichte alemães através da reforma do Código de Processo Civil, em vigor desde 1º de julho de 1977.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 78).

verdade”.⁴³⁵ Essa perspectiva cooperativa proporciona “ao cidadão a sensação de encontrar no ‘guardião da lei’ um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para formação da decisão, e não um simples representante do poder público que do alto emite uma pronúncia vinculante. Em tal senso o diálogo garante a democratização do processo e impede que o princípio do ‘novit curia’ seja fonte de uma atitude autoritária ou instrumento de opressão”.⁴³⁶

2.4 CONFLUÊNCIAS ENTRE LIBERALISMO E SOCIALISMO PROCESSUAL: POR UM PROCESSUALISMO PARTICIPATIVO (*MITBETELIGUNG*)

Eis o modelo que se *pretende* – e que se entende devido ao atual estado da arte -, onde inexistente protagonismo de nenhum dos atores processuais (arts. 1º e 6º do CPC). Afinal, “o grande problema da época contemporânea não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações”.⁴³⁷

Como técnica legística, o Código de Processo Civil de 2015 enlaçou infraconstitucionalmente o princípio do contraditório (art. 9º⁴³⁸ e 10º⁴³⁹) e o modelo-princípio⁴⁴⁰ da colaboração,⁴⁴¹ cooperação⁴⁴²

⁴³⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 667.

⁴³⁶ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 670.

⁴³⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 195.

⁴³⁸ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

ou participação,⁴⁴³ os quais se amalgamam como o núcleo⁴⁴⁴ do processo justo.⁴⁴⁵ Afinal, “a centralidade do processo jurisdicional no interior do sistema das garantias fundamentais justifica a particular atenção àquele dedicada pela Constituição, a qual desenhou, a propósito, um modelo de processo jurisdicional”⁴⁴⁶.

O contraditório é inferente lógico-jurídico, circunscrevendo-se na própria órbita imperativa (prescritiva) do processo, “equivalendo a conceitos específicos, explícitos e infecundos que não permitem flexibilização incompatível com o conteúdo

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

⁴³⁹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁴⁴⁰ Acerca da dualidade jurídica da colaboração, entendendo ser princípio e modelo processual: MITIDIERO, Daniel. *Kooperation als modell und prinzip im zivilprozess. Zeitschrift fur zivilprozess international*, n. 18. Koln: Wolters Kluwer, 2014.

⁴⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁴² DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46.

⁴⁴³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁴⁴ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, n. 3 Pádua: Cedam, 1988, p. 677; COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 101.

⁴⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, nº 1091, 21 de novembro de 2013.

⁴⁴⁶ ANDOLINA, Italo Augusto. Il ‘Giusto Processo’ nell’esperienza italiana e comunitária. *Annali del seminario giuridico*. Milano: Giuffrè, 2006, v. VI, p. 356.

principiológico que lhes deu causa”,⁴⁴⁷ porquanto na pós-modernidade⁴⁴⁸ o processo é “um discurso argumentativo de compartilhada fixação procedimental *ad hoc* do sentido normativo em níveis instituinte, constituinte e constituído do direito”,⁴⁴⁹ desabonando a falácia milenar de que o mesmo seria dimensão congênita (autopoietica)⁴⁵⁰ “e intrínseca ao ser social à normatização (sistematização) comportamental do homem. A conjectura de dessubstanciação e dessubjetivação do processo torna possível ao homem lidar com um direito na acepção de médium linguístico-autocrítico coparticipativo de produção”.⁴⁵¹

O contraditório participativo não enseja apenas a garantia à bilateralidade de audiência, mas, sobretudo, a garantia de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) e não surpresa⁴⁵² pela divisão funcional-argumentativa dos atores processuais (*Rollentheoretische*)⁴⁵³ em uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*),⁴⁵⁴ na qual imperam os

⁴⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª Ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 98.

⁴⁴⁸ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 301.

⁴⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª Ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 100.

⁴⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

⁴⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª Ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 101.

⁴⁵² “Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93).

⁴⁵³ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale zivilprozess: zur theorie und praxis des zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied: Luchterhand, 1978, p. 129.

⁴⁵⁴ WALDNER, Wolfram. *Der anspruch auf rechtliches Gehor*. Colônia: Otto Schmidt, 2000, p. 13.

deveres de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*),⁴⁵⁵ prevenção (*Praventionspflicht*),⁴⁵⁶ consulta (*Erörterungspflicht*), auxílio (*Hinweispflicht*)⁴⁵⁷ e informação (*Informationspflicht*), consecutórios da proibição às decisões surpresa (*verbot der uberraschungentscheidungen*)⁴⁵⁸ – norteando o dever jurisdicional de levar em consideração os argumentos deduzidos pelas partes (*Recht auf Berucksichtigung von Auberungen*). Privilegia-se o trabalho processual conjuminado do juiz e das partes (*prozessualen*

⁴⁵⁵ GEISLER, Herbert. Die gewahrleistung rechlichen Gehors in den Tatsacheninstazen: hinweise fur den erfolgreichen zivilprozess. *Anwalt blatt*, v. 3, 2010, p. 149-154.

⁴⁵⁶ BAUR, Fritz. Der anspruch auf rechliches Gehor. *Archiv fur civilistische praxis*. Tubingen: J.C.B Mohr, n. 153, 1954, p. 403.

⁴⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Temas de direito processual – 8.ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202: “ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar ideia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhes, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”.

⁴⁵⁸ Tal garantia se expressa nos parágrafos 139 e 278 da *Zivilprozessordnung* e o art. 103, 1 da Lei Fundamental alemã (garantia do *rechtilches Gehor*) e no art. 16 do Nouveau Code di Procedure Civile francês: “o juiz deve em todas as circunstâncias fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório [...] ele não pode fundar a sua decisão sobre questões de direito que suscitou de ofício sem ter previamente convocado as partes para apresentar as suas considerações”.

Zusammenarbeit).⁴⁵⁹ Neste modelo, “a colaboração rejeita a jurisdição como pólo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro de sua teoria”,⁴⁶⁰ superação histórico-cultural dos modelos de processo *assimétrico* e *isonômico*⁴⁶¹ ou dos modelos *inquisitivo* e *dispositivo*.⁴⁶²

Este tipótono democrático de processo parte “dos eixos da participação e do policentrismo. A ideia defendida é de que, numa visão constitucional e democrática, não existe entre os sujeitos processuais submissão (como no esquema de relação jurídica bullowiana), mas sim, interdependência, na qual a procedimentalidade é a balizadora das decisões. O processo é percebido como uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões”.⁴⁶³

Pródigo é o novo diploma processual em (tentar) encetar esse modelo procedimental (visão discursiva⁴⁶⁴ e dialética⁴⁶⁵ de um

⁴⁵⁹ KUGLER, Klaus. *Die kooperationsmaxime – Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame weg zum richtigen Prozesssergebnis*. Linz: Johannes-Kepler-Universität, 2002, p. 76.

⁴⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 48.

⁴⁶¹ PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.

⁴⁶² DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo* n. 198. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 219.

⁴⁶³ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan-abri 2013.

⁴⁶⁴ FERRAND, Frédérique. Ideological background of the Constitution, constitutional rules and civil procedure. In: *International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014*. Seoul: IAPL, 2014, p. 58: “they must also be granted the opportunity to express themselves before court, and the court must take into account the parties submissions”.

processo constitucionalizado).⁴⁶⁶ A ideologia se verifica nos arts. 5º; 6º; 7º; 9º; 10; 64, §4º; 139, incs. IV, VII e IX; 191; 317; 319, §1º; 321; 339; 352; 357, §3º; 373, parágrafo 1º; 400, parágrafo único; 487, parágrafo único; 488; 489, §1º, inc. IV; 493, parágrafo único; 700, §5º; 772, inc. III; 932, parágrafo único; 938, §1º; 1.003, §6º; 1.007, §§2º, 4º e 7º; 1.013, §3º 1.017, §3º; 1.029, §3º, representando verdadeiro formalismo democrático-participativo.⁴⁶⁷

3 FUNDAMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO

3.1 *AUDIATUR ET ALTERA PARS*: MATIZES HISTÓRICO-CULTURAIS

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retórica e dialetica. In: *L'attività del giudice: mediazioni degli interessi e controllo della attività*. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

⁴⁶⁶ ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

⁴⁶⁷ NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Cossta. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC – doutrina selecionada*. Vol 1. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 149.

De chofre, insta gizar que o contraditório “não foge à regra geral e também tem sua história, não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido”.⁴⁶⁸ Sua urdidura interna é “formada pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias e interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço”.⁴⁶⁹ E não é exagero asseverar que a historiografia do contraditório “confunde-se, em verdade, com a própria história do processo civil”.⁴⁷⁰ Imprescindível, portanto, possuir a consciência histórica de sua “corretezza processuale”.⁴⁷¹

A epigênese do contraditório encontra-se circunscrita no *ordo iudicaris fundamentum*, enredada com a *altera pars* a todos os atos processuais (*ordo substantialis*) e, máxime, com as questões da *litiscontestatio*.⁴⁷² Entelhava-se com a noção de *salvaguarda em face da tirana*, conforme o Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.),⁴⁷³ que aflou a Magna Carta de 1215 e obtemperou o rei inglês ao *law of the land* (precisamente a Seção 39).

Não se considerará, portanto, o período antecedente, romano primitivo, onde o contraditório somente *acontecia* com a submissão voluntária da parte passiva na demanda,⁴⁷⁴ eis que não havia

⁴⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 133.

⁴⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 227.

⁴⁷⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. 1, p. 51.

⁴⁷¹ VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 36.

⁴⁷² PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 65.

⁴⁷³ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

⁴⁷⁴ PROVERA, Giuseppe. *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 233.

como constringer o adversário resistente ao comparecimento *in iudicium*. No período pós-clássico, entretanto, existia um procedimento contumacial decorrente da *missio in bona* (medida coercitiva aplicada pelo Pretor).⁴⁷⁵

Denota-se que no *ordo iudicarius* medieval o contraditório não advinha de uma ordem processual (devido processo). Ao revés, era dele (contraditório) que vicejava a razão prático-social (*praxis*) engendrada pelos tribunais e glosadores,⁴⁷⁶ na medida em que a estrutura do *ordo iudicarius* era encetada em pressupostos lógico-semânticos.⁴⁷⁷ Destarte, o processo isonômico medieval caracterizava-se pelo predomínio do contraditório, arquitetado sobre o *amplo diálogo entre as partes e julgador*.⁴⁷⁸ Obstava inspirações individualistas, outorgando ao *magister* “um conhecimento que nenhuma mente humana poderia descobrir autonomamente, de modo que os interesses individuais das partes e interessados, quando contrapostos e ainda que inconscientemente alinhados, permitiam a busca de uma verdade prática e socialmente aceitável”⁴⁷⁹ pela dialética, isto é, uma “verdade provável” (*ex probabilibus procediti*).

⁴⁷⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao estudo do direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26.

⁴⁷⁶ PICARDI, Nicola. Dall’ordo iudicarius al codice di procedura. In: *Modelli storici della procedura continentale*. Napoli: Cedam, 1994, p. 207.

⁴⁷⁷ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 88: “a aplicação da lógica aristotélica e da retórica, à *disputatio* sobre *questiones*, e assim uma discussão tópica-argumentativa sobre questões doutrinárias, fossem elas suscitadas por problemas práticos reais ou imaginados, que invocava sempre como argumento textos sancionados e opiniões de autores, e estas com tanto maior relevo quanto se conjugassem numa *communis opinio*, pois isso o exigiria um pensamento argumentativo-retórico do domínio do provável”.

⁴⁷⁸ GIULIANI, Alessandro. L’ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonómico). *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1988, p. 601.

⁴⁷⁹ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

O contraditório representava retoricamente e dialogicamente a ética⁴⁸⁰ de um discurso tópico-argumentativo. Consequentemente, “era reconhecido ao processo natureza originária e, em um certo sentido, extra-estatal; ninguém, nem o Papa, poderia prescindir do *ordo iudicarius*”.⁴⁸¹ O diálogo era a essência do *iustum iudicium* medieval e sua afronta, considerada *perversio ordinis*.⁴⁸²

Pelos cânones da concepção medieval, a metodologia (e a própria epistemologia) do contraditório se deslindava na *ars opponendi et respondendi* da tópica e retórica aristotélica,⁴⁸³ cuja regulamentação

⁴⁸⁰ A “ética”, no período, confundia-se com a moralidade cristã. Esta se sobrepõe àquela, invertendo a ótica em favor da heteronomia pautada no cristianismo. Nesse sentido: CHAVES-TANNÚS, Marcio. *A ética de Pedro Abelardo: um modelo medieval de aplicação da lógica à moral*. Uberlândia: EDUFU, 1996, p. 55.

⁴⁸¹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

⁴⁸² Conforme afirma a doutrina, “sendo o processo um momento de descoberta do direito guiado pelo pensamento problemático, resta evidente a relevância da argumentação dos participantes do *iudicium*, residindo aí a imprescindibilidade que então se reconhecia ao contraditório” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2015, p. 77).

⁴⁸³ A fórmula, citada na obra “*Policractius*” de Ioanes Saresberiensis, é a seguinte: “ut vero rerum veritas citius illucescat, litigatores ipsos, personas videlicet principales, non ante ad litem Iudex admittet, quam ei praestito sacramento faciant fidem, quod iustitiae insistent, et calumniam omnem procul facient, seu et ipsi patroni causarum, quo fidelior possit esse examinatio, ab ipsa contestatione litis, iuramento arctantur ad veritatem et fidem, iurantes quod cum omni virtute sua, omnique ope, quod iustum et verum examinaverint, clientibus suis inferre procurabunt, nihil studii relinquentes prout cuique possibile est; et quod ex industria sua non protahent lites. Nam eas oportet a iudicibus infra biennium vel triennium terminari”. Em tradução livre: “para que mais rapidamente se esclareça a verdade das coisas, os próprios litigantes, certamente os principais sujeitos, não serão admitidos pelo juiz à lide antes que em sacramento [sob juramento] afirmem que buscarão a justiça e se afastarão de qualquer calúnia, ou também os próprios advogados das partes, para que mais fiel possa ser o exame, da própria contestação da lide, jurarão pela verdade e pela fé que buscarão o que é justo e verdadeiro com toda a sua virtude e com toda a sua força, na condução de seus clientes, sem abandonar nenhum estudo,

obsequiava diálogo recíproco e pariforme entre os contendores⁴⁸⁴ na “descoberta do direito”.

Constituía a própria ontologia processual, dadvindo ao magistrado a sapiência que “nessuna mente individuale potrebbe ricercare autonomamente”.⁴⁸⁵ Vez que a técnica imperante era a retórica do provável, a dialética do contraditório apresentava-se “como uma ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso ao silogismo dialético. A investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância aos ‘pontos de vista’ do outro e do caráter de sociabilidade do saber”.⁴⁸⁶

Entre raciocínios pretensamente verdadeiros (apodícticos) e falsos (sofísticos), a *ars opponendi et respondendi* simbolizava o único instrumento procedimental à investigação dialética, pressuposto do provimento jurisdicional. *Citatio* e *defensio* consubstanciavam-se na díade informação-reação.

Nessa toada, “na mentalidade dialética não há evidência que escape ao contraditório”.⁴⁸⁷ O próprio arquétipo procedimental do *ordo iudicarius* era dúplice, fulcrado em um núcleo rígido de contraditório: primeiramente, o *ante litem contestatam*, relativo aos *praepatoria iudicci*, de natureza preclusiva, era dedicado à delimitação fático-jurídico do entrave; posteriormente, a *post litem contestatam*,

dentro do possível, e que deliberadamente não protrairão as lides. Isso porque elas devem ser julgadas pelos juízes dentro de dois ou três anos”. Nesse sentido: GIULIANI, Alessandro. *Ordo iudicarius medioevale* (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). In *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 610.

⁴⁸⁴ GIULIANI, Alessandro. *Ordo iudicarius medioevale* (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 610.

⁴⁸⁵ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di Prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p XI.

⁴⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228.

⁴⁸⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130.

dedicada à elucidação do *thema probandum* e decisão.⁴⁸⁸ O procedimento, entretanto, era dotado de extenuante lentidão.⁴⁸⁹

Com o desiderato de amalgamar o plexo de garantias procedimentais que surgiam da *praxis* – que hodiernamente se bosqueja como contraditório – os glosadores medievais forjaram a parêmia *audiatur et altera pars*.⁴⁹⁰

O aforismo “com toda probabilidade, representava uma direta reelaboração de textos literários latinos”.⁴⁹¹ Em verdade, o adágio aparece antes dos romanos, no mundo ático, com as obras teatrais de Aristófones⁴⁹² e Eurípedes⁴⁹³ e com as máximas de Focilde de Mileto. De toda a sorte, “o aforismo em exame continuou a ter sucesso no âmbito literário, de Plutarco a Ariosto, o qual escreve ‘antes de causar dano à pessoa, olhar em sua face e ouvir as razões que usa’”.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ Com profundidade, consultar: CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Studi sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1947. V. 5; GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. Filosofia del diritto. In: *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 519; TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.45, n.2, p.420-48, apr./giugno, 1990, p. 420; KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan-fev 2001, p. 22; ZANETTI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento Probatório. In: *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 143.

⁴⁸⁹ FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di diritto processual*. Padova: Cedam, 1989, p. 5.

⁴⁹⁰ GIULIANI, Alessandro. Ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 610.

⁴⁹¹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131.

⁴⁹² ARISTÓFANES. *As vespas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. A obra satiriza o judiciário grego.

⁴⁹³ EURÍPEDES. *Os Heráclitas*. São Paulo: Edições 70, 2000.

⁴⁹⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 132.

Posteriormente, no estertor do século XV, o contraditório, inicialmente fundamentado em parêmiás de inflexão poético-literária, encontra firmamento em matrizes jusnaturalistas (*ius naturalia*) – com peso reverencial do tempo e da evidência -. A *citatio* era inderrogável. Os jurisconsultos de antanho excisavam de um excerto do Gênesis, no qual “*deus civitat Adam*, antes de condená-lo à expulsão do paraíso”,⁴⁹⁵ o que, dois séculos depois, desenvolveu a doutrina dos *hearing* no direito anglo-saxão.⁴⁹⁶

Nas variantes dos séculos XVII e XVIII, o antigo continente, nomeadamente mediante a *Weltanschauung* prussiana, iniciou uma cruzada em face da dialética e da tópica argumentativa que moldavam o *ordo iudicarius* medieval. O contraditório passa da essência do próprio *indicium* a adereço fugidio, racional e calculante do *processus*, com o escopo de erigir o fenômeno jurígeno a uma óptica “científica e mecânica, como sequência ordenada de atos que *se invicem subsequenter et iuxta se invicem collocantur*, e preconizar, assim, o *Prinzip der Reihenfolge*”.⁴⁹⁷ É a era da *geometrização do jurídico*, onde o protótipo do cognoscível é o raciocínio matemático,⁴⁹⁸ conduzido pelos discursos racionalistas de Pierre de La Ramée (*Petrus Ramus*).⁴⁹⁹ As partes estavam alijadas do discurso processual.

⁴⁹⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 133: “a tese jusnaturalista desvendava, pois, o delicado problema dos limites de aplicação destas regras [do contraditório], não só por parte do juiz, mas, também e sobretudo, por parte do ‘príncipe’ (o soberano legislador). Na presença de *iura naturalia* – que, como tais, *sunt immutabilia* – era difícil configurar um poder de derrogar”.

⁴⁹⁶ Nesse sentido: SNYDER, Christopher. *An age of tyrants. Britain and the Britons*. The Pennsylvania State University Press, 1ª ed, 1998, *passim*; MAITLAND, Frederick; MONTAGUE, Francis. *A sketch of english legal history*. London: Elibron Classics, 2005, *passim*.

⁴⁹⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 136.

⁴⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 1997, p. 103 e ss.

⁴⁹⁹ Para aprofundamento: SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59 e ss.

Ocorre “uma fenda, fissura, uma solução de continuidade entre um discurso razoável, fundado na tópica-dialética, e o discurso racional-formal, aproximando-se esse último do método cartesiano (*nova methodus*)”⁵⁰⁰ com o fito de empregar celeridade ao procedimento. A ordem isonômica passa a ser assimétrica, possibilitando decisões em cognição sumária, *simpliciter, breviter, de plano ac sine strepitu et figura iudicii*.⁵⁰¹ Não por outro motivo que o Papa Clemente V edita a *Clementina Saepe* em 1306, aditada em 1311 pela *Clementina Dispendiosam*, regulamentando a sumarização-aceleração do novel modelo procedimental.⁵⁰² Em síntese, houve a apoteose dos poderes diretivos do magistrado, em contraposição ao modelo anterior, de direção isonômica entre as partes.

Em meados do século XVII, com a reforma da Ordenança Judicial Geral prussiana, a contextura evidenciava uma intestina suspicácia em relação ao diálogo e ao debate, transmudando o órgão estatal - e o próprio procedimento - em *actum burocraticus*, ordem assimétrica-autoritária que valorizava a cartesiana e mecânica contraposição de teses e antíteses, típica do raciocínio matemático (*more geometrico*).⁵⁰³ Perscrutava-se a “verdade absoluta”, revelável pelo Estado sem a participação das partes.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

⁵⁰¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico. História e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001, p. 58.

⁵⁰² FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Lo “sumario” y lo “plenario” em los procesos civiles y mercantiles espanoles: pasado y presente*. Madrid: San José S.A, 2006, p. 79.

⁵⁰³ Em outra oportunidade, embora com referência ao direito substantivo, pontificou-se: “a autoproclamada ‘segunda sistemática’ tem como pressuposto curial as teses racionais-cartesianas, que, transportadas para as ciências jurídicas por Thomas Hobbes, ensejou uma sistematização fulcrada em sistema jurídico ao reverso do humanismo clássico. Tal sistematização é central, isto é, uma concepção axiomática-dedutiva com o ideal de que todo sistema jurídico estaria assentado em poucos postulados, dos quais, entrementes o método lógico-dedutivo, os demais restariam obtidos - e, paralelamente, rejeitando os elementos histórico-culturais que se opunham ao cogito -. Negando a natureza histórico-social-cultural da realidade fenomênica do jurígeno, importava, a

Referido tecnicismo predominou nos séculos XVIII e XIX.⁵⁰⁵ Derrocava-se a função deôntica do contraditório,⁵⁰⁶ bem como sua carga ética-ideológica de cânone jusnaturalista. A locução não estava mais a indicar entidade preexistente e exógena ao fenômeno processual, “mas sim o resultado de um procedimento de abstração, de diferenciação e de generalização das normas particulares ou de outros elementos compreendidos no sistema. Em tal quadro, tornou-se inevitável que o contraditório, pouco a pouco, viesse rebaixado ao papel de categoria secundária, até perder qualquer ligação com a essência do fenômeno processual”.⁵⁰⁷

sistemática jusnaturalista, que o Direito integrava as disciplinas que independiam das experiências factuais, sendo redutível ao método dedutivo lógico-matemático (*mos geometricus*), consoante escólio de Pontes de Miranda [...]Caracterizava-se, ademais, pela autorreferência absoluta e excludente de qualquer normatização não inserida no Código, em evidente vedação à heterointegração. Se isso não bastasse, também possuía como caractere primevo a edificação do plano jurídico sobre a mitológica autossuficiência, plenitude lógica e igualdade de todos ante à lei” (FAVERO, Gustavo Henrichs. O Código Beviláqua como instrumento do paradigma individualista. *Revista da ESMESC*, v. 24, n. 30, p. 285-304, 2017).

⁵⁰⁴ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33; FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di diritto processual*. Padova: Cedam, 1989, p. 8; GIULIANI, Alessandro. Ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 602-606.

⁵⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318. Abri./maio/jun. 1992; FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di diritto processual*. Padova: Cedam, 1989, p. 7; PICARDI, Nicola. *La giurisprudizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 225.

⁵⁰⁶ Advertia Mortara: “ceria menos na seriedade de uma exposição de princípios científicos se me permitisse repetir as costumeiras frases [...] sobre o princípio de razão natural que marca a necessidade do contraditório” (MORTARA, Ludovico. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. Milano: Giuffrè: 1923, p. 234).

⁵⁰⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138.

O imperativo de se colocar o contraditório no *iter* procedimental (extirpando sua essência ôntica, prévia e dialética), com a conseguinte articulação do formalismo na bilateralidade informação-reação, reinou até a segunda metade século XX.⁵⁰⁸ Nos anos 30, exemplificativamente, o contraditório era vislumbrado como instrumento de cariz utilitarista ao processo, caso existissem razões para se contradizer. Não as havendo, era um obstáculo, mero formalismo⁵⁰⁹ à descoberta da verdade pré-constituída e sacramentada nos vocábulos unívocos da lei.

Posteriormente à Segunda Guerra, a processualística retorna - embora de forma claudicante e encafifada - à concepção clássica-jusnaturalista do contraditório como núcleo do processo e ponto cardeal à investigação heurística,⁵¹⁰ sobretudo pela evolução

⁵⁰⁸ Nesta perspectiva, como se o contraditório fosse um “acidente” no meio do procedimento, Carnelutti afirmava que “a falta do contraditório pode prejudicar, mas não prejudica em todos os casos o escopo do processo; o contraditório é um instrumento útil do processo, quando existem razões para contradizer, não as havendo, é um obstáculo” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1933, p. 170). Em sentido análogo, Betti: “a falta efetiva de contraditório não se coloca em contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei, através de uma decisão justa, pode ser obtida também sem a cooperação das partes” (BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*. Roma, 1936, p. 89). Desse modo, “não se pode negar que tenha sido alcançado um completo naufrágio da clássica concepção jusnaturalista. O último ato deste processo de desvalorização do contraditório, porém, será representado pelo conhecido projeto elaborado na Alemanha, ao final dos anos 30, que objetivava abolir, de uma vez por todas, o contraditório do processo civil, absorvendo o *processo das partes* no procedimento oficial de jurisdição voluntária” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140).

⁵⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Volume secondo. La funzione del processo di cognizione. Parte prima. Padova: Cedam, 1986, p. 175-177.

⁵¹⁰ De acordo com Ubertis: “non va infatti obliterato l’innegabile (e imprescindibile) valore euristico del contraddittorio: secondo le acquisizioni dell’epistemologia contemporanea, il metodo dialettico viene ritenuto quello migliore finora escogitato dagli uomini per l’accertamento della verità degli enunciati, il cui conseguimento, se riguardante le affermazioni fattuali delle parti, costituisce il presupposto storico per poter adeguatamente decidere quale

hermenêutica da cláusula do *due process of law*, evidenciada hodiernamente como pressuposto ao *giusto processo* e consubstanciada em garantia solene de correção (*fairness, correttezza*) impeditiva ao retorno a um modelo tirânico e inquisitório.⁵¹¹ Modo esse, “a justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade. O eterno vir a ser, dizia Hegel, obedece à dialética. Põe-se, opõe-se e compõem-se num ciclo que presume um começo e que só o alcança ao final”.⁵¹²

Arquétipos dessa antiga e então renovada percepção são as proclamações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; Convenção Europeia sobre a Salvaguarda dos Direitos e das Liberdades Fundamentais, de 1950; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966; e Convenção Interamericana de San José da Costa Rica, de 1969.⁵¹³

Assim, para entender o “contraditório participativo” deve-se compreender a seguinte premissa: resgata-se a noção dinâmica-dialética do contraditório, preponderante no processo isonômico medieval (e revigorada pelos documentos internacionais proclamados pós segunda-guerra) aperfeiçoando-a mediante a congregação da

sia la legge applicabile nel caso concreto. Garantire a ciascuna di esse di poter presentare alle altre e al giudice l'insieme dei dati (probatore, giuridici e argomentativi) ritenuti più idonei a sostenere la propria tesi, interloquendo su analoghi elementi presentati dalle altre (o inseriti d'ufficio) nel materiale precessuale, significa anche consentire un espletamento della funzione giurisdizionale conforme a uno dei canoni fondamentali di qualunque ricerca della verità” (UBERTIS, Giulio. UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 331)

⁵¹¹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 4ª Ed., Bologna: Il Mulino, 2006, v. 1, p. 100-103.

⁵¹² COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, s/d., p. 66.

⁵¹³ Para Barbosa Moreira, desses documentos é que “emerge o ‘garantismo’ como um dogma fundamental do direito pátrio, solenemente proclamado no mais alto nível normativo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de direito processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 49).

paridade de armas, garantia de influência e não surpresa e colaboração processual.

3.2 ISONOMIA, PARIDADE DE ARMAS E BILATERALIDADE DISCURSIVA (ART. 7º DO CPC)

O contraditório afigura-se como uma constante em todos os Textos Constitucionais pátrios - não se inaugurando com o art. 122, § 11 da CF/37, como entende parcela da doutrina⁵¹⁴ -, conquanto sua presença estivesse circunscrita tão-somente ao espectro criminal até a emenda 01/69 à Constituição de 1967.

Cambiantes também foram seus significados.

Na Constituição Imperial de 1824, conforme se depreende de seu art. 179, VIII, consagrava o encalistrado direito de ser informado. É no art. 72, § 16 da Carta de 1891 que se reconhece seu liame com a ampla defesa,⁵¹⁵ prosseguindo-se com tal acepção no art. 122, n. 11 da CF/37,⁵¹⁶ e posteriormente, no art. 114, n. 24 da CF/43,⁵¹⁷ bem como no art. 150, § 15 da CF/67⁵¹⁸ e no art. 153, § 16 da CF/69.⁵¹⁹ Somente com

⁵¹⁴ Em sentido contrário, entendendo que aparece pela primeira vez no art. 122, §11 da CF/37: CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago/2005, p. 58.

⁵¹⁵ Art. 72, § 16 [...] aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela [...]

⁵¹⁶ Art 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa [...]

⁵¹⁷ Art. 114, §24 [...] a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.

⁵¹⁸ Art. 150, §15. A lei assegurará aos acusados a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

o art. 5º, LV da Carta de 1988 é que a garantia se medrou aos lindes do processo civil e administrativo.

Denota-se a cisma histórica em garantir a “ampla defesa”, embora se utilizando do signo “contraditório” somente na terceira Constituição republicana, em 1934 – e, ainda, circunscrito ao processo penal.

Paralelamente à consagração nos textos constitucionais pátrios, o contraditório é estabelecido em sede transnacional. O art. 6º, 1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁵²⁰ representa vetor interpretativo do núcleo essencial das garantias processuais fundamentais.⁵²¹ Cediço também que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) proclama em seu art. 8º a garantia de “ser ouvido”, embora não exista, de modo específico, “uma delimitação do conteúdo atual da garantia do contraditório”.⁵²²

⁵¹⁹ Art. 153, §16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena [...]

⁵²⁰ Art. 6º, 1. Direito a um processo equitativo. Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁵²¹ TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 Cost e le garanzie europee del processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2001, p. 7.

⁵²² SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47-48: “nos termos do art. 6º da Convenção Europeia, bem como do art. 8º da Convenção Americana, portanto, o contraditório assegura às partes, em um processo contencioso: (i) o direito de ser ouvida em pelo menos uma audiência pública, perante um juiz independente e imparcial, para esclarecer os fatos relevantes da causa; (ii) o direito de conhecer, por meios reais e efetivos, e de se manifestar

O espectro mais rudimentar – e premente no liberalismo processual⁵²³ – do contraditório é a díade informação-reação,⁵²⁴ estatuindo um modelo atômico ou mínimo de conformação de garantias *perante e no* processo.⁵²⁵ Significa que, diante de tal perfil organizatório, exsurge o imperativo de que as partes participem endoprocessualmente de forma isonômica e equitativa.⁵²⁶ Revela-se como uma acepção pálida, de cariz lógico-formal,⁵²⁷ presente não somente nos ordenamentos “profanos”, como também no próprio Código Eclesiástico, conforme cânones 1.513, § 3º e 1.598.⁵²⁸

sobre todas as alegações e provas apresentadas pela parte contrária ou por qualquer interessado que, de algum modo, intervenha no processo; (iii) o direito de propor e produzir todas as provas relevantes para defesa do direito material, com vistas a influenciar na decisão; e (iv) o direito de ter a causa apreciada e decidida com apoio nos argumentos e provas apresentados pelas partes, ou ao menos por elas previamente conhecidos e debatidos, cabendo ao Estado, em contrapartida, o dever de analisar adequadamente todos os pedidos, argumentos e provas existentes nos autos, tomando-os em consideração na decisão”.

⁵²³ Como amplamente ressaltado no capítulo anterior.

⁵²⁴ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª Ed., Napoli: Jovene, 2002, p. 83.

⁵²⁵ WALTER, Gehard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*, n. 3, p. 733. Padova: Cedam, 2001.

⁵²⁶ PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. *Revista da Ajuris*. Ano XXI, n. 62, 2005, p. 286.

⁵²⁷ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 24, mar./2005, p. 74; GAVIORNO, Gracimeri, Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. *Revista de processo*, ano 32, n. 148, jun/2007, São Paulo: RT, p. 289

⁵²⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico. História e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001, p. 92: “outro corolário do *due process* canônico firma-se no denominado princípio da isonomia processual, implicativo do tratamento paritário dos sujeitos parciais no processo. [...] observa-se que durante todo o transcorrer do processo, especialmente nas fases postulatória e instrutória, bem como no procedimento recursal, são asseguradas às partes as mesmas prerrogativas e oportunidades”.

Referida visão elementar do contraditório é herdada da *actio romana*⁵²⁹ no período da *cognitio extra ordinem*, existente de igual modo no direito germânico da baixa idade média, especialmente no *processus* prussiano do século XVI, denominado *parteienghor* (princípio da audiência). Nessa dimensão *estática*, com fundamento no brocardo *nemo inauditas dommari postest*, franqueia-se ao contraditor, tão-somente, a garantia de ouvir e ser ouvido (*hearings*).⁵³⁰ Plasma a garantia de paridade de armas e a bilateralidade discursiva (ou de audiência), avalizando aos interessados “a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo, para a tutela de seus interesses”.⁵³¹ Confere-se às partes simetria de posições jurídicas subjetivas e efetivo exercício de controles, reações e escolhas dentro da estrutura procedimental.⁵³² Está, em verdade, associado à impostergável garantia de defesa, considerada “eterna” e que “encarna, no seio das

⁵²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I, p. 55. Assinala o mestre: “o princípio da audiência bilateral, também conhecido como princípio do contraditório, é certamente o princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional. Como afirma Robert Wyness Millar, em obra clássica, o princípio da audiência bilateral (*audiatur et altera pars*), inseparável da função estatal de administração da justiça, nos sistemas filiados ao princípio dispositivo, existiu tanto no direito romano, quanto no direito germânico primitivo”.

⁵³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti in tema di contraddittorio*. *Studi in memória di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982, v. I, p. 220.

⁵³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 11. Em idêntico sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 336; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 20.

⁵³² FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dotrina*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 870.

mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual”.⁵³³

Já se manifestava Ihering, ao afirmar que “*devem combater-se com armas eguaes, e devem-lhes ser distribuídas com egualdade a sombra e a luz*. É esta a primeira exigência a que deve satisfazer a organização do processo”.⁵³⁴

Poderes, faculdades e ônus⁵³⁵ são distribuídos de forma equânime aos sujeitos processuais,⁵³⁶ consubstanciando tratamento formalmente (e não retoricamente!) idêntico,⁵³⁷ embora não se desconheça que “a desigualdade, por desgraça, constitui não a exceção, mas a regra”.⁵³⁸ Eis a primeira e epidérmica significação do contraditório: asseguarção de simetria entre os contendores (paridade de armas),⁵³⁹ com aplicação abstrata e uniforme da igualdade *perante a lei*.⁵⁴⁰

A paridade de armas também se constitui como instrumento garantístico em face de eventuais arbítrios estatais, “evitando que o processo possa servir de meio de *instituição de*

⁵³³ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico. História e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001, p. 92

⁵³⁴ IHERING, Rufolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: José Bastos Editores, 1964, p. 266.

⁵³⁵ Adotando a premissa da paridade de armas garantir igualdade de tratamento em relação a ônus processuais: STJ, AgRg no AREsp 934.048-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 24.8.2009; STJ, AgRg no REsp 993.309-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 13.11.2009.

⁵³⁶ RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3ª Ed., Torino: Giappichelli, 2001, p. 150.

⁵³⁷ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*. 9ª Ed., São Paulo: RT, 2009, p. 96.

⁵³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. v. 1. Buenos Aires: EJEA, 1952, p. 97.

⁵³⁹ Paridade de armas também denominada de audiência bilateral ou bilateralidade de ação. Nesse sentido: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, vol I.

⁵⁴⁰ LUISO, Francesco Paolo. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2ª Ed., Torino: Giappichelli, 2006, p. 28.

privilégios”⁵⁴¹ ao constranger o Estado à oitiva da parte adversa.⁵⁴² Franqueia-se a condução dialética do processo, oportunizando a todos os sujeitos a fiscalização circular e recíproca dos atos processuais,⁵⁴³ não se cunhando veredas à tirania. Por essa cordura a doutrina continental-europeia⁵⁴⁴ estrutura a paridade de armas como elemento intrínseco à bilateralidade discursiva.⁵⁴⁵ Esta é vulnerada quando a jurisdição obsta o binômio informação-reação,⁵⁴⁶ que se estatui como relação entre meio e fim⁵⁴⁷ da atividade jurisdicional.

⁵⁴¹ ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: RT, 2015, p. 73.

⁵⁴² CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil. *Revista de processo*, vol. 52, p. 228. São Paulo: RT, 1988.

⁵⁴³ Com fundamentação ampla e filosófica sobre a dialeticidade, conferir: BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83: “a relação entre diálogo e dialética dá-se entre continente (o diálogo) e o conteúdo (a dialética). Deveras: fazemos diálogo espontâneo, todos os dias, em nossas relações familiares, civis e políticas [...] o diálogo é um atributo da existência humana. O homem é na medida em que o *é em palavra*. Como dizia admiravelmente Pascal, ‘o homem é um caniço: o mais frágil da natureza, mas é um caniço pensante’. Mas o pensamento humano se exterioriza pela palavra. Não porém o solilóquio do pensador consigo mesmo. Não somos apenas em palavras: *somos em diálogo*, um *logos* exercido a dois, um dizer de um ‘com’ e ‘para’ o outro”.

⁵⁴⁴ Para Cappelletti, por exemplo, o exercício da jurisdição se legitima por intermédio da atuação processual em contraditório. Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318. Abri./maio/jun. 1992, p. 130.

⁵⁴⁵ TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Problemi del processo di cognizione*. Padova: Cedam, 1989, p. 315.

⁵⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di diritto processuale*, anno IX, n. 2, pg. 450. Padova: 2005.

⁵⁴⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8ª Ed., Padova: Cedam, 1996, p. 88.

O contraditório, sob este prisma, é arrostado *em sentido fraco e estático*, direcionado apenas às partes adversas (e não ao Estado-juíz). A garantia exaure-se na possibilidade de se “*interloquire in giudizio*”,⁵⁴⁸ em matemática confrontação de teses e antíteses, acudindo a uma morfologia procedimental “monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz”.⁵⁴⁹ Os únicos deveres que o órgão estatal possui(ria) é(ra) noticiar (*Mitteilungspflicht*) e informar (*Informationspflicht*) as partes acerca dos atos.

Nesse quadrante, o fenômeno processual erige-se como “uma arena na qual os participantes da luta buscam a vitória, mediante a aplicação de regras idênticas para ambos, independentemente de suas condições subjetivas para a luta. Não à toa, fala-se em paridade *de armas*. A luta (processo), estruturada de maneira simétrica para ambos os *lutadores* (as partes), concede-lhes as mesmas *armas* (identidade de *posições jurídicas*), repetindo, dentro do processo, uma suposta *igualdade de tratamento* no plano material”.⁵⁵⁰ O processo, na célebre metáfora de Calamandrei, seria “*un giuoco*”,⁵⁵¹ típico do modelo individualista-privatista (*Sache der Parteien*) do liberalismo

⁵⁴⁸ PICARDI, Nicola. *Manuale di diritto processuale*. 8ª Ed., Padova: Cedam, 1996, p. 86. Em idêntico sentido: VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6ª Ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1, p. 106; NICOLETTI, Carlo Alberto. *Profili istituzionali del processo civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 7.

⁵⁴⁹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*. Vol. 168, p. 117. São Paulo: RT, 2009.

⁵⁵⁰ ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: RT, 2015, p. 75.

⁵⁵¹ CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, vol. I, p. 540. A visão é insuficiente, como assinala Pallieri: “anche nei giochi si creano dei vantaggi, degli handicap in modo da favorire uno dei due contendenti rispetto all’altro, ma allo scopo di metterli in una condizione di reale parità” (PALLIERI, Giorgio Balladore. Introduzione al convegno. *Studi parmensi. L’eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, vol. 18, p. XVI).

processual,⁵⁵² onde a atividade das partes, mediante o princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime* ou *Verfungsgrundsatz*)⁵⁵³, não sofreria ingerência estatal.⁵⁵⁴

A estruturação de relações intersubjetivas (poderes, faculdades e ônus) seria idêntica em todas as situações-pretensões materiais debatidas. O procedimento, destarte, fundamentar-se-ia no mito da ordinariedade que universaliza a plenariedade.⁵⁵⁵ O contraditório seria abstrato e avalorativo, relegando-se ao alvedrio das partes a direção procedimental.

Dogmaticamente,⁵⁵⁶ encontra-se tal perspectiva vincada no art. 7º do CPC, pelo qual “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”, corroborada pelo art. 139, I do mesmo diploma (correspondente ao art. 125, I do Código Buzaid). Denota-se que o próprio digesto processual encampa, mesmo que implicitamente, o aqui defendido. A paridade de armas é o substrato

⁵⁵² CAPPELLETI, Mauro. *Ideologie nel processo civile. Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

⁵⁵³ A doutrina, inclusive, assevera que “se il processo serve alle parti, alla loro volta le parti servono al processo” (CARNACINI, Tito, Tutela giurisdizione e tecnica de processo. In: *Studi in onore de E. Redenti*, Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951, p. 695). Em sentido análogo: CAPPELLETI, Mauro, *La testimonianza probatória del sapere delle parti nel processo civile*, 2ª Ed., Milano: Giuffrè, 1951, p. 770.

⁵⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual. Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40.

⁵⁵⁵ SILVA, Ovídio Araújo da. A “plenitude de defesa” no processo civil. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 118.

⁵⁵⁶ O primeiro código processual a expressamente regular a paridade de armas como aqui descrito foi o revogado CPC português, estabelecendo em seu art. 3ª-A que “o tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”.

epidérmico do contraditório (primeiro nível da garantia), porquanto de forma lógica e estrutural, antecede os arts. 9º e 10, referentes ao contraditório *em sentido forte e dinâmico*. Destarte, a paridade de armas configura-se como pressuposto lógico-necessário à acepção dinâmica-substancial do contraditório.⁵⁵⁷

Embora imprescindível à ontologia processual, a mera simetria-paridade de posições jurídicas não corresponde à consciência de ser o processo jurisdicional instrumento servil à ordem constitucional, sibilando valores deônticos e corporificando-se no microcosmos democrático com “conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”,⁵⁵⁸ e não meramente garantia de “determinados ambitos de autodeterminación individual em los que el Leviatán no puede penetrar”.⁵⁵⁹

3.3 GARANTIA DE INFLUÊNCIA E NÃO SURPRESA (ARTS. 9º E 10 DO CPC): BOSQUEJO NO DIREITO ESTRANGEIRO

A carestia de um contraditório *estático* hospeda-se, paradoxalmente, em sua ineficácia à asseguaração de sua própria natureza, qual seja, a de garantia processual estruturante.⁵⁶⁰ Se os meios

⁵⁵⁷ Em sentido análogo ao aqui esposado, embora sem referência à estrutura dogmática da legislação em vigor: CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LXII, marzo 2008. Milano: Giuffrè, p. 137 e ss; CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona – le garanzie fondamentali*. 3ª Ed., v. II, Milano: Giuffrè, 1984, p. 25 e ss.

⁵⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª Ed., São Paulo: RT, 2008, p. 28.

⁵⁵⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1970, p. 390.

⁵⁶⁰ Sob esse prisma, empós a Segunda Grande Guerra, o constitucionalismo democrático do ocidente inaugurou os fundamentos que urgem serem reconhecidos ao contraditório. Exemplificativamente, a Constituição espanhola de 1978, em seu art. 24.1 e a Constituição italiana em seu art. 24. Em âmbito transnacional, o art. 6.3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

e técnicas processuais detêm o desiderato de afiançar-consubstancializar direitos fundamentais, é deveras assombroso que a *própria* garantia fundamental (contraditório como *Prozessmaximen*) não consiga assegurá-los (direitos fundamentais) suficientemente.⁵⁶¹ O contraditório, em sua dimensão política, *é a garantia das garantias*.⁵⁶²

De igual modo, os laivos pretéritos, isoladamente, não conseguem vislumbrar o contraditório como corolário da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), valor-síntese do elo urdido entre princípios político-ideológicos de participação democrática e estruturas processuais,⁵⁶³ na medida em que estas obstam a alomorfia do *sujeito processual* em mero *objeto do processo*.⁵⁶⁴ É dizer: a jurisdição-em-si, e os provimentos que dela promanam, tão-somente se qualificam e

⁵⁶¹ O professor panamenho Arturo Hoyos já alertava sobre esse problema, afirmando que “as garantias fundamentais se conjugam com a dimensão democrática do processo, a qual se concebe em termos substantivos e concretos” (HOYOS, Arturo. *Justicia contencioso-administrativa y derechos humanos*. Panamá: Instituto Panameno de Derecho Procesal, 1991, p. 13). Leonardo Greco também já advertia que o contraditório “passou a constar explícita ou implicitamente das Cartas de Direitos Fundamentais, como a da Constituição brasileira de 1988, agora não mais simplesmente como um princípio, mas como garantia de eficácia concreta dos direitos fundamentais, característica não só do processo judicial, mas também do processo administrativo, conferindo uma dimensão jamais alcançada ao princípio político da participação democrática, já que, sem ele, esses direitos não passam de vazias proclamações e, somente por meio deles, o Estado põe à disposição dos cidadãos todos os meios possíveis para alcançar na prática sua proteção” (GRECO, Leonardo. *Contraditório, o princípio do [verbete]*. In: BARRETO, Vicente de Paula. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos-Renovar, 2009, p. 155).

⁵⁶² VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90.

⁵⁶³ FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di diritto processual*. Padova: Cedam, 1989, p. 11.

⁵⁶⁴ Em sentido análogo, com fundamento na ética e boa-fé: CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, n. 126, ago./2005, São Paulo: RT, p. 58.

legitimam com a participação dos interessados.⁵⁶⁵ O processo jurisdicional é o lócus privilegiado do exercício direto e imediato do poder pelo povo (art. 1º, parágrafo único da CRFB).⁵⁶⁶ Deve ser estruturado de forma equitativa, vocacionando-se à concretização de um remate substancialmente équo, sob os prismas individuais e sociais.⁵⁶⁷ Referido primado é reconhecido internacionalmente, conforme exposto alhures, a exemplo do art. 14, n. 1 do Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos e do art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - que serviram de substrato ideológico à elaboração do art. 5º, LIV de nossa Constituição e do art. 20, n. 4 da Constituição portuguesa⁵⁶⁸ -.

Nessa tópica, urge reconhecer a perspectiva *dinâmica*⁵⁶⁹ (ou *em sentido forte*) do contraditório, consistente na prerrogativa irrefreável de *influência e não surpresa* (contenção das partes por ocasião do conteúdo do provimento jurisdicional).⁵⁷⁰ O Estado-juiz

⁵⁶⁵ CIPRIANI, Franco. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. In: *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 87; CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In: *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 61.

⁵⁶⁶ RIBEIRO, Darci. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 103 e ss.

⁵⁶⁷ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais a luz do novo código*. 3ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2013, p. 123.

⁵⁶⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª Ed., Lisboa: Lex, 1997, p. 39.

⁵⁶⁹ O dinamismo é o que permite a efetiva fruição de garantias e direitos atribuídos textualmente pela Constituição. Dessa forma, as garantias em sentido dinâmico são “quegli strumenti giurisdizionale che siano specificamente previsti – avanti ad organi di giustizia costituzionale od Internazionale – per assicurare condizioni effettive di godimento a qualsiasi diritto ‘attribuito’ o ‘riconosciuto’ da quelle norme fondamentali” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de processo*, n. 90, p. 101, abr./jun. 1998, São Paulo: RT).

⁵⁷⁰ Desse modo, “trata-se da conjugação dos direitos das partes ao conhecimento e à participação no processo em simétrica paridade – dimensão estática -, com a possibilidade de interferência e de fiscalização dos resultados advindos do

possui o dever de “assegurar às partes o debate sobre os elementos capazes de influir no convencimento que sustentará sua decisão”,⁵⁷¹ vez que o contraditório é “o instrumento essencial da jurisdição”,⁵⁷² representando a “alma do processo civil”⁵⁷³ em uma laboriosa utopia em busca do justo processo.⁵⁷⁴

Possibilita-se a participação preventiva⁵⁷⁵ dos interessados em relação aos aspectos fático-jurídicos da contenda, estruturando-se o procedimento através da seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audição preventiva”.⁵⁷⁶ A faceta *dinâmica* do contraditório é, portanto, essencialmente preventiva-preservativa,⁵⁷⁷ consistindo a participação em “um valor clave de la vida democrática, ya que confiere a los individuos o grupos, contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la chance de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa oportunidad

exercício da função jurisdicional – dimensão dinâmica” (FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo. Entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 57).

⁵⁷¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 106.

⁵⁷² MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2000, p. 930.

⁵⁷³ GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 756.

⁵⁷⁴ LA CHINA, Sergio. Giusto processo, laboriosa utopia. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2006, p. 1117.

⁵⁷⁵ Essa participação preventiva, para Dinamarca, significa “viver o processo”. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 1987, p. 95.

⁵⁷⁶ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano*. 2ª Ed., Torino: Giappichelli, 1997, p. 171.

⁵⁷⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto). *Revista de direito comparado*. Belo Horizonte: UFMG, v. 2, n. 2, p. 282, mar. 1998.

significa um reconhecimento de la dignidade de las personas que participan de dicho proceso”.⁵⁷⁸

Os contraditores exercem – conspícua ou modestamente – um conjunto de escolhas, ações e controles sobre o procedimento, cujo escopo primordial equivale não meramente a uma contrariedade formal,⁵⁷⁹ mas à participação efetiva, deixando “de ser *a defesa*, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a *influência*, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e êxito do processo”.⁵⁸⁰

Afere-se um aprumo dinâmico entre sujeitos processuais, com equivalência de oportunidades de influência no provimento,⁵⁸¹ consistindo em instrumento operativo da jurisdição e transmutando-a em palco pluralista e dialógico de inclusão argumentativa, em prol de uma tutela jurisdicional efetiva (*effektiver Rechtsschutz*).

A característica fundamental, pois, é a *potencialidade de influência* (*Einwirkungsmöglichkeit*).⁵⁸² Aglutina-se à exigência de reação-informação (*Waffengleichheit*) o *dever* de possibilitar a

⁵⁷⁸ OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil em América Latina. *Revista de processo*, n. 173, ano 34, jul./2009, São Paulo: RT, p. 181.

⁵⁷⁹ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, p. 869, 1968; FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, giugno 1986, n. 2, p. 431.

⁵⁸⁰ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 97.

⁵⁸¹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Ano XXI, n. 4, p. 591. Padova: Cedam, 1976.

⁵⁸² “A influência não é produto de apenas um sujeito porque o ato processual não se forma isoladamente. A cadeia do procedimento supõe as fases anteriores e o dinamismo das interações faz com que as condutas e condicionamentos que decorreram dos acontecimentos pretéritos componham o suporte fático para as posteriores normas e condutas produzidas paulatinamente no seu curso” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 134).

influência (*Chancengleichheit*)⁵⁸³ nos desígnios do processo.⁵⁸⁴ Constitui-se como fator de legitimidade “do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado”,⁵⁸⁵ inclusive sobre questões cognoscíveis de ofício, na senda dos arts. 9º e 10 do CPC/15, inspirado no art. 183, 3º do CPC italiano, no art. 16 do código francês, bem como no § 278-III da ZPO alemã.⁵⁸⁶

Desde a redação original do anteprojeto do atual *codex* (e, posteriormente, no Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010, notadamente em seus arts. 5º,⁵⁸⁷ 9º⁵⁸⁸ e 10º⁵⁸⁹), evidenciou-se a

⁵⁸³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 65.

⁵⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Temas de direito processual. Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 70 e ss.

⁵⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 20. Em sentido análogo: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002, p. 101.

⁵⁸⁶ JUNOY, Joan Picò. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 71: “ocorre indubbiamente considerar – nel panorama delle tendenze processuali moderne – la progressiva emersione del ruolo forte del giudice nella direzione del processo, nonché la derivata esigenza di una protezione sempre più efficace delle garanzie del contraddittorio proprio in quei modelli di processo inquisitorio, nei quali si più incisiva (seppur con gli opportuni correttivi e controlli, a salvaguardia dell’imparzialità) la presenza di poteri esperibili d’ufficio dal giudice. Al di là dei limiti, entro i quali l’art. 183 (nel 2º comma d’origine, e nel nuovo comma 3, dopo la Novella del 1990) attribuisce al giudice il potere di indicare alle parti la questioni rilevabili d’ufficio di cui ritenga opportuna la trattazione, si va affermando – sulla scia di esperienze comparatistiche (cfr. ad esempio, l’art. 16 del c.p.c francese, od il par. 278-III della ZPO tedesca) – um vero e proprio dovere del giudice di provocare qualsiasi questione (di rito o di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare) avente una rilevanza decisória determinante”.

⁵⁸⁷ Art. 5º. As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determina a prática de medidas de urgência.

preocupação ostensiva de potencializar e densificar infranconstitucionalmente a garantia do contraditório, insculpida no rol de fundamentalidade constitucional (art. 5º, LIV e LV da CRFB), cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV da CRFB) e manifestação do próprio modelo democrático-republicano adotado pelo Texto Magno. Embora uma interpretação constitucionalizada das normas processuais já tributasse ao contraditório toda a dimensão eficaz que o atual código propõe, o *fetichismo da lei*⁵⁹⁰ - sempre imperante na realidade jurídica brasileira – prostrou sua sombra na elaboração do estatuto processual.

Nesta acepção dinâmica, “o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório”.⁵⁹¹ A esse respeito, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês é categórico ao afirmar que “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório”, o que é corroborado pelo item 1.4(2), “b” e “d” do *Civil Procedure Rules* inglês.

⁵⁸⁸ Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salva se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento do direito.

⁵⁸⁹ Art. 10 O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

⁵⁹⁰ O termo fetiche é utilizado em sua acepção psicanalítica. Assim, “a Lei seria um estatuto legal para o qual todos – exceto os incapazes de ingressar numa comunidade – contribuiriam com um sacrifício de seus instintos, e que não deixa ninguém – novamente com a mesma exceção – à mercê da força bruta” (FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise; A história do movimento psicanalítico; O futuro de uma ilusão; O mal-estar na civilização; Esboço de psicanálise*. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.155). De igual modo, em psicanálise, lei designa um ato de força: “: “uma horda primitiva dominada por um macho que gozava de um monopólio sexual absoluto, possuía todas as fêmeas ao mesmo tempo e impedia o acesso dos demais machos a elas. Puro gozo, frustrava o desejo dos filhos por suas mães e irmãs, submetendo todos à sua lei, imposta pela força” (KOLTAI, C. *Totem e tabu: um mito freudiano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 47).

⁵⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1, p. 214.

Destarte, o órgão julgante insere-se na medula do contraditório, em simetria e paridade com os demais sujeitos na condução procedimental (cláusula de perfil constitucional denominada de *Rechtsschutzeffektivität* na Alemanha), impondo-se os deveres de informação (*Informationspflicht*) ou orientação (*Rechts auf Orientierung*)⁵⁹² em relação às partes - cujo corolário é o princípio da anterioridade (*Vorheringkeitsgrundsatz*), exercido mediante intervenção prévia ao julgamento (*Ausserung*) – e o dever de não apenas tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), mas efetivamente levar em consideração os argumentos debatidos (*Recht auf Berücksichtigung von Außerungen*) de forma conscienciosa e refletida (*Erwagungspflicht*),⁵⁹³ exigindo-se do órgão julgador imparcialidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) na contemplação das razões exortadas, de forma a conferi-las atenção (*Beachtenspflicht*).⁵⁹⁴

Referida perspectiva, embora encampada tardiamente na processualística brasileira,⁵⁹⁵ já era adotada em ordenanças estrangeiras. Na Alemanha pós-guerra, a aceção da cláusula insculpida no art. 103, §1º da Lei Fundamental, denominada de “pretensão à audição jurídica” (*Anspruch auf Rechtliches Gehor*)⁵⁹⁶ há muito era interpretada pelo

⁵⁹² WALDNER, Wolfram. *Der Anspruch auf rechtliches Gehor*. Kohl: Otto Schmidt, 2000, p. 14.

⁵⁹³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, v. XXV, p. 6.

⁵⁹⁴ Essa é a tendência da Corte Constitucional Alemã: BVerfGE 70, p. 288-294; BVerfGE 11,218(218).

⁵⁹⁵ Parte da doutrina já advogada a perspectiva aqui adotada, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior: “embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo. A ele se submetem tanto as partes como o próprio juiz, que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que procedem o exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública” (THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32).

⁵⁹⁶ Para uma análise detida: WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*, n. 3, jul./set., 2001, p. 731.

Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de forma a expandir seus efeitos sobre o Estado-juiz.⁵⁹⁷ Com isso, reformou-se a Ordenança Processual tedesca (ZPO), passando-se a estabelecer o contraditório dinâmico-substancial em seu § 139,⁵⁹⁸ especialmente em seu item 1, prescrevendo o dever de *erortern*, isto é, de discussão entre as partes e juízo da moldura factual-normativa a ser utilizada no *decisum*. De modo símil, a *Zivilverfahrens-Novelle* de 2002 modificou a ZPO austríaca, com a encampação da proibição de decisões-surpresa em seu § 182-a.⁵⁹⁹

Na tradição ibérica, a vedação às decisões-surpresa foi introduzida pelo Dec.-Lei 329-A/95, qualificando-a como uma das

⁵⁹⁷ Conforme assinalado por Habscheid, em 1978: “em conformidade com uma decisão do *Bundesverfassungsgericht*, o direito de ser ouvido pode assim ser definido: o tribunal não deve utilizar na sua decisão senão os fatos e provas sobre as quais as partes puderam tomar posição anteriormente, a saber, em nosso contexto, dos quais elas puderam ter tido conhecimento. Isto deu lugar a uma discussão extremamente surpreendente” (HABSCHEID, Walter. As bases do direito processual civil. *Revista de processo*, n. 11, p. 141, jul./set. 1978. São Paulo: RT).

⁵⁹⁸ § 139. Direção material do processo. (1) o Tribunal tem de discutir com as partes a questão material e litigiosa, tanto quanto necessário, em seus aspectos fáticos e jurídicos. Tem, então, de provocar as partes a se manifestarem em tempo hábil sobre todos os fatos consideráveis, especialmente os que possam completar declarações insuficientes e colocar proposições relevantes. (2) No caso de a parte não ver ou tomar como irrelevante uma opinião, só pode o Tribunal, desde que não se trate de uma demanda reconvençional, sustentar sua decisão se isso tiver sido indicado por ele e tiver sido dada oportunidade para exposição. O mesmo vale para uma opinião que o Tribunal avalie diferentemente das duas partes. (3) o Tribunal tem de chamar a atenção para os equívocos que podem ser considerados de ofício. (4) Avisos sobre essas instruções devem ser transmitidos tão logo quanto possível e devem se fazer registrar nos autos. Contra o conteúdo, somente admissível a prova de falsidade. (5) Caso não seja possível para uma parte a imediata explicação, deve o Tribunal determinar prazo para que a mesma possa ser dada por escrito.

⁵⁹⁹ Amplamente: DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, v. XXIII, p. 223-227, 1968; TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Problemi del processo di cognizione*. Pádua: Cedam, 1989, p. 316-320.

dimensões ou facetas do contraditório.⁶⁰⁰ A versão atualmente vigente foi modificada pelo Dec.-Lei 180/96 e posteriormente encampada pelo art. 3.3 do CPC português de 2013: “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”,⁶⁰¹ repercutindo diretamente nos preceitos relativos à produção probatória (arts. 415º e 423º) e no momento do provimento jurisdicional (art. 604º, n. 2).⁶⁰² Assim, o Estado-juiz, identificando questão fático-jurídica não jungida ou debatida pelas partes, deverá adverti-las, oportunizando o suprimento de seus “ônus de alegação” (arts. 552º, n. 1 e 572º, ‘b’) até o momento do despacho pré-saneador (art. 590º, n. 2).

Destarte, furta-se qualquer espécime de ardil ou emboscada porque injunge ao órgão estatal o dever de interlocução às partes sobre as entoações que repete relevantes à (con)formação de sua convicção,⁶⁰³ porquanto “a legitimidade do exercício do poder estatal somente pode ser conferida pela abertura à participação. Ora, se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, a

⁶⁰⁰ RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa – contributo para a sua (re)compreensão no direito processual civil português*. Coimbra, 2011. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 25.

⁶⁰¹ O dispositivo dispensa o contraditório em casos de “manifesta desnecessidade”, sem esclarecer que casos seriam esses. Segundo António Santos Abrantes Geraldês, são limitadas as situações em que se permite ao juiz decidir qualquer questão sem ouvir as partes: a) para indeferir qualquer nulidade invocada por uma das partes; b) em matéria de procedimentos cautelares, quando necessário prevenir a violação do direito ou garantir o resultado útil da demanda, destacando-se, ainda, uma específica hipótese de decretação de falência sem respeito ao contraditório prévio (*Temas da reforma do processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82).

⁶⁰² FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais a luz do novo código*. 3ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2013, p. 127.

⁶⁰³ MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di ‘terza via’. *Rivista di diritto processuale*, n. 4, p. 936, 2000.

ideia básica deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à decisão”.⁶⁰⁴ Afinal, “democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório”.⁶⁰⁵ Evita-se a solitária onipotência - face autoritária da jurisdição⁶⁰⁶ - de uma decisão-surpresa (*Überraschungsentscheidungen*), ontologicamente *inexistente*, por desrespeitar a matriz dialética do processo: o contraditório.⁶⁰⁷

A decisão de emboscada (*ambush decision*) ou surpresa (*terza via*) não depende de análise casuística, em concreto. A verificação é abstrata. Haverá *error in procedendo* sempre (repita-se: sempre!) que a decisão se ancorar em questão fático-jurídica não previamente debatida entre as partes.⁶⁰⁸

A própria dicção normativa do art. 9º do CPC/15 (não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida), com hipóteses excepcionais restritas em seu parágrafo único, combinado com o enunciado do art. 10, afirmando categoricamente que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir

⁶⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 253.

⁶⁰⁵ DIDIER JR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Gênesis – revista de direito processual*, n. 29, jul./set., 2003, Curitiba, p. 505.

⁶⁰⁶ Chega a essa conclusão Francesco Luiso, comentando o precedente da Corte de Cassação italiana nº 14.637/2001, onde se decidiu ser nula uma sentença que e funda sobre questão conhecida de ofício e não debatida anteriormente pelas partes. (LUISO, Francesco. *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria? Rivista mensile di giurisprudenza*, v. III, t. II, 2002).

⁶⁰⁷ Ao contrário, entendendo que a decisão seria nula: STJ, EDcl no REsp 1.340.444-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02.12.2015.

⁶⁰⁸ Em um primeiro momento, Chiarloni defendia a análise abstrata do problema, como agora se defende (CHIARLONI, Sergio. *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, ano 41, n. 3, set/2007). Posteriormente, modificou o entendimento para que a análise do vício seja feita casuisticamente (CHIARLONI, Sergio. *La sentenza “della terza via” in cassazione: un alto caso di formalismo delle garanzie? Giurisprudenza italiana*, Utet, v. I, 2002).

de ofício” denota *não existir espaço para discricionariedade*. Embora os comandos hauridos não disciplinem expressamente qualquer *consequência* para suas inobservâncias, são preceitos veiculados na forma de normas-*regras* (e não normas-princípios). Impossíveis, destarte, de ser “sopesados”, “ponderados” ou analisados casuisticamente.

Decisão-surpresa, como asseverado, é inexistente, malferindo a estrutura dialógica do processo e objurgando o principal eixo estrutural que assegura a participação na construção de provimentos pelo Poder Público: o contraditório.⁶⁰⁹ E, caso se adote uma postura menos extrema, indubitavelmente se configura como *provimento nulo*, violando o art. 93, IX da CRFB e os arts. 11 e 489, § 1º do CPC. Afinal, inexiste a possibilidade de se conceber processo jurisdicional – que, como categoria lógico-jurídica, detém como pressuposto de validade a concreta, histórica e efetiva realização das promessas constitucionais, sobretudo *ser justo e ser devido por justiça* (*due process*) – sem se franquear possibilidade de participação, no aprestamento do ato coativo estatal, dos sujeitos que, mediante interesses e posições teóricas dissidentes-contrapostas devam, nesse esquema hipotético, suportar em seu patrimônio jurídico os efeitos e a eficácia da coisa julgada.

Por isso o *conteúdo* do contraditório dinâmico, conforme lapidar síntese de Proto Pisani, pode se inferido da seguinte maneira: o

⁶⁰⁹ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 212: “il processo non va costruito su una posizione di supremazia del giudice, su un ordine assimétrico. Il contraddittorio in senso forte há una funzione compensativa delle inegualianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad. es. Fra governanti e governati; fra ricchi e poveri); Esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed ugualianza e, quindi, sai impostato sulla base di rapporti paritetici, su quello che è stato chiamato ordine isonômico”. Na doutrina nacional, Portanova leciona que “o princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se para todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal são integrados pela bilateralidade” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 160-161).

direito que as partes possuem para influenciarem na cognição jurisdicional através (i) do reconhecimento de poderes de demanda (*actio* e *quaestio facti*), exceção, réplica e contrarréplica; (ii) necessidade de se reconhecer poderes instrutórios aos litigantes, inclusive nos casos em que a instrução tenha se efetivado de ofício;⁶¹⁰ (iii) direito de discussão, de forma oral ou escrita, acerca dos termos da causa, quando a mesma estiver apta ao julgamento;⁶¹¹ e (iv) dever do magistrado em provocar o debate prévio entre as partes sobre questões fáticas e jurídicas que tenha considerado de ofício.⁶¹²

⁶¹⁰ Observa a doutrina que “o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no procedimento que prepara o provimento e, por outro lado, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvidas pelos órgãos judicantes” (LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 20)

⁶¹¹ O diálogo e a participação são imprescindíveis ao “mundo social democrático”: “la argumentación y el diálogo están presentes en el mundo social. En el mundo social, concebido de una manera participativa y democrática, siempre serán necesarias la argumentación, el diálogo, de sostener y defender nuestras ideas, de controvertir las que otros exponen para acercarnos a la verdad, llegar acuerdos o tomar mejores decisiones. En los campos de la política, de la ética, del derecho, de la comunicación, etc., se argumenta, se debate, y se controvierte lo que piensa u otros piensan. En la familia, en el mundo laboral, en las relaciones cotidianas entre amigos, vecinos o compañeros de cualquier actividad, se discuten ideas, valores, actitudes, proyectos, que no siempre son asumidos de manera pasiva; al contrario, son resistidos de acuerdo con la particular concepción del mundo de cada uno” (CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *La argumentación y el diálogo frente al principio de contradicción. Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, n. 3, p.131-161, abr./jun. 2003, p. 113).

⁶¹² PISANI, Andrea Proto. Giusto processo e v alre della cognizione piena. In: *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Napoli: Jovene Editore, 2003, p. 658. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 550-552; FERRI, Conrado. Sull’effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano:

Em suma, dois são os vetores: “a) diálogo e equilíbrio, palavras-chave para a visão do processo moderno e democrático; b) distinção entre poder agir de ofício e poder agir sem ouvir as partes”.⁶¹³

3.4 COLABORAÇÃO E SEUS CONSECTÁRIOS (ART. 6º DO CPC). PROCESSO COMO COMUNIDADE DE TRABALHO (ARBEITSGEMEINSCHAFT, COMUNIONE DEL LAVORO)

O derradeiro estrato do contraditório, arrogando-se como seu núcleo, é o dever (*Mubvorschrift*) de colaboração, amerissado no art. 6º da atual codificação, pelo qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.^{614- 615} É um *dever*, e não um ônus, na medida em

Giuffrè, ano XLII, n. 3, set/1988, p. 785-189. No mesmo sentido é a lição de Fazzalari: “tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autordo provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1 ed., 2006, p. 119-120).

⁶¹³ DIDIER JR., Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Gênese: revista de direito processual civil*, ano VIII, n. 29, jul./set 2003, Curitiba, p. 509.

⁶¹⁴ A inferência entre contraditório e cooperação/colaboração não é unânime na doutrina. Edoardo Ricci, com base no direito italiano, afirma que não existe um princípio ou dever de colaboração entre os sujeitos processuais. Também entende que o contraditório não guarda relação com a participação das partes. (RICCI, Edoardo Flávio. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 496-498).

⁶¹⁵ Malgrado o art. 6º do Código ser claro ao afirmar que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si”, a doutrina nacional não chegou a um consenso sobre o assunto. Para Mitidiero, o dever de colaboração somente se aplica entre juiz e partes, nunca entre essas. Nesse sentido: Mitidiero, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª Ed.

que este, na clássica acepção *goldschmidiana*, perfaz-se como imperativo do próprio interesse.⁶¹⁶ A análise etimológica do vocábulo “cooperação”, prene de alteridade, demonstra sua incompatibilidade com a categoria ônus.⁶¹⁷

O preceito não estava expresso no Código de 1973, embora pudesse ser extraído dos arts. 284 e 616 (hipóteses de *emendatio libeli*), do art. 342, que possibilitava ao magistrado convocar as partes para esclarecerem aspectos fáticos, e das disposições contidas nos arts. 130, 339 e 340, I, caso fossem lidas a partir do contraditório (art. 5º, LV da CRFB). Portanto, *é a partir do contraditório que começa a se desenvolver a cooperação na doutrina nacional.*⁶¹⁸

É em sua justaposição com o contraditório, ampliado pela Carta Constitucional, “que irá se apoiar a noção de processo democrático, o procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’ (*Kooperationsmaxima*)”,⁶¹⁹ a extirpar do “próprio direito fundamental de participação a base

São Paulo: RT, 2011, p. 114. Para Didier e Nunes, existe um dever de cooperação entre as partes, e não apenas entre partes e juiz.

⁶¹⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*, vol. 1. Campinas: Bookseller, 2003, p. 17.

⁶¹⁷ Esclarecendo as principais diferenças entre ônus e deveres, Buzaid preleciona: “se a lei confere às partes a faculdade de determinar o seu próprio comportamento, trata-se de simples ônus; se, ao contrário, quer disciplinar determinada conduta, estamos em face de um dever. As sanções legais diferem, pois, quando se trata de ônus ou de deveres. Como o ônus consiste na necessidade de realizar uma atividade, sob pena de sofrer um efeito danoso, pela ausência do ato só o litigante é atingido, podendo beneficiar-se o adversário; ocorrendo, todavia, o descumprimento de obrigação legal, nasce para a outra parte o direito de haver ressarcimento do dano que lhe foi causado” (BUZOID, Alfredo. *Processo e verdade no direito brasileiro. Revista de processo*, v. 47, jul./set. 1987, São Paulo: RT, p. 96).

⁶¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*, n. 71, São Paulo: RT, 1993, p. 31 e ss; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, n. 90. Porto Alegre, 2003, p. 56 e ss.

⁶¹⁹ ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 179.

constitucional para o princípio da colaboração”.⁶²⁰ A participação,⁶²¹ assim, se desvela como condição de comunicação-diálogo⁶²² e legitima toda a dialética processual.⁶²³

Além de dever, a cooperação/colaboração é *um modelo e um princípio*⁶²⁴ que “objetiva ampliar o debate e reconfigurar as regras do contraditório, com a imposição de deveres a todos os sujeitos

⁶²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 270.

⁶²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista baiana de direito*, Salvador, ano 01, n. 1, jan/jun 2008, p. 242: “a participação através do procedimento está intimamente ligada à ideia de democracia participativa. A insuficiência da técnica representativa, ou de participação nas eleições para os cargos de representação popular, fez com que se percebesse a necessidade de incentivar e viabilizar formas de participação direta da população nos processos de decisão estatal. Demais disso, não se pode esquecer que uma das principais classificações dos direitos fundamentais identifica os direitos fundamentais de participação. O homem tem o direito de participar no poder e na vida social e, sobretudo, o direito de participar reivindicando a concretização e a proteção dos seus direitos fundamentais, exigindo prestações fáticas de natureza social e prestações fáticas de proteção aos direitos fundamentais”.

⁶²² O diálogo é o instrumento que torna possível a colaboração/cooperação. Nesse sentido: GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1969, p. 588.

⁶²³ BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. In: *O futuro da democracia*. 8ª Ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 55-69. Especificamente em relação ao processo: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 33, nov/dez 2009, p. 18: “o ‘processo justo’, nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído e concluído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial”.

⁶²⁴ Parcela minoritária da doutrina afirma que a cooperação não é um princípio, não possuindo qualquer normatividade. Posição que se discorda. Nesse sentido: STRECK, Lenio; MOTTA, José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de processo*, n. 213, nov/2012, São Paulo: RT.

processuais, inclusive ao juiz, integrante que é do contraditório”.⁶²⁵ Desse modo, mediante a Teoria dos Papéis (*Rollentheorie*), “a progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva frequentemente a falar duma *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”,⁶²⁶ permitindo uma “*garanzia plastica e flessibile di giustizia nel processo*”.⁶²⁷

Por esse motivo é que a colaboração, como princípio (impondo um *estado de coisas e comportamentos* a serem promovidos) e modelo processual (para além da díade dispositivo-inquisitivo ou liberal-social), revela-se consentânea com as propostas democráticas de um processo de matriz constitucional (art. 1º do CPC). Destarte, “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional”.⁶²⁸

O Estado-juiz avoca dúplice posição, mostrando-se paritário na condução-diálogo procedimental e assimétrico no momento decisional (*jus imperii*).⁶²⁹ Estrutura-se o formalismo a partir de repartições funcionais, buscando equilíbrio centrífugo, “do qual

⁶²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 6º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

⁶²⁶ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2006, p. 128. A terminologia “comunidade de trabalho” é atribuída a Wassermann. Nesse sentido: WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale zivilprozess – zur theorie und praxis des zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, p. 97-121.

⁶²⁷ VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 34

⁶²⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

⁶²⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2011, p. 102.

decorrerá uma anulação ou compensação vetorialmente recíproca das forças dos diversos envolvidos”.⁶³⁰

Proscreeve-se a postura estatalista de estatolatria,⁶³¹ berço da crença mitológica onde o Estado-juiz possuiria poderes quase-divinos, com a potencialidade de resolver todas as misérias sociais, e passa-se ao modelo onde o jurisdicionado encontra “no guardião da lei um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para a formação da decisão, e não um apenas um representante do Poder Público que, do alto, emite pronúncia vinculante”.⁶³² Obsta-se a utilização do processo como instrumento autoritário e opressor.

No sistema pátrio, possui assento constitucional,⁶³³ com gênese na cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB). Paralelamente, desnuda-se como manifestação da *cidadania*, princípio fundante de nossa República Federativa (art. 1º, II do CRFB). Ademais, a norma encontra-se imbricada com dois objetivos programáticos da Constituição: construção de uma sociedade solidária e redução de desigualdades sociais (art. 3º, I e III da CRFB). A solidariedade objetiva transmutar a realidade histórica e concreta da sociedade em “um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais que se reconheçam como tais, em detrimento da ideia de que o núcleo social seria um espaço para concorrência entre indivíduos isolados”.⁶³⁴ A condição humana é, inelutavelmente, a condição de “um entre os outros, um contra os outros, um com os outros

⁶³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de processo*, vol. 149, p. 344, São Paulo: RT, 2007.

⁶³¹ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processi civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 18.

⁶³² TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 669. Tradução livre.

⁶³³ Amplamente: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 229-299.

⁶³⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 296.

e um para os outros”.⁶³⁵ Não por acaso, doutrina constitucional de escol já denomina a hodierna conformação político-social como “Estado Constitucional Cooperativo”.⁶³⁶

Com essa perspectiva de paralaxe⁶³⁷ (decorrente do solidarismo), pode-se asseverar a existência de uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e Estado-juiz em relação à formação do objeto litigioso/mérito (*Sammlung des Prozesstoff*) e resolução de incidentes, vez que a cooperação (*Kooperationsmaxima*) equilibra os princípios dispositivo (*Verhandlungsmaxime*) e inquisitivo (*Untersuchungsmaxime*),⁶³⁸ privilegiando-se o trabalho tautócrono ou sincrônico entre os sujeitos parciais e o sujeito imparcial (*prozessualen Zusammenarbeit*).

Deve-se clarificar que, mesmo nesta prospectiva, é desacertado (e utópico) relacionar a noção de cooperação à colaboração harmônica *entre as partes (ihren Prozess austragen)*, em recôndito companheirismo (*Zweisamkeit*), ou à efígie de um Estado-juiz paternal e terapeuta social. O que se perscruta é galgar os propósitos processuais, ou seja, a afirmação-execução de uma pretensão material violada - com a remonta da concórdia outrora ultrajada - de forma efetiva e democrática, sem autoritarismos ou relações angulares (*Parteiherrschaft*),⁶³⁹ em verdadeira “cooperação intersubjetiva”.⁶⁴⁰ Não

⁶³⁵ CALMON DE PASSOS, J.J. Direito à solidariedade. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 231.

⁶³⁶ HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, *passim*.

⁶³⁷ Paralaxe é um conceito utilizado na física e na astronomia para designar a posição angular de dois pontos estacionários relativos entre si, na visão de um observador em movimento. Em filosofia, utiliza-se a expressão para designar a tentativa de se visualizar um objeto (problema) em todos os ângulos possíveis. No processo civil a paralaxe é exercita mediante o contraditório e a cooperação.

⁶³⁸ GREGER, Reihard. Cooperação como princípio processual. *Revista de processo*, ano 37, v. 206, abr./2012.

⁶³⁹ STURNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado – tendências recentes e fundamentais. *Revista de processo*, v. 200, out./2011, São Paulo: RT, p. 203: “um outro ponto que deve ser sublinhado é o de que nem sempre juízes ativos devem ser associados com sistemas políticos não democráticos, e juízes

se trata de panaceia ou apelo à moralidade, mas instrumento técnico a serviço da organização do formalismo processual.⁶⁴¹

No plano da legislação ordinária, a cooperação inaugurou-se e desenvolveu-se na Alemanha. Os §§ 130 e 132 da *Zivilprozessordnung* de 1877 regulavam o *Fragerecht*, isto é, o dever do Estado-juiz realizar questionamentos às partes, com o fito de esclarecer pedidos obscuros e complementar declarações insuficientes acerca dos fatos indicados, devendo “o Tribunal, na audiência, contribuir para que as partes se esclareçam completamente sobre todos os fatos essenciais e para que elas façam todos os pedidos pertinentes” (§ 464). A reforma de 1909 ampliou os poderes instrutórios do juízo, estabelecendo em seu § 501 o poder de ordenar esclarecimento sobre “fatos úteis”. Consagrou-se no § 502 o *Erörterungspflicht* (dever de debate), pelo qual “na audiência, o Tribunal deve debater com as partes os fatos relevantes (*Sachverhältnis*) e as questões do litígio (*Streitverhältnis*) e deve contribuir para que as partes esclareçam completamente a respeito de todos os fatos essenciais”. Em 1924, com a *Emminger-Verordnung*, inseriu-se o § 272b na ordenança, objetivando que a participação do Tribunal no esclarecimento dos aspectos fático-jurídicos ocorresse em uma fase preparatória à audiência, o que era acompanhado pelo § 139, 1. A reforma de 1933 estabeleceu o dever de veracidade no § 138-I.

Na hodierna redação da ordenança alemã, a cooperação do Estado-juiz com os litigantes (*Kooperationspflicht*) está presente no dever de indicação de questões que o órgão jurisdicional repute

passivos com democracias participativas. Reconhecidamente, a ideia de um paralelismo entre juízes passivos e individualistas, sociedades democráticas, e entre juízes ativos e mais hierarquizados e sistemas totalitários é intrigante e foi manifestada eloquentemente por um grande jurista nos tempos em que os sistemas socialistas ainda distorciam o processo civil em muitos países do mundo. Não há dúvidas de que há alguns exemplos que ilustram essa teoria, sobretudo a admirável e estável democracia dos Estados Unidos”.

⁶⁴⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 86, p. 174-184, abr./jun. 1997.

⁶⁴¹ Isto é, da “divisão do trabalho” entre as partes. A expressão foi cunhada por Barbosa Moreira. Conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual – Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 37.

relevantes à formação de seu convencimento (*Hinweispflichten*), presente nos §§ 139-I e 278-III; no dever de comparecimento pessoal para esclarecimentos em juízo (*Amtsauflklärung*) do § 141-I; na possibilidade de realização de inspeções (*Augenschein*) ou exames (*Begutachtung*) de ofício; e no interrogatório formal das partes (*formliche Parteivernehmung*) do § 448.⁶⁴² A cooperação *entre os litigantes* é regulada expressamente no § 282-I (*allgemeine Prozessforderungspflicht*), e seu descumprimento, perante o procedimento oral de primeira instância (*mundliche Verhandlung* do § 279) ocasiona multa (*Ordnungsgeld*).

O processualismo português, inspirado na dogmática tedesca, desde a reforma de 1961 passou a adotar o princípio da cooperação em regulamentações esparsas. Foi com as reformas de 1995 e 1996 que se consubstanciou uma cláusula geral de cooperação, prevista no art. 266º, n. 1 do CPC revogado.⁶⁴³ O Novo Código de Processo Civil (Lei 41 de 26.06.2013) consagrou o princípio em seu art. 7º⁶⁴⁴ como fundamento estruturante do formalismo. Especificando os

⁶⁴² RAGONE, Álvaro Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz; PRUTTING, Hanns; DE FALCO, Sandra. *Código procesal civil alemán [ZPO]*. Berlin-Uruguay: Konrad-Adenauer, 2006, p. 44 e ss.

⁶⁴³ Comentando o art. 266º, n. 1 do CPC revogado, Fredie Didier Jr. asseverava que: “a) o dispositivo consagrou um novo modelo de direito processual civil, que redefine o modelo de processo equitativo (*due process f law*, devido processo legal, *fair Trial*) português; b) trata-se de texto normativo do qual se pode extrair uma norma (princípio) que possui eficácia jurídica direta, independentemente de regras que o concretizem; c) é exemplo de cláusula geral; d) trata-se também de corolário do princípio da boa fé processual; e) sua sistematização não pode prescindir de tudo quanto já se construiu dogmaticamente sobre cooperação obrigacional” (DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 12).

⁶⁴⁴ Art. 7º. Princípio da cooperação. 1 – na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 – o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 – as pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre

deveres decorrentes de tal postura, o Código português consagra os deveres de consulta (art. 3º, n. 3), prevenção (art. 590º, n. 2; e art. 591º, n. 1, “c”), auxílio (art. 418, n. 1; e art. 754, n. 1, “a”) e esclarecimento (art. 7º, n. 2), sistematizados por Teixeira de Sousa.

Mencionados deveres também se afiguram presentes no formalismo pátrio⁶⁴⁵ – o que se minudenciará nos dois derradeiros capítulos. Antes, contudo, uma breve delimitação conceitual.

O *dever de esclarecimento* (*Aufklarungspflicht*) é dúplice: consiste na possibilidade do órgão judicante se elucidar junto às partes quanto às irresoluções que detenha acerca de suas alegações e pedidos (embargos de declaração às avessas)⁶⁴⁶ e, paralelamente, no dever do próprio Estado-juiz esclarecer seus pronunciamentos para as partes.⁶⁴⁷ Previsto está nos arts. 139, VIII; 321 e 357, § 3º do CPC, que remontam à *interrogatio in iure* do processo formular romano.⁶⁴⁸

O *dever de consulta* (*Erörterungspflicht*) ou *auxílio* (*Hinweispflicht*) consiste na impossibilidade do magistrado decidir com

que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do n. 3 do art. 417º. 4 – sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

⁶⁴⁵ A primeira vez que a sistemática portuguesa, de Miguel Teixeira de Souza aparece na doutrina brasileira é com o trabalho de Lúcio Grassi de Gouveia, “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6. O autor retorna ao tema em “A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro”. *Revista de processo*, n. 172. São Paulo: RT, 2009, p. 33-52.

⁶⁴⁶ GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

⁶⁴⁷ Já afirmava isso Pontes de Miranda no prólogo aos “comentários”. Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. XXII.

⁶⁴⁸ Nesse sentido, embora fazendo alusão ao CPC/73, a erudita monografia: SOBRINHO, Elício de Cresci. *Dever de esclarecimento e complementação no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 17-25.

esteio em questões fático-jurídicas, ainda que cognoscíveis *ex officio*,⁶⁴⁹ sem que sobre elas possam as partes previamente se manifestar.⁶⁵⁰ É, indubitavelmente, um preceito análogo à noção “dinâmica” de contrariedade, interligando cooperação e contraditório de modo simbiótico,⁶⁵¹ estando insculpido no art. 10 do CPC/15 (e igualmente presente no art. 101, 1 do *codice* italiano; art. 16 do *Code* francês; art. 3º, 3 do CPC português; e art. 8º, 2 do CPC de Macau)⁶⁵² e especificado nos arts. 191; 357, § 3º, 487, parágrafo único; 489, § 1º, IV e 493, parágrafo único do CPC.

O *dever de prevenção (Praventionspflicht)* aponta a necessidade do órgão jurisdicional informar as “deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas”,⁶⁵³ isto é,

⁶⁴⁹ SCHONKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1960, p. 33: “el presidente ha de discutir y examinar com las partes la cuestión controvertida, tanto em lo que se refiere a los hechos como a su cualificación jurídica”.

⁶⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Temas de direito processual – Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201: “o §139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhes, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar esse dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”.

⁶⁵¹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1966, n. 4, p. 608; DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1968, v. XXIII, p. 225.

⁶⁵² BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101º, comma 2º sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2010, v. LXV, p. 412 e ss.

⁶⁵³ DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 19.

configura-se como corretivo genérico para todas as ocasiões em que o mérito do litígio não possa ser apreciado pela inadequação procedimental,⁶⁵⁴ encontrando assento nos arts. 139, IX; 317; 319, § 1º; 373 § 1º e 400, parágrafo único, durante o processo de cognição. Em sede recursal, incrustado está nos arts. 932, parágrafo único; 1.007, §§ 2º, 4º e 7º; 1.017, § 3º e 1.029, § 3º.

Esses deveres buscam, em última análise, o triunfo do direito substancial sobre o processo: a primazia do julgamento meritório (arts. 4º; 139, II; 282, §2º; 317 e 488 do CPC).

A cooperação/colaboração consubstancia-se como elemento normativo estruturador do contraditório, desvelando uma configuração processual pentapartite, consistente em “informação-reação-diálogo-influência-decisão” ao longo de todo *iter* procedimental. O contraditório encampa, geneticamente, a cooperação. Assim, são indissociáveis da tessitura processual, porquanto o fundamento da cooperação “remonta não só à *participação*, cuja expressão mais clara no âmbito do processo civil é *o direito ao contraditório*, mas também na necessidade de promoção da igualdade”.⁶⁵⁵ Afigura-se como “uma concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório que postula a necessidade de a equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das parte no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo”.⁶⁵⁶

⁶⁵⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª Ed., Lisboa: Lex, 1997, p. 52: “assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro”.

⁶⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2015, p. 103.

⁶⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatária. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 9.

**4 O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO EPICENTRO DO
FORMALISMO PROCESSUAL: ANÁLISE DO PROCEDIMENTO
COMUM NA PERSPECTIVA ENTRE AUTOR E ESTADO-JUIZ**

4.1 DEMANDA E PETIÇÃO INICIAL

Iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei, conforme ancestral parêmia atribuída a Bulgarus.⁶⁵⁷ Relendo o brocardo, sob a égide de um processo civil de matiz constitucional-participativo (arts. 1º e 6º do CPC), significa enunciar que todos os sujeitos processuais - autor, réu e juiz – mais que necessários à configuração de uma “relação jurídica” pública e processual, são imprescindíveis à delimitação do exato conteúdo e alcance do objeto litigioso,⁶⁵⁸ correspondente ao *mérito da demanda* (*Streitgegenstand*).⁶⁵⁹

Não se descarta que o processo inaugura-se por iniciativa da parte (art. 2º do CPC), regra macróbia dimanada do manancial teórico correspondente ao princípio da demanda em sentido material⁶⁶⁰ (*nemo iudex sine actore*), vedando-se a iniciativa processual, em regra,⁶⁶¹ ao Estado-juiz.

⁶⁵⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009, p. 72.

⁶⁵⁸ Objeto litigioso *do processo* e objeto do processo são conceitos que não se confundem. O primeiro se refere ao mérito da causa. O segundo, de seu turno, corresponde a todas as questões cognoscíveis pelo juízo no plano horizontal (questões processuais e de fundo). Nesse sentido: SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: s/ed., 1979, p. 134; NEVES, Celso. *A estrutura fundamental do processo civil*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 250; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª Ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 389.

⁶⁵⁹ Na doutrina alemã, mérito é sinônimo de objeto litigioso. Para os italianos, mérito é designado por *lide*. Por tal razão, o Código de Processo Civil de 1973 utilizava o vocábulo “lide” para expressar o “mérito”. Basta conferir o item 6 da Exposição de Motivos do Código Buzaid. Para uma visão contrária e crítica: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Conteúdo da sentença e mérito da causa*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁶⁶⁰ MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Buenos Aires: Eidar, [s/ed].

⁶⁶¹ Em regra, porque excepcionalmente, no Código de Processo Civil de 2015, há possibilidade de determinar-se a arrecadação de bens da herança jacente (art.

Consectário lógico da inércia jurisdicional incumbe (inicialmente) ao autor a delimitação do objeto litigioso (arts. 2º, 141 e 492 do CPC). E assim o faz quando dilucida suas razões fático-jurídicas e formula pedido (art. 319, III e IV do CPC),⁶⁶² matéria a ser enfrentada no tópico subsequente.

O libelo exordial inaugura o espaço procedimental cognitivo à edificação de fundamentos fático-jurídicos para a autoconstrutividade do ato decisional. É ato jurídico que densifica “um modelo jurídico-constitucional de interconexão prefigurada, constituindo uma cadeia procedimental. Essa cadeia procedimental se desenvolve discursivamente, ou, ao menos, em condições equânimes de negociação, ou, ainda, em contraditório, entre agentes legitimados, no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visando à formação e à emissão de um ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração”.⁶⁶³

Como enfatizado no primeiro capítulo, o processo é fenômeno eminentemente linguístico-cultural. A demanda, nesse diapasão, é “ato que se insere nesta categoria de *atos-de-fala*, é da sua natureza que o agente se valha da linguagem para fazer algo: argumentar, sustentar uma posição e pleitear uma decisão judicial”.⁶⁶⁴ Como enunciação performativa ou perlocutória, adquire sentido e eficácia somente com a observância de determinadas regras previamente

738 do CPC) e bens de ausente (art. 744 do CPC) de maneira oficiosa. No Código Buzaid, as exceções eram as seguintes: abertura de inventário (art. 989); exibição de testamento (art. 1.129); arrecadação de bens de ausente (art. 1.160); e arrecadação de bens da herança jacente (art. 1.142).

⁶⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª Ed., tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 15; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª Ed., v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 158.

⁶⁶³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 16. Em sentido análogo: ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino: Giappichelli, 1990; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁶⁶⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil. Relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 38.

convencionadas e prescritas, denominado de devido processo constitucional (art. 5º, LIV e LV da CF e arts. 6º, 7º, 9º e 10 do CPC).

Dessume-se que demanda não é sinônimo de petição inicial,⁶⁶⁵ embora a legislação processual de países com idioma hispânico trate-as como se assim fosse (v.g art. 399 da LEC espanhola; art. 254 do CPC chileno e art. 300 do CPC argentino). O primeiro conceito é *ato* processual (linguístico), enquanto o segundo é mero *documento* (manifestação física do ato) no qual se corporifica aquele.

Demanda, portanto, é a exteriorização, na esfera empírica, por intermédio de um ato físico (libelo) e linguístico, de um pedido, causa de pedir e partes. O *conteúdo da demanda*, de seu turno, é o significativo morfológico e sintático do pedido e da causa de pedir.

O *conteúdo* tão-somente se extirpa de um exercício intelectual, com gênese no conflito social subjacente ao processo (realidade esta intrascendível), isto é, na realidade intersubjetiva das partes envolvidas, mediata pela linguagem. A petição inicial (instrumento da demanda) é “mero” emaranhado de signos, cuja função é a descrição da semiologia prescritiva do direito positivo em metalinguagem jurígena (causa de pedir) e com potencialidade argumentativa-discursiva ao convencimento (pedido).

É o contraditório participativo instrumento fundamental à compreensão da demanda. Por seu intermédio, como *médium linguístico*, inexistem sentidos dicionarísticos previamente concebidos. Os significantes são edificados endoprocessualmente, a partir de um contexto específico, caracterizado pela narração de fatos. Desse modo, “num ambiente plurissubjetivo como o processo, as prognoses de um sujeito devem tomar em consideração as expectativas e os comportamentos dos demais”.⁶⁶⁶

⁶⁶⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – Volume II*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 184. No mesmo sentido, por exemplo, José Carlos Barbosa Moreira, para o qual: “através da demanda, formula a parte um pedido, cujo teor determina o objeto do litígio e, consequentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lide (art. 128)” (*O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10).

⁶⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições jurídicas processuais estáveis*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 410.

Funciona o contraditório como inibidor ou limitador de interpretações heterodoxas, eventualmente inacessíveis a um dos demais sujeitos processuais. Portanto, interpretações fulcradas em “especificidades técnicas, regionais, científicas e que não considerem o contexto social da realização do ato, podem levar à ausência de contraditório ou a um contraditório defeituoso”.⁶⁶⁷

Exemplificativamente, uma interpretação ortodoxa e fleumática, consentânea à sapiência do “homem mediano” e plácido, é exaltada em diversos quadrantes do Código de Processo Civil. É dever do Estado-juiz decidir com observância aos “fins sociais e exigência do bem comum” (art. 8º do CPC e art. 4º da LINDB), bem como captar a normalidade do que “ordinariamente acontece” (art. 375 do CPC). Ademais, a interpretação do conjunto probatório pode perpassar pela noção da “experiência comum” (art. 410, III do CPC).

Ovídio Baptista da Silva já alertava, quando elucubrava acerca do “abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático”, porquanto encontramos “no ponto de rotura entre o ideal do Iluminismo, em sua pretensão de obter a máxima segurança através do Direito, e as novas realidades sociais e políticas que nos impõe, com a força das potências históricas que as produziram, a abandonar essa perigosa ilusão. Teremos de regressar ao ponto em que o Direito, longe de ter a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem unívoca, como pretendiam as filosofias liberais do século XVII, era aceito como essencialmente problemático, incapaz de admitir o raciocínio dedutivo, próprio da matemática”.⁶⁶⁸

Toda essa questão teórica, no campo prático, encontra respaldo no art. 322, § 2º do CPC, pontificando que o pedido será interpretado pelo conjunto da postulação e observando a boa-fé (art. 5º do CPC) – matéria que não será minudenciada nesse trabalho, porque ainda obscuros os contornos e extensão do comando normativo -.⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil. Relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 127.

⁶⁶⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 270.

⁶⁶⁹ A título de curiosidade, o que seria necessário para individualizar o pedido, com a conseguinte delimitação do âmbito de atuação jurisdicional? Por

4.1.1 A delimitação fático-jurídica veiculada no libelo inicial (causa de pedir e objeto litigioso)

É consabido que o autor possui o ônus de expor sua causa de pedir. Nessa toada, configuram elementos identificadores da demanda (art. 301 do CPC, albergando a *tria eadem*),⁶⁷⁰ juntamente com as partes (*personae*) e o pedido (*petitum*),⁶⁷¹ representando “o núcleo da petição inicial, à medida que haverá de corresponder à parcela do conflito sociológico apresentando à cognição do Estado-juiz, em forma de lide jurídica”.⁶⁷²

A ontologia e o alcance da demanda, portanto, é saber em torno do que se desenvolve o litígio,⁶⁷³ isto é, sobre aquilo que se projeta

exemplo, simplesmente pedir o adimplemento de um montante decorrente de um contrato é suficiente para receber o valor acrescido de juros compensatórios ou significa a vontade de receber tão-somente o principal? O pedido condenatório, relativo ao ressarcimento de “danos pessoais”, engloba danos morais, materiais e estéticos? Qual o limite de uma suposta “vontade tácita” ou de pedidos implícitos? Em síntese, a interpretação do pedido e da causa de pedir é relevante para se saber qual a extensão do objeto litigioso do processo e, conseqüentemente, até onde a cognição jurisdicional será exercida.

⁶⁷⁰ Conforme já assinalado alhures: “foi o jurisconsulto Neracio quem traçou com rigorosa precisão a indicação dos três elementos componentes da demanda e que deviam ser considerados para a verificação da *res in iudicium deducta*, porquanto, quando se investiga se há *eadem res*, deve ser considerado o seguinte: *personae, id ipsum de quo agitur* (o mesmo pelo qual se age) e *causa proxima actionis*” (FAVERO, Gustavo Henrichs. A demanda e a causa de pedir no processo civil romano. *Unoesc & Ciência* – ACSA, v. 7, n. 2, p. 146, jul./dez. 2016. Joaçaba: Editora Unoesc).

⁶⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1969, vol. 1, p. 32.

⁶⁷² FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed., v. 4, t. II. São Paulo: RT, 2007, p. 49.

⁶⁷³ À guisa de complementação, diversas foram as teorias que buscaram, no decorrer da história, precisas o conteúdo mínimo e a extensão do objeto litigioso. Como esclarece a doutrina: “até o fim do século XIX prevalecia, a respeito do objeto do processo a tese das identidades subjetivas e objetiva da relação jurídica como determinante da individualização da demanda, tal qual

a atividade das partes (*res de qua agitur*), representada pela *res in iudicium deducta*.⁶⁷⁴ Não se trata de mera elucubração teórica, “ou de estéril especulação doutrinária, mas de tema de grande preocupação justamente pela repercussão imediata que tem no cotidiano forense”.⁶⁷⁵

A esse propósito, exsurtem duas teorias aparentemente contrapostas que intentam justificar a causa de pedir, pedido e a própria coisa julgada: (con)substanciação⁶⁷⁶ (*Substantierungstheorie*) e individualização (*Individualisierungstheorie*).

Para a substanciação, a demanda deve prefixar todo o material fático e jurídico da causa – concepção que até hoje inspira a tradição do processo civil tedesco, por exemplo⁶⁷⁷ -. Partem da

preconizada por Savigny, de cunho notadamente imanentista, uma vez que vinculava o objeto do processo à situação de direito material invocada pelos litigantes [...] com a primeira metade do século XX, revestiram-se as discussões de maior caráter científico, notadamente com a maior preocupação da doutrina germânica, a partir de análises e especulações sobre o conteúdo da pretensão (*Anspruch*) como objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*). Houve a distinção entre a ‘pretensão de direito material’ e a ‘pretensão de direito processual’” (PINTO JÚNIOR, Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007, p. 26). Nessas linhas, primeiramente se entendia (Lentz) que o objeto litigioso era a afirmação jurídica (*Rechtsbehauptung*) material, ainda que meramente hipotético. Em um segundo momento, doutrina afirmava (Schwab) que o objeto do processo era delimitado exclusivamente pelo pedido, com extromissão da causa de pedir. E, finalmente, com Habscheid, o objeto foi identificado tanto pelo pedido como pela causa de pedir. Para uma análise minuciosa, conferir: SOBRINHO, Elício de Cresci. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

⁶⁷⁴ SANTOS, Andrés de La Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada em el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, p. 22.

⁶⁷⁵ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 105. Inclusive, a causa de pedir é “dos elementos da ação, o mais difícil de precisar” (TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 40).

⁶⁷⁶ O vocábulo é um neologismo criado a partir da doutrina alemã. No Brasil, diverge a doutrina acerca da nomenclatura: substanciação ou consubstanciação.

⁶⁷⁷ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: RT, 4ªed., 2002, p. 135.

concepção de que o processo é um juízo essencialmente sobre fatos. As consequências da pretensão,⁶⁷⁸ entidade jurídica, eram relegadas ao segundo plano. Entretanto, mesmo para essa teoria, que engendrava esforços para indicar critérios precisos à seleção de fatos determinantes para a demanda, detinha como epicentro a norma, e não os fatos propriamente ditos. A afirmação fática articular-se-ia emaranhada com a *fattispecie* normativa.⁶⁷⁹

Substanciação, significa, então, ser de todo irrelevante a indicação do fundamento legal da demanda, bem como o seu respectivo *nomem iuris*, uma vez que a qualificação jurídica que emana da argumentação encetada pelo autor não tem o condão de pré-fixar a atuação judicial quanto ao direito aplicável. A escolha do “direito” é apanágio solitário do julgador. Assim, “arraigada, desde há muito, a essa concepção, a *communis opinio* da doutrina, inclusive de época contemporânea, patenteia, de forma pacífica, que o fato jurídico integra

⁶⁷⁸ A ideia de pretensão apresenta diversos contornos, designando fenômenos distintos. Em uma primeira vertente, como a de Windscheid, significa a pretensão de direito material, dirigida contra o sujeito passivo da relação de direito material. Ao contrário, para Wach, a pretensão é processual, de natureza autônoma, existindo independentemente do direito material e dirigida em face do Estado. Não fosse isso bastante, o termo é ambíguo, por vezes designando o poder ou faculdade jurídica de se exigir o cumprimento de uma prestação, e também o exercício desse mesmo direito, isto é, a declaração de vontade de que a prestação seja adimplida. Nesse trabalho, adota-se o conceito de pretensão formulado por Dinamarco: “o ato de vir ao juiz pedindo tutela jurisdicional, chamado demanda, tem por conteúdo uma pretensão de quem o realiza. Pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. É um fato, não uma relação ou situação jurídica (Carnelutti). O sujeito que aspira a um bem, não o obtendo por outro meio, externa sua aspiração apresentando-a ao Estado-juiz; e esse é o único meio civilizado que existe para obtê-lo sem o concurso da vontade do outro sujeito envolvido [...] a exigência, que caracteriza a pretensão, expressa-se mediante os atos com que o sujeito cria condições para que sua vontade se imponha e ele acabe por haver o bem a que aspira” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*, vol. II, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 102).

⁶⁷⁹ RICCI, Gian Franco. “Individuazione” o “sostanzione” nella riforma del processo civile. *Rivista triemstrale di diritto processuale civile*, n. 4, 1995, p. 1.229.

o âmago da causa de pedir, concebido como fato ocorrido e esquadrihado *sub specie iuris*”.⁶⁸⁰

A generalidade dos juristas brasileiros de ontem e de hoje afirma que os Códigos de Processo Civil brasileiros adotaram os postulados da teoria da substanciação. Realmente, estribado na norma do art. 158, III, do Código de 1939, já afirmava Pontes de Miranda⁶⁸¹ que a lei adotava a teoria da substanciação “do pedido”, que exige mais do que a simples alegação de existir relação jurídica (teoria da individuação): a parte teria que expor os fatos. Amaral Santos,⁶⁸² desenvolvendo idêntico raciocínio sob a vigência dos diplomas processuais de 1939 e 1973, obtemperava que “o código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo faz ver que na inicial se exponha não só a causa próxima – fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido – como também a causa remota – o fato gerador do direito. Quer dizer que o Código adotou a teoria da substanciação”. Dinamarco,⁶⁸³ enfrentando o tema, afirma que vigora no processo civil brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença, mas os fundamentos jurídicos não. Arruda Alvim⁶⁸⁴ é peremptório ao dizer que nossa lei secundou a teoria da substanciação.

⁶⁸⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 37. Até mesmo no âmbito do sistema processual da *common law* os fatos alegados devem constituir a causa da ação. Nos Estados Unidos da América a regra 11 das *Federal Rules of Civil Procedure* impõe ao litigante precisa indicação, no momento inaugural da demanda, do elemento fatural (*fact pleading*) em que se funda a pretensão. A legislação inglesa também determina, na regra 16.4 (*particulars of claim*), que o libelo inicial contenha obrigatoriamente uma síntese fática que justifique a pretensão deduzida.

⁶⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II. Rio de Janeiro: Forense: 1947, p. 28.

⁶⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 172.

⁶⁸³ DINAMARCO, Rangel Cândido. *Instituições de direito processual civil*, v. 2. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127.

⁶⁸⁴ ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1972, p. 411.

Ao revés, Wach, adepto da teoria da individualização, afirmava que uma narração histórica não poderia ser considerada imprescindível à caracterização da demanda.⁶⁸⁵ Significa dizer que “para os adeptos da individuação, a causa de pedir é a relação ou estado jurídico afirmado pelo autor em apoio a sua pretensão, posto o fato em plano secundário e não relevante, salvo quando indispensável à individualização da relação jurídica”.⁶⁸⁶

As duas teorias trabalham fato e direito como entidades dissociadas,⁶⁸⁷ cada uma autônoma *per si*. Eis a principal razão para não se amoldarem adequadamente a um processo civil de viés participativo,⁶⁸⁸ cujo “objeto da tutela jurisdicional não é um ato ou um fato, mas um direito, que precisa ser identificado mediante seus atos constitutivos. Essa identificação depende das especificidades do direito material. Aquele que pede a tutela jurisdicional o faz porque, em razão

⁶⁸⁵ WACH, Adolf. Oralidad y escritura. In: *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Buenos Aires: Ejea: 1958, p. 33.

⁶⁸⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III: arts. 270 a 331. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 160.

⁶⁸⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. In: *Sentença e Coisa Julgada*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1979, p. 166.

⁶⁸⁸ Em pensamento crítico, Botelho de Mesquita já assevera que não deveria ser adotadas nenhuma das duas teorias em suas formas “puras”: “a nossa legislação processual exige que conste da petição inicial a indicação dos fatos constitutivos, mas isto, a meu ver, não leva à conclusão de que tenhamos aderido àquela corrente doutrinária. Com efeito, a nossa lei exige igualmente que se indiquem na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido. Estes, evidentemente, pelas razões já expostas, não são nem a norma da lei, nem tampouco as deduções jurídicas, salvo quando, excepcionalmente, a norma legal sirva, à falta de outros elementos, para individuar o direito particular feito valer pelo autor no processo. Parece-me que se deva entender por ‘fundamento jurídicos do pedido’ a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente. E não vejo nisto filiação à teoria da substanciação, mas, diversamente, entendo que a lei processual brasileira adotou uma posição de grande equilíbrio entre ambas as correntes conflitantes, dando importância tanto aos fatos constitutivos, como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individuar a pretensão do autor” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Conteúdo da causa de pedir*. São Paulo: RT, 1982, p. 10).

de determinados fatos da vida, supostamente amparados por regras substanciais, pretende o reconhecimento de um direito”.⁶⁸⁹

Se isso não bastasse, ambas perderam fôlego sob a vertente prática, seja pela nebulosidade intrínseca que passou a conotar a teoria da substanciação - visto que o único aspecto claro diz respeito à eficácia da coisa julgada nos direitos reais - seja pela excessiva abstração que acabou caracterizando a teoria da individuação, ao reputar suficiente a simples indicação do *petitum* sem qualquer alusão à *causa petendi*, o que conduz uma absoluta incerteza quanto à razão deduzida em juízo, com possíveis reflexos sobre a validade da relação processual.⁶⁹⁰

Dessume-se que inexiste completo albergamento de nenhuma das duas teorias (substanciação e individualização), porquanto o processo civil franqueia – em verdade, exige – a descrição dos fatos e fundamentos jurídicos, adotando uma posição equilibrada entre as duas vertentes teóricas.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. São Paulo: RT, 2002, p. 22.

⁶⁹⁰ Nesse sentido: SORACE, Silvio. *Note intorno al problema della individuazione della domanda giudiziale*. Roma: Ed. Ateneo, 1967; TARZIA, Giuseppe. *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*. Padova: Cedam, 1987; REZENDE FILHO. Gabriel José Rodrigues. *Modificações objetivas e subjetivas da ação*. São Paulo: Academia, 1993.

⁶⁹¹ Doutrina minoritária, como a de Botelho de Mesquita, já assinalava, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, o seguinte: “a nossa lei processual exige que conste da petição inicial a indicação dos fatos constitutivos, mas isto, a meu ver, não leva à conclusão de que tenhamos aderido àquela corrente doutrinária [substanciação]. Com efeito, a nossa lei exige igualmente que se indiquem na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido [...] parece-me que se deva entender por ‘fundamento jurídico do pedido’ a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente. E não vejo nisto filiação à teoria da substanciação, mas, diversamente, entendo que a lei processual brasileira adotou uma posição de equilíbrio entre ambas as correntes conflitantes, dando importância tanto aos fatos constitutivos, como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individuar a pretensão do autor, como resulta da expressão legal ‘de maneira que o réu possa preparar a sua defesa’, empregada no inc. III do art. 158 do CPC” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista da Ajuris*, ano 7, n. 20, p. 179, Porto Alegre, 1980). Encampando a mesma ideia, Ovídio Baptista da Silva exorta que “ao contrário, porém, do que

Fato e direito representam duas faces de um mesmo plano. São incidíveis. A pretensão substancial é integrada por um objeto (norma) e por uma causa (fato), sendo que a causa de pedir se consubstancia na *interferência potencial* que induz as partes ao processo: quando se descreve a conduta humana subsumida à hipótese normativa, exsurge a pretensão (*Anspruch*).⁶⁹²

Quer se afiançar que a norma abstrata e metafísica aufere sentido em convívio simbiótico com o fato. A norma, sem o fato emanado da realidade concreta e histórica, nada diz.⁶⁹³

Destarte, “a questão-de-facto e a questão-de-direito não são duas entidades em si, de todo autónomas e independentes, antes mutuamente se condicionam, além de que também mutuamente se

se possa imaginar, nosso Código não se filia à corrente doutrinária da substanciação, como de resto não acolhe a doutrina contrária, radical, da individualização, mesmo porque, modernamente, as duas posições radicais são rejeitadas” (SILVA, Ovídio Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 134).

⁶⁹² Essa visão nunca foi incorporada pelo direito processual civil brasileiro. Verifica-se que, sob a égide do período da “dualidade processual”, alguns Códigos estaduais já estabeleciam, com muita clareza, a distinção entre fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Por exemplo, o art. 206, III, do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo rezava que a petição inicial conteria “a menção do fato, ato, ou título gerador do direito invocado”. De forma assemelhada, o art. 593, III, do Código Judiciário de Santa Catarina, determinava que o libelo inicial deveria conter “a menção do ato, fato jurídico ou título de que resultam o direito do autor e a obrigação do réu”. E, após o restabelecimento da unidade legislativa em matéria processual, o Código de 1939, recebendo grande influência da legislação estrangeira – principalmente a europeia –, dispunha, em seu art. 158 que a ação teria início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, seriam indicados “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira a que o réu pudesse preparar a defesa”. No Código Buzaid, o art. 282, III assevera ser ônus do autor indicar “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Semelhantemente, o art. 319, III do atual CPC.

⁶⁹³ Ferrajoli fala do “punto de vista normativo o prescriptivo del derecho valido y el punto de vista factico o descriptivo del derecho efetivo” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3ª Ed., Madrid: Trotta, 1998, p. 853).

pressupõem e remetem uma à outra”.⁶⁹⁴ Trata-se de um *círculo lógico-hermenêutico*, consubstanciado em “uma inegável solidariedade entre o direito e o facto em todo o problema jurídico concreto, a excluir a viabilidade de uma nítida e logicamente absoluta distinção”.⁶⁹⁵

Assume-se que a escolha dos fatos essenciais e seu fundamento normativo, quando veiculados no exórdio, traduzem o processo hermenêutico de *applicatio*, onde “o direito é parte integrante do próprio caso e que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa”.⁶⁹⁶ Nessa toada, “a separação de norma e fato, feita pela teoria do direito, mostra-se como algo sem sentido e impossível de se realizar, sob o ponto de vista da teoria da norma”.⁶⁹⁷

Com a escolha das questões fáctico-jurídicas pelo Autor, descabe ao órgão jurisdicional desviar seu pronunciamento das mesmas, fundamentando a decisão “em questão não iluminada”.⁶⁹⁸ E assim o é porque manifestação do contraditório na própria inicial, entre Autor e Estado-Juiz. A ideia encontra eco e inspiração no § 139 da ZPO,⁶⁹⁹

⁶⁹⁴ NEVES, António Castanheira. Matéria de facto – matéria de direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2008, vol. 3, p. 335.

⁶⁹⁵ NEVES, António Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 1, p. 522.

⁶⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 227.

⁶⁹⁷ MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2012, p. 151.

⁶⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de processo*, vol. 28, n. 111, p. 105, São Paulo: RT, jul./set. 2003.

⁶⁹⁹ Eis o teor, em espanhol, do § 139 do ZPO: “Impulso procesal material: 1) El tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, em tanto ello sea necesario, com las partes em las cuestiones de hecho y de derecho aclarándolas y realizando preguntas. Él tiene que lograr que las partes em forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, em especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los efectos de completarlos para describir los médios de prueba y para interpones las peticiones que se

aconselhando o julgador a oportunizar a explicação e delimitação das questões jurídicas, em amplo e paritário diálogo.⁷⁰⁰

O contraditório participativo na inicial é enaltecido com a indicação precisa do objeto e da razão da pretensão – a exemplo do § 253, 2, da ZPO –, assim determinando que “cada litigante possui o ônus de apresentar todas as alegações fáticas e jurídicas”, facilitando a tramitação procedimental (§ 282 da ZPO).

Sem a observância do contraditório participativo (arts. 6º, 7º, 9º e 10 do CPC), a metodologia e a própria pragmática processual isolam “fato e direito no *direito de ação*, no *direito de defesa*, no *direito à prova*, assim como na *fundamentação da decisão*. Nessa hipótese, perde, principalmente, a tentativa de um efetivo enfrentamento do problema jurídico, *significando distanciamento proporcional daquilo que ambicionado como um e por um processo justo*. Tem-se convicção de que, quanto mais distante o tratamento reservado ao fato e ao direito na petição inicial, mais incerto será, se é que venha a ser possível, o trâmite do processo”.⁷⁰¹

adecuen a la causa. 2) En tanto exista un punto de vista que no haya sido reconocido por una parte o que haya sido considerado como irrelevante, el tribunal puede fundar su resolución sobre él siempre que advierta de ello a las partes y los otorgue la posibilidad para que se expresen al respecto y no se trate de un crédito accesorio. 3) El tribunal tiene que llamar la atención sobre consideraciones que por su contenido deben ser consideradas de oficio. 4) Las observaciones, de acuerdo com estas disposiciones, deben realizarse lo más pronto posible y ser registradas en expediente (apud acta). Su realización puede ser probada solo por el contenido registrado em los expedientes. Contra el contenido de los expedientes es solamente admisible la acreditación de falsedad. 5) Em caso de que no sea posible para una parte declarar em forma inmediata com relación a um aviso judicial, el tribunal a petición de aquella puede otorgar um plazo dentro del ual pueda realizar la declaración em forma escrita” (PÉREZ RAGONE, Álvaro J.; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código procesal civil alemán*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 196).

⁷⁰⁰ BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de processo*, vol. 7, n. 27, p. 191, São Paulo: RT, jul./set. 1982.

⁷⁰¹ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 129.

É garantia fundamental dos sujeitos perquirir tutela jurisdicional, sem entraves⁷⁰² ou impedimentos burocrático-formais.⁷⁰³ Nesse vértice, salutar a “delimitação dos contornos da realização concreta da Jurisdição como poder, função e atividade estatal”,⁷⁰⁴ submetida à legitimação discursiva-procedimental atribuída às próprias partes.⁷⁰⁵

O que se quer vincar é que o objeto litigioso – sobre o qual a jurisdição deve se pronunciar – não abarca tão-somente o *pedido*. É também formado pela causa de pedir e pela defesa indireta de mérito. Portanto, a delimitação fático-jurídica, inicialmente elaborada na petição inicial, vincula o órgão julgador em toda sua extensão.⁷⁰⁶ Conseqüência-lógica deste posicionamento, a correlação (adstrição ou congruência – art. 492 do CPC) e a regra da demanda (arts. 2º e 141 do CPC) - como garantidoras do contraditório⁷⁰⁷ – “deve se estabelecer entre, de um

⁷⁰² PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.

⁷⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª Ed., São Paulo: RT, 2004, p. 129.

⁷⁰⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 33.

⁷⁰⁵ Luiz Guilherme Marinoni, encampando a ideia, assevera: “a decisão judicial é o elemento final do discurso jurídico, realizado para que o Estado possa exercer sua função de tutelar os direitos e, por consequência, as pessoas. Todo discurso, como é sabido, necessita de regras para poder se desenvolver de maneira adequada. É assim que o processo, para permitir a formação do convencimento do juiz e o desenvolvimento do discurso judicial, exige regras relativas ao tempo, ao modo e ao conteúdo da participação das partes e do juiz. Tais regras dizem respeito ao conteúdo do discurso e estão preocupadas com a sua legitimidade, imprescindível para a legitimação da jurisdição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada. A questão da relativização da coisa julgada*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2010, p. 56).

⁷⁰⁶ HABSCHEID, Walter. L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*, n. 35, p. 455, Padovam: Cedam, 1980.

⁷⁰⁷ Talvez a principal função da correlação e da demanda seja possibilitar ao Réu a consciência dos fatos trazidos à lume, com suas qualificações jurídicas, possibilitando-se o efetivo contraditório. Também assinala a importância da

lado, a atividade das partes, e de outro, toda a atividade do juiz desempenhada no decisório, desde sua fundamentação, até se atingir o dispositivo”.⁷⁰⁸ Imprescindível se compreender, portanto, o *eixo imaginário* que liga a *causa petendi* à motivação da sentença, transcorrendo pelos fundamentos de defesa.⁷⁰⁹

Modo esse, não se pode aquiescer com o Enunciado nº 281 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, em que “a indicação do dispositivo legal não é requisito da petição inicial e, uma vez existente,

preservação do contraditório pela demanda Cerino Canova: “questa spiegazione induce ad aprire un diverso tema di indagine, che pur sempre si riconduce ai principi generali del processo. Se l’allegazione dei fatti non deve essere anticipata al momento della domanda in base al principio regolatore di questa, la medesima soluzione – vien fatto di chiedersi – può esser imposta da ragioni di contraddittorio? L’interrogativo nasce dalla constatazione che la difesa del convenuto può essere troppo pregiudicata, quando nel corso del processo l’attore varia il nucleo di fatti che pone a fondamento della sua domanda e, come dice la giurisprudenza sensibile ad un’esigenza siffatta, introduce un tema di indagine del tutto nuovo” (CERINO CANOVA, Augusto. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*. In: ALLORIO, Enrico. *Commentario del código di procedura civile*. Torino: Utet, 1980, v. 2, t. 1, p. 131).

⁷⁰⁸ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007, p. 67. Em sentido análogo: AROCA, Juan Montero. *El nuevo proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000, p. 430; GANUZA, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 39, com ampla pesquisa junto ao Tribunal Constitucional Espanhol.

⁷⁰⁹ Conforme já advertiu a doutrina: “nesse ponto, a crítica de Fazzalari e Proto Pisani é muito pertinente: não é possível falar na identificação do objeto litigioso do processo tão somente a partir da ideia de pedido, na medida em que este pressupõe contextualização, e abstratamente não se distingue de outros pedidos qualitativamente e quantitativamente idênticos [...] do mesmo modo, e conforme já advertiu Bellavitis, no primeiro quartel do século passado, a referência a simples fatos, sem contextualização, é carente de sentido e, portanto, inapta a designar o conteúdo da demanda [...] o que sustentamos aqui, portanto, é que a causa de pedir deve ter uma referência fática e uma referência jurídica contemporânea, a individualizar a demanda ao lado das partes e do pedido” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil. Relações entre demanda e tutela jurisdiccional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 82).

não vincula o órgão julgador”. Padece a assertiva de dois equívocos. O primeiro, entender ser dispensável a indicação normativa. Como se consignou supra, fato e direito são indissociáveis. Inexiste possibilidade de demandar sem a subsunção do fenômeno factual a alguma hipótese normativa, mesmo que implicitamente. O segundo equívoco é entender que a disposição legal evocada não vincula a jurisdição. O Estado-juiz deve prestar a tutela nos exatos moldes requeridos pelas partes, pronunciando-se acerca das questões fáticas e jurídicas por elas delineadas.⁷¹⁰ Se assim não fosse, pouco (ou nenhum) sentido promanaria da regra contida no art. 322, § 2º do CPC, pela qual “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”, que no direito material ocupa espaço nos arts. 113 e 422 do Código Civil.⁷¹¹ Ora, o *conjunto da postulação* é exatamente a causa de pedir e sua dúplici fundamentação (fático-jurídica).

Outro aspecto desse contraditório participativo e bilateral entre autor e Estado-juiz, emanado do conjunto postulatório, é o *ônus*⁷¹²

⁷¹⁰ É de muito reconhecida a lição de que “a atividade do juiz circunscreve-se ao que as partes reclamam” (LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 65).

⁷¹¹ A temática da boa-fé é uma das mais interessantes e complexas do direito. Todos os seres humanos possuem uma pálida noção do que seja tal cláusula geral. Todavia, os meandros jurídicos do que seja um comportamento de boa-fé ainda permanecem como tema a ser desnudado pela doutrina e jurisprudência. A importância de se portar probamente é praticamente a regra em todos os sistemas jurídicos contemporâneos. Basta ver o art. 1.134 do Código Civil francês, o art. 1.375 do Código Civil italiano e o art. 157 do Código Civil alemão, dentre outros.

⁷¹² Atribui-se a Brunetti a primeira teorização sobre ônus. Entretanto, foi Carnelutti quem, de modo completo e sistemático, dissertou sobre a referida categoria processual. Segundo o mestre italiano, falamos de ônus quando o exercício de um a faculdade é definido como condição para a obtenção de um a certa vantagem; para tanto, o ônus é um a faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse. É um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do dever — e da obrigação — que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente um a certa desvantagem.

que o demandante possui, simétrico ao *dever* imanente à jurisdição (art. 489, § 1º do CPC), de exarar analiticamente os porquês de determinada escolha normativa ao caso vertido (sem necessidade de prolixidade, mas se acautelando para não ser lacônico), bem como, e em que extensão, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, princípios, postulados, enunciados sumulares e precedentes incidem na matéria deduzida em juízo. Assim não procedendo, a peça vestibular poderá ser inepta⁷¹³ (art. 330, I e § 1º, I e III c/c art. 485, I do CPC), caso o autor, intimado liminarmente para proceder a pormenorização de seus fundamentos, quede-se inerte ou renitente (art. 321 do CPC), como se explanará no tópico 4.1.2, *infra*.

Os próprios fundamentos fáticos e jurídicos compõe a causa de pedir e, conseqüentemente, o objeto litigioso. Não se pode descurar a experiência alemã, no § 253 da ZPO, enfatizando a causa de pedir (fatos-direito) como cerne da atividade judicante.⁷¹⁴ Igualmente, o Código de Processo Civil italiano, em seu art. 163, inciso 3, ao abordar a petição inicial, refere ser indispensável “*la determinazione della cosa oggetto della domanda*”, bem como, em seu inciso 4, “*l’esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni*”.⁷¹⁵ Inclusive, acaso não se proceda à delimitação jurídica, com a disposição legal pertinente, o libelo inicial padecerá de nulidade (art. 164 do CPC italiano).

A iniciativa postulatória (art. 2º do CPC), como dessumido alhures, corporifica-se na petição inicial, instrumento da demanda (*perpetuato libeli*). Deverão nela constar a substanciação do libelo:⁷¹⁶ “o

⁷¹³ Existe posição doutrinária mais radical, afirmando que “uma petição inicial em que não conste a qualificação jurídica, é obrigatoriamente inepta” (PINTO JÚNIOR, Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007, p. 84).

⁷¹⁴ Nesse sentido: BUZUID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 110.

⁷¹⁵ Os comentários aos referidos dispositivos legais assinalam a indispensabilidade da afirmação fática e jurídica. Nesse sentido: CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al codice di procedura civile*. 7ª Ed., Milani: Cedam, 2012, p. 659.

⁷¹⁶ A substanciação do libelo é prática adotada no processo civil nacional desde o Regimento 737, passando pelos Códigos estaduais, Código de Processo de

fato e os fundamentos jurídicos do pedido”, bem como “o pedido, com suas especificações” (art. 319, III e IV do CPC). Invariável notar que “é apresentada ao julgador uma hipótese de decisão, na qual o advogado indica, segundo seu ponto de vista, os elementos que o julgador deveria levar em consideração, objetivando, com isso, ter a sua narrativa estabelecida como verdadeira”.⁷¹⁷ Destarte, o libelo inaugural pode ser compreendido como “um projeto de sentença”⁷¹⁸, prenhe de elementos que não podem ser olímpicamente achincalhados pelo Estado, em um simulacro de diálogo. O contraditório, nessa etapa, deve comprometer-se à interligação das partículas fáticas-jurídicas, enfrentando e descrevendo minudentemente a realidade concreta do caso empírico, a ser debatida na reposta do réu e, conseqüentemente, analisada no pronunciamento jurisdicional.

A correlatividade é afiançada, portanto, pelo próprio digesto processual brasileiro. No inciso III do art. 319 existe a conjunção coordenativa aditiva “e” que liga o significante “fato” à fraseologia “fundamentos jurídicos do pedido”. Se a lei não possui palavras inúteis ou tautológicas, existe algum sentido sintático-formal⁷¹⁹ que daí subjaz. E referido sentido demonstra a *equivalência dos dois elementos*, sem qualquer preponderância dos fatos sobre o direito, sob pena da “volta a jurismo bizantino, a fórmulas inamalgáveis, à transformação das lides em chinesices de advogados ladinos, ao

1939 e 1973. Nesse sentido: CRUZ, José Raimundo Gomes da. Causa de pedir e intervenção de terceiros. *Revista dos Tribunais*, vol. 662, p. 50, São Paulo: RT, 1990.

⁷¹⁷ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 148.

⁷¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Vinculação do juiz aos pedidos e o princípio do *iura novit curia*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 460.

⁷¹⁹ “Então, se na proposição jurídica, em sua integridade constitutiva, tanto a proposição primária quanto a secundária são válidas, têm valência positiva, logicamente nenhum obstáculo se dá em serem unidas pelo conector *e*, cujo uso sintático-formal exige que sejam ambas válidas” (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: RT, 1977, p. 72).

pedantismo que esquece a função popular da justiça”,⁷²⁰ porque evidente a prejudicialidade à defesa do réu – malferindo o devido processo legal democrático, participativo e equo – quando se desconhece o fundamento jurídico do pedido. A completude da postulação, seu “todo”, “deve ser interrelacionado e compreensível. Aqui se aproveita para esclarecer de modo completo o seguinte: o contraditório não está restrito aos fatos e ao pedido, quer-se, por justo, assim como por força da corrente antiformalista, seja também garantido o contraditório no que diz respeito ao elemento jurídico”.⁷²¹

A extensão de determinado pedido dependerá da fundamentação fática (fenomênica) e jurídica (ontológica)⁷²² nomeadas e cinzeladas conjuntamente. Destarte, “quando o jurista pensa o facto, pensa-o como *matéria* do direito, quando pensa o direito, pensa-o como *forma* destinada ao facto”.⁷²³ Desse modo, não resta dificultoso de se vislumbrar que “um conjunto fático aliado a determinado fundamento jurídico ‘x’ poderá legitimar um pedido ‘y’, ao passo que *o mesmo conjunto fático*, sujeitado a um fundamento jurídico ‘p’, poderá conduzir a um resultado ‘w’. Por isso que, *a priori*, ou seja, *concebendo-se a petição inicial*, é inconsistente a separação entre fato e direito”,⁷²⁴ vez que “tanto a causa de pedir próxima quanto a remota dizem respeito a

⁷²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª Ed., tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 17.

⁷²¹ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 156. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71, p. 31-38, São Paulo, jul./set., 1993, p. 31.

⁷²² Deve-se ter sempre em mente que a norma, sem aplicação, é mera possibilidade metafísica. Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo achapuz de. *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 419.

⁷²³ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 56.

⁷²⁴ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 148.

fatos e a direito, existindo absoluta indissociabilidade dos dois planos”.⁷²⁵

Embora fato e direito sejam híbridos ou simbióticos, os fenômenos da preclusão (arts. 278 e 507 do CPC) e da eventualidade (art. 339 do CPC) incidem tão-somente no aspecto fático da demanda,⁷²⁶ podendo as partes, no transcurso procedimental, amearhar novos fundamentos jurídicos. Inclusive, o próprio Estado-juiz poderá remodelar a capitulação jurídica no ato decisório, embora com mitigação às parêmiias *iura novit curia* e *damih facti dabo tibi jus*,⁷²⁷ como se desenvolverá no tópico 5.3.2, *infra*.

⁷²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Vinculação do juiz aos pedidos e o princípio do *iura novit curia*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 461.

⁷²⁶ Esclarece Cruz e Tucci: “tudo isso significa que a regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, *constitui*, como já procuramos patentear, *pressuposto da teoria da substanciação*, ao exigir a exposição simultânea, na petição inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (*causa petendi remota*) e do enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela (*causa petendi proxima*). Compreende-se, destarte, o determinismo imanente pelo qual, historicamente, os ordenamentos caracterizados por tal sistema preclusivo sempre adotaram um modelo processual polarizado mais sobre o fato do que sobre o direito, levando, por isso, a ideia de ‘substanciação’ às últimas consequências” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 161).

⁷²⁷ Já alertava a doutrina que: “não nos parece, todavia, isento de problemas o limite da aplicabilidade dos princípios *iura novit curia* e *damih facti dabo tibi jus*, em face das regras, que comentamos no início, segundo as quais a atividade jurisdicional fica limitada pelo pedido e, de certo modo, pelas causas de pedir. Como vismos, a doutrina ensina que nem a qualificação dos fatos, nem o nome da ação, dados pelo autor, impedem que o juiz altere esses dados. Por outro lado, o nome da ação liga-se ao pedido de forma umbilical, e, como se sabe, o juiz não pode alterar o pedido (arts. 128 e 460 do CPC). Ora, será que alteração do nome da ação não acabaria por implicar mudança no pedido formulado pela parte? Parece que a resposta correta a essa indagação é: depende. E se deve acrescentar a essa resposta que, quando a alteração do nome da demanda – o que estaria em princípio incluído nas possibilidades geradas pela parêmia *iura*

Para deixar bem vincado, de maneira hialina e óbvia – porque a obviedade é ladina e tende a se escamotear –, pretende-se ao longo deste capítulo demonstrar que pelo discurso procedimentalizado em contraditório, ao autor incumbe inicialmente a delimitação do objeto litigioso, com seus pedidos e suas causas de pedir. Após, ao réu incumbe expandir a controvérsia, jungindo defesa indireta de mérito e afirmando contradireitos. No saneamento, as partes adelgaçam o que de fato entendem imprescindível constar na sentença, vinculando o Estado-juiz, no ato de império decisional, ao pronunciamento explícito de todas as questões e pontos por elas vindicados.

4.1.2 Indeferimento liminar: limites e possibilidades

novit curia – implicar alteração do próprio pedido, nem o juiz, nem a parte, podem fazê-lo, sob pena de inadmissível ofensa ao princípio dispositivo. Tome-se o exemplo de uma ação possessória proposita no lugar de uma ação de despejo e de uma situação de locação equivocadamente qualificada como comodato. Nada impede que o juiz entenda procedente o pedido, julgando-o como ação reintegratória, já que a providência pleiteada era substancialmente a restituição do imóvel. Importa, todavia, notar, aqui, que a providência concreta que se pleiteou foi concedida, sob outro título. Não houve, pois, alteração da providência concreta, material. Houve, isto sim, modificação do título jurídico sob o qual se a concedeu [...] não pode o juiz julgar procedente um pedido de declaração de nulidade do contrato por incapacidade das partes, reconhecendo essa mesma nulidade não pela causa de pedir invocada pela parte, mas por vício da vontade. Esse rearranjo do pedido feito pelo autor não implica exclusivamente a requalificação da causa de pedir, mas também, terem-se levado em conta *atos diferentes* daqueles considerados importantes pela inicial para configurar a causa de pedir. De fato, incapacidade absoluta corresponde a um quadro fático diferente daquele que leva à caracterização de um vício da vontade [...] esses exemplos e outros em que podemos pensar nos mostram que, na verdade, a liberdade do juiz em requalificar os fatos e mudar o nome da ação tem limites. E os limites estão no princípio dispositivo e o da ampla defesa, já que, evidentemente, a *perpetuatio libeli* tem como um dos objetivos o de garantir que o réu saiba exatamente aquilo de que tem que se defender durante o processo” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Vinculação do juiz aos pedidos e o princípio do *iura novit curia*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 464-465).

Em contubérnio deliberatório com a petição inicial, o Estado-juiz pode exercer três juízos de admissibilidade, quais sejam: *positivo, negativo* ou *ordinatório*.⁷²⁸ Quanto ao positivo, vislumbrando a regularidade do ato, determinar a citação do réu (arts. 239 e 334 do CPC); em relação ao negativo, julgar liminarmente improcedente o pedido (art. 332 do CPC), ainda que presente alguma vicissitude processual (art. 282, § 1º c/c art. 488 do CPC); ou proferir decisão denegatória de admissibilidade, indeferindo prematuramente o libelo (arts. 330 e 485, I do CPC).

Mormente ao *juízo ordinatório*, consubstancia-se na emenda da exordial (art. 321 do CPC). Na visão ora propugnada, não se aloca tal manifestação jurisdicional conjuntamente às outras três alternativas, porquanto se trata de *dever de prevenção e esclarecimento (Hinweispflicht)* da jurisdição, como espécie de *sobredireito processual*,⁷²⁹ incidindo em todas as alternativas anteriores, principalmente no indeferimento liminar.⁷³⁰ E, quanto a este, na

⁷²⁸ Adota-se a antiga lição de José Frederico Marques, em suas Instituições de Direito Processual Civil.

⁷²⁹ A teoria do *sobredireito processual* foi elaborada magistralmente pelo professor Galeno Lacerda, originariamente com aplicação em sede das nulidades. Para o autor: “subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. [...] Insisto em dizer que o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido” (LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, v. 28, Porto Alegre, p. 8). O Superior Tribunal de Justiça já considerou a tese: “segundo a teoria do *sobredireito processual*, admiravelmente exposta e defendida por mestre Galeno Lacerda, ‘o processo deixa de ater-se a um momento tático no tempo, para aperfeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e a fluência da vida, a fim de, com olhos voltados a economia das partes e a necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer justiça ulterior ao momento inicial’” (RMS n. 3.020/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., DJ 04.04.1994). (STJ, RMS 21.277/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014).

⁷³⁰ Nesse sentido, a própria jurisprudência, em que pese antiga, do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL PETIÇÃO INICIAL - REQUISITOS - EMENDA - INDEFERIMENTO - PEDIDO GENÉRICO. Só depois de dar oportunidade ao autor para emendar ou completar a inicial e ele nãoo cumprir a

completude e inteireza de seus casos,⁷³¹ - seja porque a inicial não amalgame os requisitos dos arts. 319 e 320 ou incida em algum vício do art. 330 - inclusive nas questões cognoscíveis *ex officio* (arts. 10; 337, § 5º; e 485, § 3º do CPC), como, *verbi gratia*, ausência de interesse processual ou ilegitimidade passiva (arts. 17 e 330, II e III do CPC).⁷³²

Com maior sentido e vigor o diálogo sobre questões cognoscíveis de ofício deve ser realizado. Tome-se, como exemplo, a

diligência, o Juiz poderá indeferir a inicial. Recurso improvido. (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial 208553-RS Rel. Ministro Gárcia Vieira. DJ de 02.08.99). No mesmo sentido: STJ, 1ª Turma. Recurso Especial 171361-SP. ReI. Ministro Garcia Vieira. DJ de 14.09.98: PROCESSUAL PETIÇÃO INICIAL - INDEFERIMENTO -INTIMAÇÃO DO AUTOR (CPC -ART 282) - ACÓRDÃO QUE ENCERRA O PROCESSO POR INÉPCIA DA INICIAL. Art. 263 do CPC não interfere na aplicação do art. 284. II - Ofende o art. 284 do CPC, o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem dar o autor, oportunidade para suprir a falha. III - Processo que após dezoito anos e dois acórdãos do STJ retorna à gênese. Procura Kafkiana (não proustiana) do tempo perdido. (STJ, 1ª Turma. Recurso Especial n" I14.092-SP, ReI. Ministro Humbel10 Gomes de Barros, . DJ de 02.05.98).

⁷³¹ Sob a égide do Código Buzaid, Dinamarco já entendia dessa forma: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª Ed., v. III, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 389.

⁷³² É a posição de Marinoni, Mitidiero e Arenhart: “o indeferimento da petição inicial só é legítimo se *precedido da oportunidade de emenda* a fim de sanada a inépcia, a omissão na qualificação do advogado e se *devidamente oportunizado o contraditório* a respeito das questões concernentes à legitimidade da parte e ao seu interesse de agir. Em outras palavras, mesmo nas questões que o juiz pode conhecer de ofício, como a legitimidade e o interesse (art. 337, § 5º), tem o juiz de primeiro oportunizar o contraditório antes de decidi-las (art. 5º, LV da CF, e art. 9º do CPC). Posto que não se trate propriamente de determinar emenda à petição inicial, tendo em conta que o problema aí está apenas em oportunizar ao autor que convença o juiz da ausência de qualquer defeito de legitimidade ou interesse, *é possível veicular o dever de diálogo judicial mediante emenda à petição inicial*, porque o que interessa é viabilizar o contraditório sobre a questão da legitimidade ou do interesse. Inexistindo oportunidade para o contraditório, há violação do *dever de diálogo* do juiz, inerente à colaboração no processo civil (arts. 6º, 9º e 10)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2, São Paulo: RT, 2015, p. 167).

ilegitimidade passiva *ad causam*. Qual o sentido de o Estado-juiz poder auxiliar o autor, diligenciado acerca do paradeiro do réu (art. 319, II e § 1º do CPC), se não possuir o dever-poder de dialogar com o demandante acerca de quem entende legítimo para figurar na órbita passiva? Não seria um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), vedado pela boa-fé objetiva (art. 5º do CPC), o auxílio jurisdicional em um primeiro momento para, no seguinte, extinguir o processo (art. 485, I do CPC)? Complementando, se as regra dos arts. 338 ou 339 do CPC indicam competir ao réu, integrado ao processo, a indicação da sujeição passiva legítima, por qual razão tolher tal “prerrogativa” do Estado-juiz, se a questão é de ordem pública, relativa aos pressupostos de admissibilidade da demanda e compete ao juízo a determinação de suprimento de referidos pressupostos (art. 139, IX do CPC)?

Nessa perspectiva é erigido o Enunciado nº 296 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “quando conhecer liminarmente e de ofício a ilegitimidade passiva, o juiz facultará ao autor a alteração da petição inicial, para substituição do réu, nos termos dos arts. 339 e 340, sem ônus sucumbenciais”.

O art. 321, corolário dos deveres de diálogo (*Erörterungspflicht*) e esclarecimento (*Aufklärungspflicht*),⁷³³ com gênese no modelo constitucional-cooperativo de processo (arts. 1º e 6º do CPC) – e neste aspecto, integrante do denominado contraditório participativo (arts. 7º, 9º e 10 do CPC) – permite salvar do naufrágio imediato postulações malformadas, embora suscetíveis de correção ou aproveitamento por outras formas (art. 283, *caput* do CPC), com a intimação (art. 269 do CPC) do autor antes do indeferimento, em virtude

⁷³³ Daniel Mitidiero assim se posiciona: “ocorre que só se legitima o indeferimento da petição inicial após o juiz ter dialogado com a parte a respeito do problema por ele verificado (*dever de diálogo*), determinando a emenda da petição inicial (art. 321 do CPC/2015), inclusive indicando precisamente o que deve ser esclarecido pela parte (*dever de indicação e dever de esclarecimento*). A paridade na condução do processo pelo juiz está justamente em que esse dialoga a respeito da sua visão do material do processo com o demandante antes de decidir assimetricamente”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2015, p. 113).

da *primazia do julgamento do mérito* (arts. 4º; 139, II; 282, §2º; 317 e 488 do CPC).⁷³⁴

Compete ao juízo o controle preventivo acerca de pressupostos processuais e nulidades (art. 139, IX do CPC), bem como o exame perfunctório sobre a congruência interna da peça proemial (art. 330, § 1º do CPC), com poder diretivo para determinar a regularização procedimental (arts. 317 e 352 do CPC). Tão-somente no caso de perseverança no “desígnio suicida”,⁷³⁵ o Estado-juiz pronunciará o interdito extintivo (arts. 316 e 485, I do CPC).

Supramencionada atividade preventiva ganha relevo ao passo que - além de ser direito subjetivo do autor⁷³⁶ - acaso não realizada de forma idônea, deverá novamente ser objeto de análise pelo órgão judicante, no curso procedimental, conforme arts. 354 a 356, no

⁷³⁴ É a lição do professor Pedro Miranda de Oliveira: “o princípio em comento é uma decorrência particular do princípio da instrumentalidade das formas e apresenta íntima relação com as premissas do formalismo-valorativo em detrimento do formalismo excessivo [...] o processo não é um fim em si mesmo. Está voltado para a obtenção da justiça material, sendo que seus institutos, no atual estágio de nosso desenvolvimento jurídico, deverão ser conformados pelas máximas estabelecidas pela Constituição da República. A prevalência do mérito em detrimento da forma reflete, a meu ver, a vitória do direito material sobre o direito processual. [...] O legislador, nesse particular, foi iluminado pela ideia de que o magistrado deve deixar de se preocupar excessivamente com o direito processual, deslocando o foco da atenção para o que realmente interessa, ou seja, para o direito material” (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal*. 2ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 84).

⁷³⁵ A expressão é de Barbosa Moreira. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista da Ajuris*, vol. 22, n. 64, p. 149-161. Porto Alegre, julho 1995, p. 156.

⁷³⁶ Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça: “sob o ângulo axiológico, a emenda da peça vestibular é um direito subjetivo do autor, de modo que não oportunizar a ele a emendar a inicial, no caso de ser a emenda possível, constitui um cerceamento do seu direito de defesa, haja vista o preconizado nas normas insertas nos incs. XXV e LV do art. 5º da CF/1988” (STJ, REsp 671.986/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 1ª turma, j. em 27.9.2005). Em igual sentido: STJ, AgRg no REsp 1.086.080/AL, re. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª turma, j. em 5.12.2013).

caso de não se desenvolver atividade instrutória, ou, tendo sido desenvolvida, na forma dos arts. 317 e 485 do CPC.⁷³⁷

A cautela é necessária, porquanto a decisão de indeferimento da petição inicial produz estabilidade análoga à de coisa julgada (art. 486, § 1º do CPC), inclusive podendo ser impugnada através de ação rescisória (art. 966, § 2º do CPC).

Destarte, aquiesce-se com o Enunciado nº 292 do Fórum de Processualistas Civis, cujo teor é o seguinte: “antes de indeferir a petição inicial, o juiz deve aplicar o disposto no art. 321”. Caminha-se além, porém. O dever de emenda ou complementação deve ser aplicado tantas vezes quanto bastem à viabilidade da demanda, salvo evidente desídia do autor.⁷³⁸

Sob a égide do Código Buzaid, comentando o art. 284, Furtado Fabrício já se pronunciava no sentido de que “ao juiz pesa o dever de, tão pronto lhe seja submetido a petição inicial, examinar, ainda que sumariamente, a sua aptidão para servir de ponto de partida à formação do processo e sobretudo, de molde a uma sentença de mérito, já que dita peça se constitui em um ‘projeto’ de sentença, segundo a

⁷³⁷ É a opinião, também, de Luis Bondioli: “desde o primeiro contato com o processo, o juiz deve exercer rigoroso controle sobre ele, sobretudo, quanto à sua viabilidade. Somente processos cujo mérito possa ser julgado devem seguir adiante. Assim, cabe ao julgador desde logo barrar processos absolutamente inviáveis e determinar já no nascedouro as correções e os acréscimos necessários para permitir o julgamento *de meritis*. A programação dessas correções e acréscimos para o momento inicial do processo é salutar [...] além disso, a pronta sanção de vícios da petição inicial, antes da integração do réu ao processo, contribui para o bom exercício do direito de defesa. Daí a importância que o juiz deve dispensar a essa verificação liminar da petição inicial” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Comentários ao art. 321. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2016, p. 867).

⁷³⁸ Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça: “tendo em conta as duas anteriores concessões de prazo para a regularização da inicial, ambas não atendidas, e a ausência de justificativa plausível para o pedido de nova dilação do prazo, restou configurada a conduta desidiosa e omissiva das recorrentes, estando correta a sentença de indeferimento da inicial e de extinção do processo sem julgamento de mérito” (REsp 1.133.689, 2ª Seção, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 28.3.2013).

expectativa de quem a oferece. Convencendo-se de que ela é inepta (vale dizer, não apta a cumprir função específica), a indeferirá, não sem antes esgotar as possibilidades de esclarecimento, emenda ou complementação que a torne aproveitável”.⁷³⁹

Evidentemente não se comunga a posição doutrinária, diametralmente oposta, que entende ser a inépcia conduta dotada de maior reprovabilidade e, portanto, execrável do ponto de vista dogmático, infesa à possibilidade de emenda. Afinal, inexistente ato ontologicamente inválido. A declaração de eventual nulidade ou ineficácia depende de prévia manifestação judicial, ao contrário do *nullum romano*,⁷⁴⁰ caso haja impossibilidade de aproveitamento.

A emenda, desse modo, deve ser realizada prioritariamente antes da citação do réu. Empós tal ato, imperiosa a seguinte distinção: a) se o vício se correlaciona à inépcia, isto é, congruência interna entre pedido ou a causa de pedir (art. 330, § 1º do CPC), a solução do busflis desloca-se para o art. 329, I do CPC;⁷⁴¹ b) caso os vícios sejam estritamente formais, como, por exemplo, ausência de procuração (art. 104 do CPC) ou não indicação do valor da causa (art. 292 do CPC), a correção-emenda deve ser *sempre* autorizada (arts. 139, IX; 317 e 352 do CPC),⁷⁴² mitigando-se a aplicação prática do art. 354 do CPC.

4.1.3 Correção do valor atribuído à causa

⁷³⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista da Ajuris*, vol. 2, n. 5, Porto Alegre, novembro 1975, p. 10.

⁷⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo II. 2ª Ed., São Paulo: RT, 1974, p. 43; SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2000, p. 66: “o nulo, nos sistemas jurídicos modernos, diferentemente do *nullum romano*, *existe*, exigindo que se o desconstitua, de modo a retirá-lo do mundo jurídico”.

⁷⁴¹ A alteração do pedido ou da causa de pedir, ante vícios na petição inicial, citado o réu, será possível somente com seu consentimento. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.043.450/AM, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª turma, j. em 12.11.2013.

⁷⁴² Esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AgRg no REsp 628.463/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª turma, j. em 27.2.2007; REsp 1.231.152/PR, rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª turma, j. em 20.8.2013.

Situação periférica, que gravita em torno do procedimento comum, (ainda) não explorada pela doutrina, na perspectiva aqui adotada, é o disposto no art. 292, § 3º do CPC, correspondente ao valor atribuído à causa (arts. 291, 292 e 319, V do CPC).

Pela dicção do § 3º do art. 292, o Estado-juiz *corrigirá*, de ofício, e por arbitramento, o montante declarado inicialmente, quando vislumbrar qualquer inexatidão às regras dispostas nos incisos do art. 292.

A primeira questão é saber se poderá haver referida correção sem prévia oitiva do Autor. A resposta, pelo todo exposto neste trabalho, é singelamente “não”, ante o art. 10 do CPC.

O segundo questionamento refere-se ao momento idôneo à aplicação do dispositivo. Preferencialmente, deve-se utilizá-lo no momento do juízo de admissibilidade da demanda, com aplicação de eventual emenda nos moldes do art. 321 do CPC (tópico 4.1.2, *supra*). Caso assim não proceda, e o réu alegue incorreção no valor da causa (art. 337, III do CPC), o autor deverá se manifestar, evidentemente, na réplica (art. 351 do CPC). Na eventualidade do réu ser silente, o debate sobre a questão deverá ser travado no saneamento (art. 357, I do CPC). Derradeiramente, caso haja o julgamento “antecipado” do mérito (art. 355 do CPC), o juízo, antes da prolação da sentença, deverá intimar o Autor para oportunizar o diálogo acerca da questão. Assim não procedendo, no momento da decisão, ficará obstado de enfrentar o mérito, devendo converter o julgamento em diligência. Afinal, se conhecer da problemática unicamente na sentença, determinando a correção sem a oitiva do Autor, configurada está uma decisão surpresa.

Ora, o valor atribuído à causa não é de somenos importância. Caso não haja diálogo e debate franco, não apenas o autor, como o réu, é quem poderão ser prejudicados. Afinal, existindo a modificação do valor – ou, até mesmo, a retratação do desígnio do juízo -, influencia-se diretamente na condenação do autor por eventual atentado à dignidade da justiça (art. 77, § 2º do CPC), no importe referente à litigância de má-fé (art. 81, *caput* do CPC) e até mesmo na oposição de embargos declaratórios protelatórios (art. 1.026, §2º do CPC). Mormente ao réu, o valor da causa poderá influenciar na fixação de competência (art. 63, *caput* do CPC).

4.2 O JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA

4.2.1 Julgamento *prima facie* de improcedência no CPC/73

Malgrado a “razoável duração do processo” existir no ordenamento nacional desde 1992, com a incorporação do Pacto de San José da Costa Rica,⁷⁴³ o princípio ascendeu como norma constitucional pela EC nº 45, incluindo o art. 5º, inc. LXXVIII.⁷⁴⁴

Arrefeceu-se o gládio ancestral entre tempo/efetividade versus segurança/garantia⁷⁴⁵ processual. Optou o Código Buzaid, por intermédio do acréscimo em seu bojo do art. 285-A,⁷⁴⁶ instituir uma técnica de aceleração procedimental denominada “julgamento liminar de improcedência”. Mencionado dispositivo legal adveio do projeto de lei nº 4.728/2004, apresentando na Câmara dos Deputados e, posteriormente, autuado no Senado sob o nº 101/05.⁷⁴⁷ Derradeiramente, em 7 de fevereiro de 2006, exsurgiu a Lei nº 11.277/2006, que acresceu ao código revogado o supramencionado dispositivo.

⁷⁴³ Dispositivo análogo pode ser encontrando no art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), de 1950.

⁷⁴⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2013, p. 43.

⁷⁴⁵ ZÉFIRO, Gabriel de Oliveira. O direito à razoável duração da demanda. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *A constitucionalização do direito: a constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 370; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 40.

⁷⁴⁶ Art. 285-A - Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

⁷⁴⁷ Com mais profundidade: DIAS, Luciana Drimel. Julgamento de improcedência liminar no Novo CPC – uma questão de tempo. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclate Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Improcedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 78.

Entraves doutrinários iniciaram-se com a terminologia do então novel instituto. Marinoni o batizou de “julgamento liminar das ações repetitivas”.⁷⁴⁸ De outra banda, Abelha Rodrigues⁷⁴⁹ e Fidélis dos Santos⁷⁵⁰ denominavam-no de “julgamento de improcedência *prima facie*”. Gajardoni⁷⁵¹ intitulava-o de “julgamento antecipadíssimo da lide”, Carneiro da Cunha⁷⁵² cunhou a rubrica “julgamento imediato de processos repetitivos” e Didier Jr o entendia como “hipótese de improcedência *prima facie* ou julgamento liminar de mérito”.⁷⁵³

Continuando os dissensos, àquela época, várias foram as vozes que bradaram a pecha de inconstitucionalidade do texto normativo. Entrementes, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direita de Inconstitucionalidade em face do dispositivo.⁷⁵⁴ O artigo seria inconstitucional “por ferir as garantias da isonomia (CF, art. 5º, *caput* e I), do devido processo legal (CF, art. 5º, *caput* e LIV), do direito de ação (CF, art. 5º, XXV) e do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV), bem como do princípio dispositivo,

⁷⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento liminar nas ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 11.276 e 11.277). Disponível em: <www.marinoni.adv.br>. Acesso em: 19 de julho de 2016.

⁷⁴⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 55.

⁷⁵⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145.

⁷⁵¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: FREIRE, Rodrigo da Cunha; CALDEIRA, Adriano. *Terceira etapa da reforma do código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 147.

⁷⁵² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa). *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 39. São Paulo: Dialética, 2006, p. 93.

⁷⁵³ DIDIER JR. Fredie; et al. A terceira etapa da reforma processual civil. *Comentários às Leis 11.187 e 11.232, de 2005; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

⁷⁵⁴ Autuada sob o nº 3.695 e até hoje pendente de julgamento. Os principais argumentos deduzidos em referido procedimento de controle concentrando são: violação ao direito de ação, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

dentre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e submeter-se à pretensão, independentemente do precedente jurídico do juízo”.⁷⁵⁵

A discussão acerca da (in)constitucionalidade⁷⁵⁶ do malsinado art. 285-A ainda está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal. Sua redação causava homéricas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. E, em que pese o anacronismo do debate, far-se-á um breve bosquejo na tradição passada para chegarmos aos dias atuais.

O dispositivo falava em “matéria controvertida”. Ora, cediço que tão-somente existe *controvérsia* empós a resposta do réu, e nunca pela leitura isolada do libelo inicial – donde se hospeda a *pretensão*. A *controvérsia*, na acepção carneluttiana,⁷⁵⁷ isto é, questão correspondente a ponto duvidoso de fato ou de direito, gerando incerteza em torno da realidade de um fato ou de sua eficácia jurídica, inexistente.

⁷⁵⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT: 2015, comentários ao art. 332.

⁷⁵⁶ Pela inconstitucionalidade: DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 37. São Paulo: Dialética, 2006, p. 63; MEDINA, Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de processo*, n. 135. Revista dos Tribunais, 2006, p. 155; ABDO, Helena. Artigo 285-A do Código de Processo Civil; sentença sem citação gera polêmica entre especialistas. Entrevista concedida a Roseli Ribeiro. Juspodium, Salvador/BA. Acesso em: 19 julho 2016. Pela constitucionalidade: DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2005; DONOSO, Denis. Matéria Controvertida unicamente de Direito, casos idênticos, dispensa de citação e seus efeitos - Primeiras impressões sobre a Lei 11.277/06. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 38. São Paulo: Dialética, 2006; FÉRES, Marcelo Andrade. Julgamento sumaríssimo dos processos repetitivos: uma análise jurídico-econômica do art. 285-A do Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 42. São Paulo: Dialética, 2006; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC). *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 41. São Paulo: Dialética, 2006.

⁷⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. v. 4. Padova: Cedam, 1926, p. 3.

Como também inexistia controvérsia antes da citação do réu,⁷⁵⁸ embora o adjetivo “controvertido” figurasse em vários dispositivos do CPC/73.⁷⁵⁹

Inescrutável a atecnia da disposição normativa. Afinal, somente a citação válida torna litigiosa a coisa⁷⁶⁰ e “implica situação processual de existência de matéria controvertida”.⁷⁶¹ Afinal, “a matéria controvertida – cuja cognição representa o meio pelo qual o Estado-juiz resolve o conflito instaurado entre as partes – surge na medida em que as alegações de uma parte são controvertidas pela outra ao longo da marcha procedimental”.⁷⁶²

Tormentosa também era a menção à causa ser “unicamente de direito”, isto porque, “desde a distinção entre texto e norma (sendo a norma a atribuição de sentido dado a um texto), não se pode falar em questões unicamente de direito”.⁷⁶³ A cisão artificial e metafísica entre questões de fato e de direito é uma quimera. Ora, “seria impossível fazer-se esta distinção, pelo menos, no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, de fato, no momento da incidência da norma,

⁷⁵⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 482.

⁷⁵⁹ Por exemplo: arts. 53; 331, parágrafo 2º; 451; 475, parágrafo 2º; 549, parágrafo único; 899, parágrafo 1º.

⁷⁶⁰ Conforme o art. 219 do CPC/73.

⁷⁶¹ DOURADO, Sabrina. O julgamento liminar de mérito em causas repetitivas. In: In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Improcedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 258.

⁷⁶² ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Comentários ao art. 332. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2016, p. 903.

⁷⁶³ LUIZ, Fernando Vieira. A força dos precedentes na improcedência liminar do pedido. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Panorama atual do Novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 164. Para um aprofundamento da temática, ver: LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

no mundo real, no universo empírico”.⁷⁶⁴ É esta também a posição clássica de Castanheira Neves⁷⁶⁵ e de Pontes de Miranda.⁷⁶⁶

Para salvar a aplicabilidade prática do dispositivo, ignorou-se toda uma sofisticada teoria do direito⁷⁶⁷ por detrás da vagueza semântica e convencionou-se que “a matéria unicamente de direito” referida no art. 285-A seria aquela remetente às discussões de textos normativos, conceitos doutrinários e a incidência de determinada consequência normativa.⁷⁶⁸ Rigorosamente, o que se teria era uma questão *predominantemente* de direito, haja vista sempre subjazer questões de fato.⁷⁶⁹

O multicitado dispositivo também indicava ser necessário, *no juízo*, a matéria ter sido outrora decidida. Aprioristicamente sufragou-se o posicionamento de que “juízo quer significar apenas ‘unidade de competência territorial, ou seja, a Comarca ou a Subseção

⁷⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002, p. 154.

⁷⁶⁵ NEVES, Antônio Castanheira. *Questão de facto, questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

⁷⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

⁷⁶⁷ Vários foram os autores espoliados: HABERMAS, Jurgen. *Faktizität und Geltung: beitrage zur diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994; GUNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses. Morality and law*. New York: State University of New York, 1993; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999; WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; HART, Herbert. *Conceito de direito*. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994; POSNER, Richard. *Problemas de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997; GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁷⁶⁸ SANT’ANNA. Paulo Afonso de Souza. Ações repetitivas e julgamento liminar (art. 285-A do CPC). *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 70. São Paulo: Dialética, 2006, p. 58.

⁷⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil – vol 2*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73.

Judiciária”.⁷⁷⁰ Quer dizer, “não é necessário que as decisões sejam do mesmo juiz”,⁷⁷¹ e tão pouco seria mister reverência às decisões dos Sodalícios hierarquicamente superiores – o que gerava perplexidade e transmutava cada comarca e um feudo medieval. Até que em um fatídico precedente, o Superior Tribunal de Justiça assentou que “a aplicação do art. 285-A do CPC, mecanismo de celeridade e economia processual, supõe alinhamento entre o juízo sentenciante, quanto à matéria repetitiva, e o entendimento cristalizado nas instâncias superiores, sobretudo junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal”.⁷⁷²

A Jurisdição foi instada a desvelar o “autêntico” sentido do texto – muito embora fosse prescindível, ante a obviedade da questão⁷⁷³ – porque “infelizmente, no Brasil pós 1988 se adquiriu a urticária do ‘autonomismo’, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna”.⁷⁷⁴

Não se quedou imune de críticas também a expressão *casos idênticos* plasmada no texto normativo. De forma técnica e gramatical, *casos idênticos* redundariam em litispendência ou coisa

⁷⁷⁰ ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006). *Revista de Processo*. Ano 31, v. 141, p. 120. Nov. 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

⁷⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 293.

⁷⁷² STJ, REsp nº 1.109.398 – MS (2008/0283287-1), Rel. Min. Luis Felipe Salomão. A propósito: “É necessário, para que o objetivo visado pelo legislador seja alcançado, que o entendimento do Juiz de 1º grau esteja em consonância com o entendimento do Tribunal local e dos Tribunais Superiores (dupla conforme)” (REsp 1225227/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 12/06/2013).

⁷⁷³ ROMANO NETO, Odilon. O alinhamento à jurisprudência como requisito no julgamento de improcedência liminar. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial: volume II*. São Paulo: RT, 2014, p. 939-972.

⁷⁷⁴ CALMON DE PASSOS, José J. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Jan-março de 1997, p. 176.

julgada, o que pressuporia a tríplice identidade da demanda⁷⁷⁵ (partes, pedido e causa de pedir). Coube mais uma vez à doutrina salvar o dispositivo, logrando-se uníssono o escólio de Greco Filho ao abordar *casos idênticos* como “casos em que há identidade de tese jurídica quanto ao fundamento legal da demanda”.⁷⁷⁶

Finda-se a perfunctória análise do instituto pretérito, embora ainda existam idiosincrasias a serem tratadas. Por intermédio deste panorama, verificou-se as dificuldades práticas à concreção do dispositivo, o que engendrou uma nova indumentária no Código de Processo Civil de 2015.

4.2.2 Julgamento liminar de improcedência no CPC/15

Obliterando as canhestras – e por vezes, estéreis – discussões que arrostavam o art. 285-A do CPC/73, a novel ordenança processual disciplinou o instituto no art. 332,⁷⁷⁷ cuja redação é tecnicamente superior ao de seu antecessor.

⁷⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. In: *Saggi di diritto processuale civile*, vol. 3. Milano: Giuffrè, 1993, p. 173.

⁷⁷⁶ FILHO, Vicente Greco. *Direito processual civil brasileiro*, vol. 2. 19ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82. Em sentido contrário, Theodoro Júnior asseverava que “se a tese de direito é a mesma, mas a pretensão é diferente, não se pode falar em ‘casos idênticos’, para fins do art. 285-A. Da mesma forma, não ocorrerá dita identidade, se, mesmo sendo idêntico o pedido, os quadros fáticos descritos nas duas causas se diferenciarem” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense: 2007, p. 17).

⁷⁷⁷ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a

Além da redação, o instituto se revela *ontologicamente*⁷⁷⁸ distinto. Isto porque, no código anterior, seu correspondente jurídico era dimensionado para a resolução de demandas repetitivas (litigiosidade seriada) e previamente julgadas improcedentes em determinado juízo, ao passo que o art. 332 se afigura como mecanismo alinhavado à edificação de um sistema de precedentes obrigatórios⁷⁷⁹ e formalmente vinculantes,⁷⁸⁰ o que não é de todo estranho em nossa tradição processual.

Historicamente o Brasil se amalgama nos meandros do civil law, herança da tradição romano-germânico-canônica⁷⁸¹ com fundamentação ideológica no paradigma racionalista, na filosofia da consciência e no mito da neutralidade judicial.⁷⁸² Destarte, “processo,

apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

⁷⁷⁸ Sobre a ontologia jurídica dos institutos: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 662-663; ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 8-16; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 30; ROBLES MORCHÓN, Gregorio: “Introducción” in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (orgs.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992. p. 14-17.

⁷⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. In: *Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380*, p. 45- 50, junho 2009; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016. 4ª Ed. p. 24.

⁷⁸⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 37.

⁷⁸¹ Parece exagero relegá-lo à condição de “mito”, conforme quer Dinamarco. Consultar: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., v. I, São Paulo, 2002, p. 172.

⁷⁸² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 9-10.

em outros termos, constitui um complexo de conhecimentos e de regras deontológicas e técnicas, transmitidas no tempo pelos antigos juristas e, posteriormente, reorganizadas, aperfeiçoadas, corrigidas e atualizadas pelas gerações sucessivas”.⁷⁸³

Embora acriticamente o discurso institucionalizado seja de que o país encontra-se imerso no caldo cultural do civil law, a verdade é que nunca esteve infeso aos reflexos do common law.⁷⁸⁴ Plangente é a constatação de tal influência desde a aurora do século XX, quando o Código Buzaid, em seu art. 557, foi reformado para hipertrofiar os poderes do relator na esfera recursal⁷⁸⁵ e admitir-se o julgamento monocrático sob o fundamento de aplicação da criticável “jurisprudência dominante”⁷⁸⁶ nos tribunais de sobreposição.

A tendência intensificar-se-ia com as posteriores reformas constitucionais e infraconstitucionais que culminaram com a implementação da súmula vinculante⁷⁸⁷, o não recebimento de apelação quando a sentença estivesse em consonância com enunciado de súmula dos tribunais superiores⁷⁸⁸ e o julgamento *prima facie* de

⁷⁸³ PICARDI, Nicola. Apresentação. In: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 14.

⁷⁸⁴ Barbosa Moreira já prelecionava que “filia-se o ordenamento processual brasileiro, notoriamente, à chamada família romano-germânica, se bem que exiba, aqui e ali, marcas de infiltrações de origem norte-americana” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003, p. 61).

⁷⁸⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal*. 2ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 129.

⁷⁸⁶ Para as devidas críticas à expressão “jurisprudência dominante”, conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 322.

⁷⁸⁷ Art. 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil e Lei nº 11.417/2006.

⁷⁸⁸ Art. 518, §1º do Código de Processo Civil de 1973.

improcedência.⁷⁸⁹ Enfim, a legislação era pródiga em admitir, mesmo que implicitamente, o “sistema” de precedentes.⁷⁹⁰

No contemporâneo Código de Processo Civil de 2015, houve a incorporação de uma teoria de precedentes e a atribuição de eficácia vinculante a determinadas decisões jurisdicionais (art. 927): são normativos (ou formalmente vinculantes) os precedentes do STF proferidos em controle concentrado de constitucionalidade,⁷⁹¹ os precedentes que culminam com o enunciado de súmula vinculante,⁷⁹²

⁷⁸⁹ Art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973.

⁷⁹⁰ Lei n. 8.756/98, que deu nova redação ao art. 557 do CPC/73, e da Lei n. 11.276/06, que acrescentou o §1º ao art. 518 do mesmo diploma, da Súmula Vinculante (art. 103-A da CF, criada pela EC n. 45/05), passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas (art. 285-A do CPC/73 – introduzido pela Lei n. 11.277/06), e, por fim, introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem (arts. 543-A a 543-C do CPC/73 – introduzido pela Lei n. 11.678/08).

⁷⁹¹ Os autores, dentre outros, que já reconheciam a força vinculante de tais precedentes são: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, 9ª série, p.302; TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.157-159; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.151; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.298; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.324; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.381

⁷⁹² Já reconheciam a força vinculante: CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*. Ano 90, vol. 786, abr. 2001, p.116; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, 9ª série, p.302-303; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.401-413; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p.272-277; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos*

devendo o art. 332, inc. I ser conjugado com o art. 927, inc. IV (nesse sentido: Enunciado nº 146 do FPPC) decisões em assunção de competência (art. 947), decisões proferidas em resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987), inclusive recurso extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036 a 1.041),⁷⁹³ precedentes que ensejam a elaboração de enunciados de súmula em matéria constitucional pelo STF e em matéria infraconstitucional pelo STJ, os julgamentos pelo plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade e os precedentes da Corte Especial do STJ no plano infraconstitucional, os quais são utilizados no julgamento liminar de improcedência.

Destarte, “a jurisprudência passa a ser o novo paradigma da definição de demandas fadadas ao insucesso e que, portanto, merecem ser julgadas improcedentes de plano”.⁷⁹⁴ Significa verberar que “a aludida técnica mantém a possibilidade de julgamento sem oitiva do réu em hipóteses nas quais já exista entendimento modelar dos tribunais superiores acerca da matéria”.⁷⁹⁵

tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p.143; WOLKART, Erik Navarro. Súmula vinculante. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.286; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2013, v. 2., p.443.

⁷⁹³ Já reconheciam a força vinculante: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.119; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.147; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2013, v. 2., p.443.

⁷⁹⁴ ROQUE, Andre. Improcedência liminar no Novo CPC: mesmo nome, diferentes veículos. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/improcedencia-liminar-no-novo-cpc-mesmo-nome-diferentes-veiculos>>. Acesso em 19 julho de 2016.

⁷⁹⁵ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 363.

4.2.3 O contraditório participativo no julgamento liminar

Atribuição que se aventa é a seguinte: o juízo, ao se defrontar com o libelo inicial e, ao seu sentir, verificar que existe alguma das hipóteses em que lhe é albergado o julgamento liminar de improcedência (enunciados de súmula, precedentes vinculantes, etc.), terá o dever de intimar previamente a parte autora, com espeque nos arts. 6º, 9º e 10 do CPC/2015, para não a surpreender com o conteúdo da sentença? Isto é, deverá o autor ser previamente ouvido – instaurando-se um contraditório unilateral⁷⁹⁶ entre ele e o Juízo – acerca de eventual enunciado de súmula, precedente ou mesmo prescrição ou decadência que o juízo aplicar(ia)?

A resposta não pode ser outra, senão um ecoante e retumbante “sim”.

Não se descarta das posições contrárias, como, por exemplo, de Didier Jr,⁷⁹⁷ Marinoni⁷⁹⁸ e Theodoro Jr,⁷⁹⁹ sustentando que

⁷⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37: “nessa perspectiva, o contraditório deixa de ser um direito fundamental que se cifra à esfera jurídica do demandado, logrando pertinência a ambas as partes, abarcando, portando e evidentemente, inclusive o demandante”.

⁷⁹⁷ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 Ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 594: “a possibilidade de juízo de retratação é o que garante o respeito ao direito do demandante ao contraditório, que, com as razões de apelação, poderá convencer o juiz do equívoco de sua decisão. O juízo de retratação homenageia, também, o princípio da cooperação (art. 6º, CPC), pois permite que o magistrado ‘ouça’ o que tem a dizer o autor sobre a questão”.

⁷⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169: “alguém poderia imaginar que o julgamento liminar de improcedência não poderia levar em consideração questões sobre as quais o autor não teve a oportunidade de se manifestar (arts. 5º, LV da CF e 10, CPC). Isso poderia levar à conclusão de que, acaso o autor não tenha se pronunciado sobre a aplicação do precedente ou da jurisprudência ao seu caso (viabilizando a demonstração de eventual

o juízo de retratação previsto na apelação contra a sentença liminar de improcedência (art. 332, §3º do CPC/2015) perfaz as vezes do contraditório postergado/diferido, não havendo o porquê se falar, portanto, de manifestação prévia do autor. De outra banda, há o argumento de que o parágrafo único do art. 487 do CPC/2015,⁸⁰⁰ ao tratar das hipóteses de resolução de mérito, giza que a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que as partes previamente tenham se manifestado a respeito, mas extirpa de tal incidência normativa a hipótese de julgamento liminar de improcedência.⁸⁰¹

Mormente à questão advinda do parágrafo único do art. 487 do CPC/2015, convém interpretá-lo de forma discrepante ao posicionamento retro. Semanticamente, o texto refere-se às “partes”, no plural – e não à parte, no singular. Destarte, não deve haver a intimação das partes para se manifestarem sobre a questão prévia porque, exatamente, não existem (ainda) partes, mas tão-somente parte. O

distinção ainda não realizada que o autor entenda pertinente) ou sobre a decadência do direito ou a prescrição da pretensão. No entanto, como nesse caso a apelação excepcionalmente viabiliza a retratação do juiz de primeiro grau (art. 332, §3º), pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição”.

⁷⁹⁹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56ª Ed., São Paulo: Forense, 2015, p. 762: “o julgamento liminar não agride o devido processo legal, no tocante às exigências do contraditório e da ampla defesa. A previsão de um juízo de retratação e do recurso de apelação assegura ao autor, com a necessária adequação, um contraditório suficiente para o amplo debate em torno da questão de direito enfrentada”.

⁸⁰⁰ Art. 487. [...] Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do §1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes a oportunidade de manifestar-se.

⁸⁰¹ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. Da (des)necessidade de oitiva prévia do autor nas hipóteses de sentença liminar de improcedência no NCPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Improcedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 139.

dispositivo simplesmente elucida o óbvio, não chancelando qualquer excepcionalidade aos arts. 9º e 10 do CPC/2015.⁸⁰²

Ao que pertine o juízo de retratação (art. 332, §3º), insculpindo o contraditório diferido, quando da interposição da apelação em face da sentença liminar de improcedência, parece não ser a melhor alternativa. Afinal, “o contraditório postecipado, após ter o juiz tomado sua decisão, possui poder de influência reduzido”.⁸⁰³ Ora, é da empáfia humana enrijecer a posição previamente publicizada e dificultar sobremaneira a retratação. Inconscientemente não se aceitam contradições⁸⁰⁴ e incoerências. Retratar-se é assaz dificultoso, principalmente quando já externada uma posição. Eis a natureza humana.

Demais, a apelação, para se outorgar o juízo de retratação, deve preencher obrigatoriamente os seus requisitos de admissibilidade,⁸⁰⁵ conforme Enunciado nº 293 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁸⁰⁶ Significa dizer: a parte autora, segundo este posicionamento, deverá adimplir o preparo recursal (que, por vezes,

⁸⁰² Esta também é a posição de Ticiano Alves e Silva: “a única interpretação que se afina com a exigência de contraditório, e, portanto, salva o dispositivo, é aquele que não exige a prévia manifestação das partes, no plural, mas impõe a prévia oitiva da parte, no singular, autora da demanda”. (SILVA, Ticiano Alves e. O contraditório na improcedência liminar do pedido no novo CPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Improcedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 292).

⁸⁰³ ROQUE, Andre. Improcedência liminar no Novo CPC: mesmo nome, diferentes veículos. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/improcedencia-liminar-no-novo-cpc-mesmo-nome-diferentes-veiculos>>. Acesso em 19 julho de 2016.

⁸⁰⁴ LACAN, Jacques. *O Seminário: livro 20: mais, ainda*. 2ª Ed. Versão brasileira de M. D. Magno. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 189.

⁸⁰⁵ Quais sejam: a) intrínsecos (cabimento e adequação; legitimidade; interesse); b) extrínsecos (tempestividade; preparo; regularidade formal).

⁸⁰⁶ Enunciado nº 293 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (arts. 331, 332, §3º, 1010, §3º). Se considerar intempestiva a apelação contra sentença que indefere a petição inicial ou julga liminarmente improcedente o pedido, não pode o juízo a quo retratar-se.

pode ser em montante escorchante), para exercer uma garantia fundamental – o contraditório -. Se isso ocorrer, não se trata de contraditório, mas simulacro seu, mero devaneio onírico. “Contraditório” de fantasia, mercenário. E, “chamar o réu, mesmo que a sentença integralmente lhe aproveite, somente para ‘responder’ a possível recurso (apelação) do autor, é decidir, no âmbito de toda a instância monocrática, sem dualidade de partes, sem os sujeitos do processo em suas relações internormativas, logo, sem formação do processo com obediência ao devido processo”.⁸⁰⁷

O art. 10 do CPC é cristalino ao asseverar ser vedado ao juiz decidir com fulcro em fundamento sobre o qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestar, ainda que acerca de matéria oficiosa. Corroborando, o art. 9º consigna que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, elencando em seu parágrafo único as exceções a tal regra – das quais não consta o julgamento liminar de improcedência. Portanto, “tal regra também deve ser aplicada aos casos de sentença liminar de improcedência”.⁸⁰⁸ Deverá o magistrado intimar a parte autora para realizar eventual distinção do enunciado de súmula ou de jurisprudência vinculante (*distinguishing* – art. 489, §1º, inc. V)⁸⁰⁹ ou demonstrar a superação do entendimento jurisprudencial (*overruling* – art. 489, §1º, inc. VI e art. 926, §2º).

Dessume-se que deve ser integrado tecnicamente ao julgamento liminar de improcedência, com a curial atração da norma contida no art. 927, §1º do CPC ao art. 332. Isto é, “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo [art. 927]”.⁸¹⁰

⁸⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª Ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 239.

⁸⁰⁸ GAJARDONI, Fernando; ROQUE, Andre; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. *Comentários ao CPC de 2015*, vol 2. São Paulo: Método, 2016, p. 336.

⁸⁰⁹ Com mais vagar: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.175-176; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.69; DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambrigde, 2008, p.68.

⁸¹⁰ Nesse sentido: MARINHO, Rodrigo Saraiva; ROMÃO, Pablo Freire. *Contraditório e julgamento liminar de improcedência: a ampliação do diálogo*

Favoráveis à intimação prévia do autor para dialogar com o juízo, Abboud e Van Cleef Santos sustentam que antes da aplicação do art. 332, o magistrado “deve assegurar ao autor a possibilidade de demonstrar porque sua petição inicial, v.g, não contraria súmula do STF ou súmula do STJ. Somente após essa segunda manifestação do autor é que se poderia cogitar da aplicação da referida técnica de forma constitucionalmente adequada”.⁸¹¹ Consectário-lógico da “valorização do contraditório presente no sistema – mesmo quando a lei dá ao magistrado a possibilidade de decisão *ex officio* (art. 9º) – seria defensável, para evitar as chances de recursos, que, mesmo na hipótese ora em comento, houvesse a abertura de prazo para o autor antes do proferimento de sentença liminar para que este pudesse demonstrar a possível diferença de seu caso em relação ao padrão”.⁸¹²

A pretexto de encetar celeridade e a “efetividade virtuosa”, a qual o Texto Magno salvaguarda, “esse expediente de sumarização instrumental guarda relação justamente com a outra face da efetividade, identificada outrora por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como ‘efetividade perniciosa’”.⁸¹³ Se não se aplicar o contraditório no julgamento liminar de improcedência, encampar-se-á o ostracismo da dialética processual em panegírico à questionável eficiência do aparelho judicial.⁸¹⁴

processual sob a ótica do Novo CPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Improcedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 244.

⁸¹¹ ABOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Comentários ao art. 332. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 860.

⁸¹² THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 363.

⁸¹³ MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

⁸¹⁴ Comentando o antigo art. 285-A, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Wambier e José Miguel Medina: “é uma demonstração eloquente e lamentável da

No fundo, trata-se do *fetichismo das urgencialidades*, pelos quais os processualistas, hipostaseados pelo dogma da celeridade-efetividade “ainda insistem em escrever o romance de sedução e divinização da magistratura, ora pela viabilização interpretativa de leis teratológicas, ora pelo aceno ufanista da proibição do *non liquet*. A propósito das urgencialidades que marcam o desmonte da constituição brasileira, o talento do processualista ortodoxo é sugerir a emenda (ou abandono) da Constituição onde possa emperrar a sabedoria dos juízes”.⁸¹⁵

O Juízo se transfiguraria em Dom Quixote, vocacionado à defesa dos Ausentes em serventia à justiça olímpica. A inconstitucionalidade da postura não se revela tanto pela precisão escópica que o Juiz, de forma solipsista, tenha poderes sobre-humanos para amalgamar o precedente ou enunciado de súmula. Vai além. O que causa estranheza é proferir-se sentença definitiva – apta à coisa julgada e que, formada, vulnera *manifestamente* norma jurídica e enseja ação rescisória com espeque no art. 966, inc. V⁸¹⁶ – sem a instauração de processo, ou seja: sem procedimento em contraditório.⁸¹⁷

tentativa de resolver os grandes problemas estruturais do País (inclusive do processo) pela via da negativa de fruição de garantias constitucionais” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63, vol II.

⁸¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª Ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 232.

⁸¹⁶ “O art. 966, V, do CPC, fala em manifesta violação de norma jurídica: com isso, autoriza a rescisão da coisa julgada em que há a violação de princípio, regra ou postulado normativo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 902).

⁸¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006. Afinal, “nas democracias, como a do Brasil, construídas pelo devido processo constitucional, que é uma instituição jurídica balizadora da teoria da constitucionalidade democrática, o direito deve ser reproduzido, atuado, aplicado, modificado ou extinto, no devir interlocutivo por princípios autocríticos-discursivos (daqui a expressão devido processo) e não de modo interdital como nos Estados liberais e sociais de direito por uma

Numa compreensão sistêmica⁸¹⁸ do Código de Processo Civil, ressaí capital o postulado da unidade,⁸¹⁹ em sua acepção de coesão inferencial,⁸²⁰ haja vista não se interpretar a ordem jurídica em frangalhos, aos pedaços.⁸²¹ A dogmática processual apresenta, neste viés, aparato lógico e íntegro, urdido por intermédio de axiomas substanciais, estampados na parte geral⁸²² do Código (título único: das normas fundamentais), os quais devem ser aplicados aos institutos da parte especial.

Errôneas, portanto, duas objeções às proposições de enunciados no Fórum Permanente de Processualistas Civis. O primeiro ato anfibológico revelou-se na não aprovação do enunciado que dispunha: “o CPC deve ser interpretado sistematicamente e conforme as suas normas fundamentais”.⁸²³ O segundo quiproquó consistiu na não

intersubjetividade anormativa (dita solitária, ou ético-moral, histórica ou consuetudinária) ou por um agir comunicativo entre as pessoas pressupostamente dotadas de habilidades consensualistas ou arbitrais, movidas por uma suposta razão correta, lúcida, prodigiosa, sensível ou talentosa” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª Ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 239).

⁸¹⁸ MATURANA. H e VARELA.F. *De máquinas e seres vivos - autopoiese: a organização do vivo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

⁸¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 165.

⁸²⁰ Isto é, a rejeição de antinomias normativas, com a exigência de coerência interna do sistema. Ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 192.

⁸²¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44.

⁸²² A LC dispõe sobre a redação e consolidação das leis. Nesse sentido, “parte”, nesse contexto, é a subdivisão mais abrangente de um texto de lei, no Brasil. A Parte Geral, como o nome sugere, deve ser o trecho da lei que contenha disposições mais abstratas e que se prestem a introduzir o conteúdo da Parte Especial” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A teoria geral do processo e a parte geral do novo código de processo civil. In: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC: doutrina selecionada. Parte Geral*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 112).

⁸²³ Objetado na plenária de Vitória, entre os dias 1º a 3 de maio de 2015.

aprovação do enunciado que verberava que “no julgamento de improcedência liminar, o juiz deve, antes de sentenciar, intimar a parte autora para falar sobre o precedente que será o motivo determinante da sentença e sobre o qual não houve prévia manifestação”.⁸²⁴

Em suma: o contraditório exige a participação dos sujeitos envolvidos,⁸²⁵ denominado de contraditório participativo,⁸²⁶ que resplandece o dever de cooperação dos atores processuais⁸²⁷ (art. 6º), principalmente suas facetas de prevenção⁸²⁸ (*Praventionspflicht*) e consulta⁸²⁹ (*Erörterungspflicht*), evitando a prolação das perniciosas decisões-surpresas⁸³⁰ (*della terza via, ambush decision*).

4.3 TUTELA PROVISÓRIA

4.3.1 Entre satisfatividade e cautelaridade: o problema da “natureza jurídica”

⁸²⁴ Objetado na plenária de Vitória, entre os dias 1º a 3 de maio de 2015.

⁸²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo* 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 60; GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista dialética de processo*, n. 24. São Paulo: Dialética Editora, 2005, p. 72

⁸²⁶ GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Vol. II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

⁸²⁷ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53.

⁸²⁸ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1996, p. 580 e ss.

⁸²⁹ DIDIER JR. Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, n. 127. São Paulo: RT, 2005, p. 77.

⁸³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, s/ed. Porto Alegre: s/ed., 2003, p. 61. Nery Jr arremata: “a proibição de decisão-surpresa, manifestação do contraditório no processo, vincula o juiz a abrir o debate entre as partes sobre todas as questões que podem ser resolvidas no curso do processo” (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 11ª Ed., São Paulo: RT, 2013, p. 241).

Assertiva corrente é de que o novo CPC promove(u) a unificação das técnicas de urgência (satisfativa e cautelar) - propalando regime único (art. 300 do CPC) às mesmas - não passa de uma falácia. A codificação mantém a diversidade procedimental entre as técnicas – o que poderia ter sido evitado -, alimentando (ainda) discussões sobre a *natureza jurídica e efeitos* de cada provimento.

A técnica antecipatória, de natureza cautelar ou satisfativa (tutela provisória), consubstancia o que parcela da doutrina denominou por *tutelas processuais diferenciadas*,⁸³¹ delineadas precipuamente para a asseguuração de idôneas formas de tutela das mais diversas pretensões de direito material.⁸³²

Prenhe de questões controversas, a temática é uma das mais (senão a mais) complexa da dogmática processual civil.⁸³³ Escapa do objetivo deste trabalho as minúcias acerca de todas as digressões já realizadas. Todavia, “para compreendê-lo [o tema] em toda a sua extensão, é imprescindível colocá-lo em perspectiva histórica e submetê-lo à reconstrução conceitual crítica”.⁸³⁴

Durante décadas a doutrina encetou toda tutela sumária ou diferenciada nos confins da técnica cautelar.⁸³⁵ Com isso, “circunscreveram-se os juízos de cognição sumária e a técnica antecipatória nos domínios da teoria da tutela cautelar, acentuando-se o aspecto estruturalista do tema”.⁸³⁶

⁸³¹ PISANI, Andrea Proto. *Tutela giurisdizionale differenziata e o nuovo processo del lavoro*. In: *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 66; PROTO, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 4, p. 538, 1979.

⁸³² COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari efetività nella giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 6, p. 1530, 2008.

⁸³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2000, p. 192.

⁸³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 19.

⁸³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000, p. 62.

⁸³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 21.

Destarte, concebeu-se primitivamente a técnica cautelar como mecanismo de proteção unicamente à execução forçada⁸³⁷ (*antizipirten Zwangsvollstreckung*). Consequentemente, “na origem, a teorização da tutela cautelar encontrava-se totalmente vinculada ao direito material, compreendida tão somente em termos de pretensão à segurança em um ambiente cultural que ainda confundia a *Klagerecht* e *Anspruch*, e circunscrita ao âmbito da tutela executiva”⁸³⁸. Ulteriormente, arredando-se do pensamento tedesco reinante, Chiovenda elabora um terceiro gênero, para além de cognição e execução, denominando-o de *provvedimenti cautelari*.⁸³⁹ Arrola tais provimentos na condição de *ação*⁸⁴⁰ (*azioni assicurative*). Seu escopo era “promover com urgência a manutenção do *statu quo*, como assegurar a futura satisfação de um possível direito depois de sua declaração, com as quais se efetiva uma ‘tutela de conservação’”⁸⁴¹.

Extremando o conceito de ação, Chiovenda solapa da esfera jurídica a pretensão material à segurança. Corolário lógico é que “o direito da parte converte-se em simples *poder de provocação da atividade do Estado*. O direito à cautela converte-se, na eloquente apreciação da doutrina, em *imploratio iudicis officii*”⁸⁴². Justifica, destarte, a submissão da técnica cautelar à discricionariedade judicial,⁸⁴³

⁸³⁷ A Zivilprozessordnung alemã trata o arresto e o provimento provisório em seu oitavo livro, dedicado à execução forçada (*Zwangsvollstreckung*, §§ 916 a 945).

⁸³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 22.

⁸³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. I, p. 47.

⁸⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, p. 34.

⁸⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 24.

⁸⁴² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 27.

⁸⁴³ De forma clara, “Chiovenda transformou o direito material à cautela da parte no provimento processual erigido no interesse do Estado – em direito do Estado. A parte tem apenas o poder de agir para a realização de um fim estatal. É o Estado como fim e a pessoa como meio. Se é possível livrar Chiovenda da

como se atividade administrativa fosse.⁸⁴⁴ Não obstante, a obra conceitual *chiovendiana* não representou a sistematização da técnica cautelar, o que enunciou-se de forma póstera, com Calamandrei.⁸⁴⁵⁻⁸⁴⁶ Seu contributo foi decisivo para realçar a *provisioriedade* do provimento de cognição sumária. Deste modo, “o provimento cautelar é uma *unità* – daí a razão pela qual a tutela cautelar não é considerada um *tertium genus*, suscetível de contraposição à tutela de conhecimento e à tutela executiva”.⁸⁴⁷

Portanto, pouco importa a satisfatividade ou cautelaridade do provimento para se caracterizar a técnica cautelar. Para Calamandrei, os provimentos cautelares podem ser tanto satisfativos como assecuratórios,⁸⁴⁸ gozando de vicejante prestígio até os dias atuais.⁸⁴⁹

pecha de autoritário, é sem dúvida mais difícil defender a inexistência de implicações ideológicas indiretas das suas construções conceituas” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 28).

⁸⁴⁴ DENTI, Vitorino. Sul concetto di funzione cautelare. In: *Studi giuridici in memória di Pietro Ciapessoni*. Pavia: Tipografia del Livro, 1948, p. 13.

⁸⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

⁸⁴⁶ Conforme Mitidiero, “é inquestionável que o grande teórico da tutela cautelar no período do desenvolvimento das bases da ciência processual civil foi Piero Calamandrei. Com a publicação de seu clássico *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*, em 1936, estabeleceram-se os principais traços que posteriormente serviriam para a doutrina e para a legislação trabalharem o tema” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 29).

⁸⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 30.

⁸⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000, p. 38.

⁸⁴⁹ As legislações processuais latino-americanas inspiram-se largamente nas lições de Calamandrei, como nos atestada José Carlos Barbosa Moreira (Le misture cautelari nel processo latino-americano, In: *Temas de direito processual – 6ª série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 177). Em igual sentido: PALACIOS, Juan José Monroy. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002, p. 152.

Inclusive, minucia-se correntemente na doutrina nacional que as cautelares são regidas pela “provisoriedade”⁸⁵⁰ e “acessoriedade”,⁸⁵¹ cujo objetivo é “garantir o resultado útil da função de conhecimento ou execução”,⁸⁵² sendo, por tal motivo, impossível conceber qualquer pretensão material à cautela.⁸⁵³ O Código Buzaid afastou-se, no particular, do escólio de Calamandrei, perfillhando o *processo* cautelar como *tertium genus*⁸⁵⁴ - “e, ao fazê-lo, o legislador brasileiro recebeu a aprovação da doutrina tradicional. Como é de domínio comum, deve-se semelhante alvitre à pena de Francesco Carnelutti”.⁸⁵⁵

O breve panorama histórico-dogmático serve como referencial à constante – e até hoje propalada – imprecisão conceitual que arrosta a matéria. De todo modo, embora o CPC/15 não tenha adotado tal postura, revela-se esclarecedora a original posição capitaneada por Lamy, para quem não existe uma tutela jurisdicional de natureza assecuratória e outra, de natureza antecipatória. Preponderantemente referíveis ou satisfativos são os *meios* – não os *fins*.⁸⁵⁶ Nesse diapasão, “as medidas cautelar e antecipatória seriam

⁸⁵⁰ Dentre muitos: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista da Ajuris*, n. 70 Porto Alegre, 1997, p. 235; THEODORO JR, Humberto. *Processo cautelar*, 18ª Ed., São Paulo: Leud, 1999, p. 44; MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

⁸⁵¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 20.

⁸⁵² SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2005, p. 56.

⁸⁵³ TESHEINER, José Maria. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 50.

⁸⁵⁴ BUZOID, Alfredo. Exposição de motivos. Brasília, 1972, ns. 7 e 11.

⁸⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 35.

⁸⁵⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: consequências para o escopo de sistematização. *Revista de Processo*, v. 29, n. 118. São Paulo: RT, 2005, p. 291. Para o Autor, a denominada “tutela cautelar” não corresponde a uma espécie autônoma de tutela jurisdicional, mas técnica pela qual se presta a tutela, por intermédio de cognição sumária. Portanto, as “tutelas de urgência” correspondem a uma única tutela de urgência: tutela não definitiva, de cognição sumária. Para um maior aprofundamento,

apenas meios para que se atinja o fim de toda jurisdição, que é a prestação de sua tutela”.⁸⁵⁷ Tal sistematização chegou a ser veiculada na tramitação do Código (Relatório Barradas),⁸⁵⁸ em sintonia com o art. 700 do CPC italiano, donde não exsurge diferenciação de requisitos e procedimentos.⁸⁵⁹

Como asseverado supra, o Digesto Processual não encampou a sistemática constante do Relatório Barradas. Promulgou-se a lei processual tão-somente com parcial unicidade procedimental. Ora, é de todo evidente que inexistente distinção quanto aos requisitos gerais

consultar: LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007; LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2007.

⁸⁵⁷ DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação no CPC/2015: hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 166.

⁸⁵⁸ Eram os arts. 282 e seguintes. Assim explicitou Eduardo Lamy: “concordamos com a nomenclatura e com a localização topográfica junto ao CPC que o relatório sugere para as reformas junto à tutela de urgência. Também concordamos com a possibilidade de se pedirem antecipações de tutela preparatórias ou mesmo satisfativas, nos casos de tutela de urgência devida, mas eminentemente irreversível. Da mesma forma, concluímos que o relatório explicitou que os requisitos entre as medidas foram unificados (art. 282)” (LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a tutela de urgência no Relatório Barradas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 381).

⁸⁵⁹ TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 55: "invero, la constatazione della vasta latitudine di poteri che lê norme sui provvedimenti d'urgenza sembrano attribuire al giudice e la consapevolezza che la lettera della norma di per sé non esclude un possibile contenuto anticipatorio della tutela urgente, hanno conspirato a incoraggiare la lettura in chiave funzionale dell'istituto disciplinato negli art. 700 ss. CPC. Tendenza vie piú favorita, sul piano teorico, dall'esistenza nel processo civile di un principio di effettività della tutela giurisdizionale secondo il quale l'interpretazione delle norme deve essere rivolta soprattutto a traer dalle stressate strumenti per quanto possibile idonei a realizzare tale principio".

para as concessões das medidas/técnicas cautelar e antecipada (art. 300).⁸⁶⁰ Todavia, a depender da natureza do provimento pleiteado, o arco procedimental será diferenciado, mormente quanto requeridas em caráter antecedente.

Caso a parte autora arrogue tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente, a lei impõe o ônus de “aditar” o libelo inicial, com a complementação dos *topoi* argumentativos, o tombamento de novel documentação e a confirmação do pedido da tutela postimeira, no lustrado de 15 (quinze) dias (art. 304, §1º, inc. I). Na contingência de não haver subserviência a tal diretriz, invariavelmente ocorrerá – segundo a dicção normativa – a “extinção” do processo sem resolução meritória (art. 303, §3º). Se isso não bastasse, a medida/técnica requerida de tal forma pode petrificar-se por intermédio de sua “estabilização”, acaso a chancela jurisdicional não seja guerreada pela via recursal pertinente (art. 304, *caput*). Não sendo o caso de estabilizar-se o pronunciamento, a parte ré será integrada à lide e intimada para comparecer à audiência de conciliação (art. 334).

Modo outro, no pleito referente à medida cautelar antecedente, a efetivação da mesma imporá à parte autora o ônus de formular o pedido “principal” em 30 (trinta) dias, independentemente de novas custas processuais (art. 305, *caput*). Quedando-se inerte, a medida fenecerá (art. 309, inc. I). Impossível a estabilização da mesma e, ato contínuo, a parte ré será citada para oferecer resposta no prazo de 5 (cinco) dias (art. 306).

Inexpugnável a dualidade normativa. Paradoxalmente, pressupõe não haver qualquer diferença entre os *requisitos* do gênero tutela de urgência e, isocronicamente, provê dois procedimentos discrepantes para as medidas.⁸⁶¹ Dessume-se que, infelizmente, ainda se

⁸⁶⁰ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁸⁶¹ Como acentua André Tesser: “a partir do que já foi exposto, o novo Código de Processo Civil utiliza a premissa de que a tutela cautelar e a antecipação de tutela são espécies do gênero tutela provisória de urgência. Assim, podem ser vistas como lados de uma mesma moeda. É por isso, então, que são unificadas em tal gênero e recebem tratamento indistinto, especialmente quanto ao estabelecimento dos requisitos positivos para a sua concessão. Todavia, sob um aspecto de rigor técnico-dogmático, não parece ser possível enxergar a tutela

perscrutará a natureza jurídica de cada provimento, se cautelar ou satisfativo – principalmente por apenas este poder estabilizar-se.

Nesse ponto o contraditório participativo surge como mecanismo a propiciar o diálogo entre autor e Estado-juiz, conformando a técnica requerida com a decisão a ser proferida.

Como primeiro aspecto, é de bom tom que o órgão jurisdicional expressamente indique a “natureza” da tutela que está a conceder (se satisfativa ou cautelar), preferencialmente dialogando com o autor. Afinal, caso conceda medida diversa da pretendida, este possuirá interesse recursal em discutir a natureza jurídica da mesma.

Em segundo lugar, se o Estado-juiz entender que a medida a ser deferida é diversa da pretendida, deverá intimar o autor para adequar o libelo inicial (haja vista o formalismo inerente a cada uma).

Apregoando o aqui propalado, o Enunciado 45 da I Jornada de Direito Processual Civil esclarece: “aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer sobre o regime processual a ser observado”.⁸⁶²

4.3.2 (Im)possibilidade de concessão *ex officio* de tutelas provisórias

De suma importância saber se o atual Código de Processo Civil outorgou ao juízo o poder de conceder tutelas provisórias de ofício. Afinal, a recopilação é omissa quanto à (des)necessidade de expresse requerimento da parte. No intervalo de dezoito artigos (arts. 294 ao 311) não existe única previsão vindicando a requesta da parte

cautelar e a antecipação de tutela como espécies do mesmo gênero, pois tal visão parte do equivocado problema relativo a suas respectivas naturezas jurídicas” (TESSER, André Luiz Bauml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 34.

⁸⁶² O evento foi realizado pelo Conselho da Justiça Federal, em Brasília, entre os dias 24 e 25 de agosto de 2017.

para a concessão da tutela provisória. Incoerentemente, tampouco há dispositivo que permita ao juiz atuar de ofício.

De outro norte, o Código Buzaid não tergiversava a matéria. Inspirado no art. 3º, nº 2, do Código Português,⁸⁶³ na técnica cautelar, o antigo art. 797 previa que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”,⁸⁶⁴ bem como o art. 798, quando assevera que “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”⁸⁶⁵ Era o denominado *poder geral de cautela*,⁸⁶⁶⁻⁸⁶⁷ que não restava imune às críticas mordazes de parcela da doutrina.⁸⁶⁸⁻⁸⁶⁹

⁸⁶³ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 109: “ao inspirar-se no art. 3º, nº 2, do Código português para a redação do art. 797 de nosso Código, o legislador deu-lhe, contudo, outro sentido. No Diploma luso, a norma figura nas ‘disposições fundamentais’ sobre ação, na parte geral, com o caráter de exceção ao princípio do contraditório. Ao falar em ‘providências contra determinada pessoa’, o Código português não restringe a medida à esfera cautelar, nem exclui o pedido da parte contrária, isto é, não a pressupõe diretamente emanada do juiz. O equivalente dessa regra, quanto ao espírito, no processo cautelar brasileiro, seria, pois, antes a providência liminar do art. 804, sem audiência do réu, do que o preceito contido no art. 797”.

⁸⁶⁴ Destarte, quando autorizado por lei, o juiz poderia conceder uma medida cautelar, conforme iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Por todos: STJ, 4ª Turma do STJ no AgRg no AREsp 429.451/RJ, j. em 9.11.14

⁸⁶⁵ Tal concepção provem do art. 324 do Projeto Carnelutti, cuja redação era a seguinte: “quando do estado de fato da lide surgir razoável receio de que os litigantes cometam violências, ou pratiquem antes da decisão atos capazes de lesar, de modo grave e dificilmente reparável, um direito controverso, ou quando no processo uma das partes se encontre em situação de grave inferioridade em face da outra, o juiz pode tomar as providências provisórias que julgar adequadas para evitar que o dano se verifique”.

⁸⁶⁶ Para maiores digressões, consultar: BEZERRA, Júlio Carlos de Miranda. Considerações sobre o poder cautelar Geral do Juiz, In: *Rev. do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 14, n. 1, janeiro-dezembro de 1985, p. 331. Suas origens deitam raízes no Digesto Romano (16.3.6). No antigo direito português, estava presente nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. No direito brasileiro, o Regulamento 737, de 1850 cuidou da

Não fosse isso, também havia vozes a sufragar que “as supostas medidas cautelares que o juiz deve decretar para ‘defesa da jurisdição’, para preservar o prestígio e a seriedade de sua função, que seria a função verdadeiramente cautelar, segundo Calamandrei, essas poderão, e deverão, ser decretadas invariavelmente *ex officio* pelo juiz, pois seria simplesmente absurdo condicioná-las a um pedido da parte. As medidas cautelares que, ao contrário, das doutrinas de Carnelutti e Calamandrei, destinam-se à defesa do direito e não do processo, estas

temática no título destinado aos processos preparatórios, preventivos e incidentes. E, o Código Unitário de 1939 disciplinava o instituto no art. 675, Livro V, destinado aos processos preparatórios (a propósito: SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz (no processo civil brasileiro)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 41.

⁸⁶⁷ Segundo Flávio Cheim Jorge, “o primeiro a formular uma teoria própria sobre o Poder Geral de Cautela foi Chiovenda, isso quando ainda vigia o Código de Processo Civil italiano de 1865, onde não havia previsão expressa para a concessão de medidas cautelares inominadas. Calamandrei, em sua célebre obra, escrita em 1936 (*Providências Cautelares*), chegou a criticar Chiovenda, tendo em vista que o direito positivo não admitia o poder geral de cautela. No entanto, nessa mesma obra de Calamandrei, é possível verificar a posição do autor, advertindo sobre a necessidade da adoção de um sistema genérico e não expressamente taxativo da ação cautelar. (O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz. *Revista de Processo Civil*, n. 87/186. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

⁸⁶⁸ Segundo Ovídio Baptista da Silva, “o art. 797 torna-se necessário para justificar o conceito que o legislador tem de tutela cautelar como garantia da jurisdição. Ele funciona como uma espécie de ‘contraponto’ legitimador da tutela de simples segurança. Sem ele, na verdade, o legislador não teria, sequer, necessidade de conceber e dispor sobre uma forma de tutela que supõe um magistrado passivo e inerte, impedido de decretar *sponte sua* qualquer medida assegurativa de seu próprio ofício! O art. 797 entra no sistema legal de nosso processo cautelar como se, em verdade, ele estivesse redigido assim: ‘sendo ao juiz vedado decretar medidas processuais que defendam a atividade jurisdicional e protejam a seriedade de justiça, pois o magistrado é um simples espectador da pugna judiciária, havemos por bem instituir o processo cautelar com a função de preservar a incolumidade e a seriedade de sua função’” (*Do processo cautelar*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, p. 107).

⁸⁶⁹ No Simpósio de Curitiba, realizado em outubro de 1975, a conclusão 65 afirmava que “no caso do art. 797 não pode o juiz agir de ofício”.

sim, só serão decretáveis se as requerer o interessado, porque o juiz, como acontece em qualquer domínio de jurisdição civil, não pode agir *ex officio*”.⁸⁷⁰

Conciliava-se, então, a cautelar de ofício e o princípio da demanda (*ne procedat iudex ex officio*), disposto nos arts. 2º,⁸⁷¹ 128,⁸⁷² 294⁸⁷³ e 460⁸⁷⁴ do CPC/73, classificando-a como uma medida de natureza administrativa, não jurisdicional.⁸⁷⁵

Em sentido diametralmente oposto, ao que pertine à tutela satisfativa/antecipada, o sepultado art. 273, em seu *caput*,⁸⁷⁶ era expresso ao exigir o requerimento da parte como seu pressuposto,⁸⁷⁷ embora o Superior Tribunal de Justiça, por vezes, contornasse a

⁸⁷⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, p. 108.

⁸⁷¹ Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

⁸⁷² Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

⁸⁷³ Art. 295. Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo.

⁸⁷⁴ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantia superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

⁸⁷⁵ TOMMASEO, Feruccio. Provvedimenti di urgenza. *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVII. Milão: Giuffrè, 1983, p. 856.

⁸⁷⁶ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

⁸⁷⁷ A doutrina era uníssona em afirmar tal requisito: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; TEIXEIRA, Guilherme. *Tutela específica dos direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada – tutela de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000; SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009; RIGHI, Eduardo. *Direito fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007.

literalidade do comando normativo,⁸⁷⁸ invocando o argumento da efetividade da tutela jurisdicional⁸⁷⁹ (art. 5º, inc. XXXV da CRFB).

Com a pretensa unificação das técnicas antecipatórias (satisfativa e cautelar) no novel estatuto de ritos, somada à omissão legislativa no ponto, exsurge a celeuma de se saber se é possível a concessão oficiosa das mesmas.

⁸⁷⁸ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RURAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO PELA CORTE DE ORIGEM. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PEDIDO POR PARTE DO SEGURADO. PETIÇÃO INICIAL REDIGIDA DE FORMA SINGELA, MAS QUE CONTÉM OS ELEMENTOS QUE INDICAM OS FATOS, OS FUNDAMENTOS E O PEDIDO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO A PARTIR DA CITAÇÃO, O QUE DENOTA PRETENSÃO PELO PROVIMENTO ANTECIPADO. VÍCIO AFASTADO. IMPLEMENTAÇÃO IMEDIATA DO PAGAMENTO MENSAL DO BENEFÍCIO POR OUTRO FUNDAMENTO. ART. 461 DO CPC. COMANDO MANDAMENTAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 1. Hipótese na qual o INSS pleiteia o reconhecimento de ofensa ao artigo 273 do CPC ao argumento de que a tutela antecipada para a implementação do benefício foi deferida pelo acórdão recorrido ex officio. 2. Deve ser mantida a implementação da aposentadoria por invalidez diante das peculiaridades do caso, pois a petição inicial, apesar de singela, traz pedido antecipatório ao requerer a implementação do benefício a partir da citação do réu. 3. No caso, a ordem judicial para a implantação imediata do benefício deve ser mantida. Não com fulcro no artigo 273 do CPC, mas sim com fundamento no artigo 461 do CPC, pois o recurso sob exame, em regra, não tem efeito suspensivo, o segurado obteve sua pretensão em primeira e segunda instâncias e a implementação do benefício é comando mandamental da decisão judicial a fim de que o devedor cumpra obrigação de fazer. Salvuaguarda-se, desse modo, a tutela efetiva. A propósito, confirmam-se: AgRg no REsp 1056742/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 11/10/2010; e REsp 1063296/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 19/12/2008. 4. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1319769 GO 2012/0004141-5, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 20/08/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2013)

⁸⁷⁹ Em sede doutrinária, eram adeptos dessa tendência, dentre outros: PEREIRA FILHO, Benedito. Tutela antecipada: concessão de ofício? *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Vol. 95, p. 40, setembro de 2004; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos arts. 272 e 273. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *CPC Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 807.

Parcela da doutrina pátria proclama a possibilidade da outorga de tutelas provisórias de ofício com arrimo no art. 139, inc. IV⁸⁸⁰ do CPC, eis que “tal ‘poder geral’, no caso, relaciona-se à direção material do processo, em cujo inc. IV está escrito que ao juiz incumbe tomar medidas necessárias para *assegurar o cumprimento* de ordem judicial”.⁸⁸¹ O argumento parece logicamente equivocado. O preceito normativo chancela a atipicidade dos meios de execução da tutela *previamente requerida* pela parte (com azo a um criticável espectro infundável de possibilidades). O imperativo, redigido semanticamente como cláusula geral,⁸⁸² é um *posterius*, nunca um *prius*.

⁸⁸⁰ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

⁸⁸¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2ª Ed., São Paulo: RT 2016, p. 493.

⁸⁸² Cláusulas gerais são normas contidas em regras ou princípios portadoras de diretrizes indeterminadas e que não trazem expressamente uma solução jurídica. É “norma inteiramente aberta”. O texto normativo não estabelece *a priori* a significação dos termos (pressupostos), tampouco as consequências jurídicas da norma (consequente). A ideia que permeia tal técnica redacional é o estabelecimento de uma pauta valorativa a ser preenchida historicamente conforme as contingências. De outra banda, o conceito jurídico indeterminado ocorre quando o texto normativo é semanticamente lacônico ou impreciso, de modo que a dúvida (ou abertura hermenêutica) encontra-se no próprio significado do mesmo, mas não são consequências legais de seu (des)cumprimento. Portanto, na cláusula geral a dúvida está no pressuposto (conteúdo) e no consequente (solução legal). No conceito jurídico indeterminado, a dúvida baseia-se somente no pressuposto (conteúdo), porém não no consequente (solução legal), porque esta já está determinada na lei. Para aprofundamento: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 304; CASTRONOVO, Carlo. L’avventura delle clausole generali. *Rivista critica del diritto privato*, 1986, ano IV, n. 1, p. 24; CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

Comunga-se do entendimento de que “sendo a tutela satisfativa e a tutela cautelar tutelas do direito, a sua obtenção pela parte está condicionada à existência de pedido (princípio da demanda, arts. 2º e 141, CPC). Ao tempo em que se admitia a prestação de tutela cautelar de ofício, pressupunha-se que a sua concessão não prestava tutela ao direito da parte, sendo apenas providência no interesse do processo – e, portanto, ligada exclusivamente ao interesse público e ao exercício de uma função de polícia do processo. Trata-se de pressuposição superada pela doutrina, já que ninguém ainda hoje pode supor que o interesse da parte que obtém, por exemplo, um arresto, é tutelar o processo e não proteger cautelarmente o próprio direito de crédito que se julga titular. No entanto, tendo em conta a estrutura cooperativa do novo processo civil, pode o juiz, percebendo que é possível tutelar a parte provisoriamente, consultá-la a respeito de seu interesse na obtenção de uma tutela sumária (art. 6º, CPC). Não pode o juiz, porém, antecipar a tutela de ofício (seja satisfativa, seja cautelar), dado o regime de responsabilidade objetiva inerente à sua fruição (art. 302, CPC), o qual a parte pode não ter interesse em submeter-se”.^{883_884}

Afinal, o direito de ação – seja nas *materiellen Aktionenrecht*⁸⁸⁵ ou no *Klagerecht*⁸⁸⁶ - “normalmente retratou um

⁸⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 307.

⁸⁸⁴ É a posição também de Daniel Mitidiero, quando escreve sozinho (MITIDIERO, Daniel. Comentários ao art. 294. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 820).

⁸⁸⁵ É o estudo “das ações” através dos postulados e premissas do direito romano clássico. O direito de ação está associado ao direito material. Para um estudo aprofundado: TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 23; SAVIGNY, F. Carlvon. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Utet, 1986, v. 5, p. 34.

⁸⁸⁶ A *klage* ou *klagerecht*, etimologicamente significa “lamúria”. É o vocábulo utilizado desde a pandectista alemã para diferenciar o direito de ação romano (a *actio* privada) do “moderno” direito de ação exercido contra o Estado. Para aprofundamentos: WINDSCHEID, Bernhard. *La actio del derecho civil*

quadro muito preciso a respeito da compreensão como um todo do processo civil e de sua finalidade”.⁸⁸⁷ Em apanágio à liberdade e à conveniência de propor uma demanda, com a delimitação precisa de seu conteúdo e das técnicas a serem empregadas, “o cidadão livre deve ficar plenamente desimpedido para alçar o vôo mais conveniente na defesa de seus direitos”.⁸⁸⁸ Não se descarta, demais, que a tutela dos direitos deva ser *modelada* pelas partes ao caso concreto, com o conseguinte deslocamento “da ação abstrata e uniforme (ação única) à ação adequada à tutela do direito material”.⁸⁸⁹

Como asseverado alhures, a doutrina, no regime pretérito, de um modo geral⁸⁹⁰, negava a possibilidade de o juiz antecipar a tutela jurisdicional satisfativa de ofício. E, quando admitia, franqueava-se tão-somente no âmago da técnica cautelar, “partindo-se do equivocado pressuposto de que aí o órgão jurisdicional estaria apenas protegendo o processo, sem incidir sobre o direito material, atuando apenas para ‘preservar a utilidade do resultado do processo’”.⁸⁹¹

Ora, como a tutela provisória, de um modo geral, inverte o ônus do tempo processual⁸⁹² (em cerimônia ao princípio da

romano, desde el punto de vista del derecho actual. Buenos Aires: Eja, 1974, p. 7.

⁸⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

⁸⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

⁸⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 300.

⁸⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. In: *A nova era do processo civil*, 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88.

⁸⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 93. Admitindo a ideia da concessão da cautelar de ofício com base na ideia de “polícia judiciária”: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 385.

⁸⁹² Eis que “o tempo é concomitantemente inerente à fisiologia do processo e fonte de dano ao autor que tem razão no seu pleito, é necessário distribuí-lo de acordo com determinados critérios ao longo de seu desenvolvimento. Do

igualdade – art. 5º, inc. I da CRFB e art. 7º do CPC), albergando a pretensão material da parte,⁸⁹³ “seja para satisfazê-la desde logo, seja para acautelá-la para realização futura. É natural que o seu emprego esteja condicionado ao requerimento da parte interessada”,⁸⁹⁴ projetando na técnica sua compatibilização ao princípio dispositivo em sentido processual (*Verhandlungsgrundsatz* ou *Beibringungsgrundsatz*), concernente à condução do processo – não se confundindo com o princípio da demanda (*Dispositionsgrundsatz*), ou princípio dispositivo em sentido material⁸⁹⁵ - de forma harmônica ao contraditório participativo ora defendido. É dizer, “a solução para o problema está em possibilitar ao juiz a consulta à parte que poderá se beneficiar pela antecipação da tutela. O juiz poderá consultar a parte sobre se tem interesse na obtenção da tutela antecipada. Com isso, equilibra-se a iniciativa judicial, inspirada na promoção da igualdade entre os litigantes e à adequação da tutela jurisdicional, e o respeito à liberdade

contrário, corre-se o risco de o autor ter que invariavelmente pagar pelo tempo do processo – independentemente da urgência na realização da tutela do direito ou da evidência da posição jurídica que defende em juízo –.“ (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015, p. 198. Em igual sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 11ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007.

⁸⁹³ Aqui, “parte” deve ser entendida de modo extremamente amplo. Não apenas o autor, como seu litisconsorte (independentemente do regime litisconsorcial) detém interesse no emprego da técnica. Também o assistente litisconsorcial, porque ostenta natureza de parte pode requerer a antecipação. De igual modo, o denunciante em face do denunciado. Excepcionalmente, o próprio réu pode requerer tutela provisória em face do autor, como, por exemplo, nas chamadas ações dúplices, na reconvenção e, até mesmo, quando contesta o pedido – onde requer a concessão de uma tutela jurisdicional declaratória negativa -. Para maiores detalhes: SICA, Heitor. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 279.

⁸⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica anticipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 93.

⁸⁹⁵ ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 17 Ed., Munique: Beck Verlag, 2010, p. 398.

da parte, que pode não ter interesse em fruir de decisão provisória ao longo do procedimento”,⁸⁹⁶ haja vista o regime de responsabilidade civil objetiva do requerente⁸⁹⁷ (art. 302 do CPC).

⁸⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 94.

⁸⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2, 4 ed., Salvador: Juspodivm, 2009, p. 507: “não parece ser possível a concessão *ex officio*, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, não só em razão de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura no princípio da congruência. A efetivação da tutela antecipada dá-se sob a responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo”. Além disso, acerca da responsabilidade objetiva pela efetivação da tutela cassada: ARMELIN, Donaldo. Perdas e danos - responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má-fé - forma mais adequada de liquidação - indenização. *Revista de Processo*. São Paulo. v.10. n.39. p.222-37. 1985; ALVARES, Diovani Vandrei; CASTELUCCHI, Nathália. Responsabilidade civil do Estado e do magistrado em relação às tutelas de urgência e as inovações propostas pelo Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.923. p.145-84. set. 2012; ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Medida liminar: hipótese de cabimento para sua concessão, eficácia de medida liminar a caução e responsabilidade, cassação. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia. v.14. n.2. p.15-30. 1985; CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas*, São paulo: Quartier Latin, 2004; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Antecipação de tutela: irreversibilidade, caução e responsabilidade objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo. v.29. n.115. p.55-73. maio/jun. 2004; FERREIRA, William Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. *Revista de Processo*. São Paulo. v.35. n.188. p.9-51. out. 2010; LACERDA, Galeno. Limites ao poder cautelar geral e à concessão de liminares. *Doutrinas essenciais - direito processual civil*, v.5, São Paulo: RT, 2011, p.1081-1090; MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes do deferimento de tutelas de urgência em ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo. v.34. n.171.

A título argumentativo, reforçando, mesmo que implicitamente o que se aventa, o art. 932, inc. II do CPC exorta caber ao Relator “apreciar *o pedido* de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência do tribunal”. E, excepcionalmente, quando haveria a possibilidade da concessão oficiosa, o Estatuto de Ritos foi expresso na franquia. Exemplo é o preceito normativo contido no art. 989, inc. II, versando sobre a reclamação.

De mais a mais, o art. 141 do CPC⁸⁹⁸ veda o conhecimento de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exija a iniciativa da parte. E, mesmo que assim não fosse, o art. 10 perlustra que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Tais dispositivos reforçam o caráter dialético e dialógico que

p.213-41. maio. 2009; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. A responsabilidade do requerente da medida cautelar e a ação que visa a apurar as perdas e danos. *Jurisprudência Brasileira: cível e comércio*. Curitiba. n.165. p.88-90. 1992; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.87. n.748. p.32-46. fev. 1998; SERRA, Marisa. Responsabilidade civil por ato discricionário do juiz em face do poder geral de cautela. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Araçatuba. v.8. n.1. p.246-68. jul. 2008; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. *Revista da Esmape*. Recife. v.7. n.15. p.265-95. jan./jun. 2002; TROMBINI, Gabrielle; KELLER, Arno Arnoldo. A responsabilidade civil na reversão da tutela antecipada. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre. v.35. n.112. p.87-100. dez. 2008; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Eficácia das medidas cautelares. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo. n.122. p.98-110. maio. 2013; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Limites à possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional de ofício. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo. n.104. p.24-43. nov. 2011.

⁸⁹⁸ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

deve imperar quando de eventual iniciativa judicial na tutela provisória.⁸⁹⁹

Equaciona-se, desse modo, a problemática entre as feições *privatistas*⁹⁰⁰ e (*hiper*)*publicistas* do processo, em que nestas se “reduzia a eficácia da vontade das partes ao ponto de imaginar o autor como mero ‘provocador’ da jurisdição inerte. Posteriormente à postulação inicial, todos (ou quase todos) os demais comportamentos das partes durante o processo seriam suplantados por interesses públicos prevalentes”.⁹⁰¹ O Estado-Juiz seria onipresente e seu mote era *tutelar* (como se as partes, representadas por advogados, fossem incapazes!) os interesses em pugna e dirigir formal e exclusivamente a condução procedimental,⁹⁰² hipertrofiando seus poderes.⁹⁰³

⁸⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 205.

⁹⁰⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

⁹⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 105. No mesmo sentido: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, vol. I, 1936, p. 215: “l’interesse delle parti é un mezzo, per il qual elo scopo pubblico del processo si attua; in altri termini l’interesse in conflitto è sfruttato per la composizione del conflitto”.

⁹⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do processo? In: *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12; GUIMARÃES, Luiz Machado. Processo autoritário e regime liberal. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 128.

⁹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 112: “rejeitou-se veementemente a concepção do processo como ‘coisa das partes’ (Sache der Parteien), segundo a qual caberia aos litigantes predominantemente a condução do processo, ficando o juiz relegado a um segundo plano [...] assim, opondo-se ao ‘processo das partes’ individualista, que remetia ao privatismo romano, o movimento de publicização do processo levou a um aumento dos poderes do juiz, tendo sido largamente difundida a ideia de que a direção formal do processo caberia exclusivamente ao magistrado, e nem mesmo parcialmente as partes poderiam tolher do julgador este poder. Esta era a interpretação que se extraía do art. 125 do CPC de 1973”.

Todavia, a visão consentânea com o Estado Democrático de Direito é aquela vincada nas balizas de um processo de corte estruturalmente participativo, donde revela “a emergência de uma concepção cooperativa de processo, apoiada por uma administração concertada da justiça. O processo é dominado por um princípio de cooperação eficiente entre juiz e partes, na busca por uma solução justa e eficaz para o litígio. Esta concepção é aquela que o direito global tende a promover, como evidenciado nos Princípios de Processo Civil Transnacional da UNIDROIT, especialmente o princípio nº 11.2, nos termos do qual ‘as partes dividem com o tribunal o encargo de fomentar uma solução justa, eficaz e razoavelmente rápida do litígio’”,⁹⁰⁴ em festejo ao “princípio” do debate (*Verhandlungsgrundsatz*).⁹⁰⁵

4.3.3 Inconstitucionalidade por vulneração ao contraditório na tutela de evidência

A gênese da tutela de evidência é indissociavelmente circunscrita nos expeditos de satisfação imediata, principalmente sobre os signos dos interditos romanos.⁹⁰⁶ O novel diploma processual⁹⁰⁷

⁹⁰⁴ CADIET, Loic. Prefácio. In: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 12.

⁹⁰⁵ JAUERNING, Othomar. *Zivilprozessrecht*. 28ª Ed., Munique: Beck Verlag, 2003, p. 81. Na Espanha é denominado de princípio de “aportación de parte” (conferir: PICO I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 101).

⁹⁰⁶ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 324. A técnica (ou tutela) expandiu-se posteriormente pelo direito europeu. Curiosamente, inaugurou-se em Códigos Civis. Exemplos são o art. 84 do Código Civil do Cantão de Zurich, de 1887, art. 926 do Código Civil suíço de 1907, §517 do Código Civil húngaro de 1900, art. 519 do BGB alemão, dentre outros.

⁹⁰⁷ Justificando a adoção da categoria no anteprojeto de 2010, pronunciou-se: “a novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra. Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos prima facie, não tem razão” (FUX, Luiz. O Novo Processo Civil, In:

regulamenta o instituto, defendido por sólida doutrina⁹⁰⁸ antes mesmo da reforma processual que generalizou a antecipação de tutela⁹⁰⁹ (Lei nº 8.952/94) no revogado Código Buzaid - onde era permitida tão-somente quando existisse *abuso de direito de defesa* (art. 273, inc. II do CPC/73).

Em termos lógico-conceituais, (e não objetivo-normativos, porque em casos tais, todos os direitos seriam evidentes) a *evidência* consubstancia-se na alta probabilidade da pretensão material deduzida em juízo. Advém de elementos concretos, nunca suasórios ou anfíbológicos, que, mesmo através de cognição sumária,⁹¹⁰⁻⁹¹¹ apresenta correlação entre a narrativa fática e a realidade.

FUX, Luiz (coord.), *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.18).

⁹⁰⁸ Ao propor a adoção da categoria, Luiz Fux justificou: “a expressão (direito evidente) vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. São situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera” (FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305.

⁹⁰⁹ Acabou-se, então, com a necessidade do recurso às “cautelares satisfativas”. Sobre o ponto, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11 Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 68; DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 42; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, vol. 3, p. 210.

⁹¹⁰ A sempre propalada doutrina de Kazuo Watanabe utiliza o termo “cognição sumária” para a cognição incompleta no sentido vertical. (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118).

⁹¹¹ Em sentido contrário, parcela da doutrina entende que a evidência do direito excluiria a cognição sumária, porquanto o objeto se ofereceria completo ao juízo. Trata-se, portanto, de cognição plena. Nesse sentido: FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309.

Padece de inconstitucionalidade material⁹¹² a exceção ao contraditório plasmada no art. 9º, parágrafo único, inc. II, e no art. 311, parágrafo único, donde se posterga a garantia fundante na tutela de evidência “quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (art. 311, inc. II).

O vetor da democracia participativa⁹¹³⁻⁹¹⁴ transmudou o contraditório meramente *formal* na sua acepção hodierna de *direito de*

⁹¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29: “a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas”. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1172: “a inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo. É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo”.

⁹¹³ Também conhecida como “democracia deliberativa”, é aquela em que “o núcleo do sistema político é formado pelos seguintes complexos institucionais, já conhecidos: a administração (incluindo o governo), o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (incluindo as corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre partidos, etc.). Portanto, esse centro, que se perfila perante um periferia ramificada, através de competências formais de decisão e prerrogativas reais, é formado de modo ‘poliárquico’. No interior do núcleo, a ‘capacidade de ação’ varia, dependendo da ‘densidade’ da

influência, perpetrando o obséquio de que a jurisdição, em um Estado Democrático de Direito, legitima-se por assegurar aos enredados expectativa de coadjuvar no perfilamento do convencimento judicial acerca dos elementos fático-jurídicos conflitantes. Alça-se as partes de vassallos a partícipes da estruturação do provimento jurisdicional⁹¹⁵ - dentre outros desdobramentos que tal compreensão irradia⁹¹⁶ - tornando-as arautos de si mesmas⁹¹⁷ e obstando que o contraditório chafurde em promessas falaciosas.⁹¹⁸

complexidade organizatória [...] nas margens da administração forma-se uma espécie de periferia interna, que abrange instituições variadas, dotadas de tipos diferentes de direitos de auto-administração ou de fruição estatais delegadas, de controle de soberania (universidades, sistemas de seguros, representações de corporações, câmaras, associações beneficentes, fundações, etc.)” (HABERMAS, Jungen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 330).

⁹¹⁴ Para bibliografia sobre democracia deliberativa, ver: COHEN, Joshua. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip. *The good polity: normative analysis of the State*. Oxford/New York: Basil Blackwell, 1989. p. 17-34; FISHKIN, J. *Democracy and deliberation*. New Haven: Yale. 1991; BOHMAN, J. *Public deliberation, compexity, and democracy*. London: MIT Press, 1996; DRYZEK, J. *Deliberative democracy and beyond*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2000; FISHKIN, J.; LASLETT, P. *Debating deliberative democracy*. Stuttgart: GB Verlag, 2002; PALAZZO, G. *Die Mitte der demokratie: Über die Theorie deliberativer demokratie von Jürgen Habermas*. Nomos Verlag, 2002.

⁹¹⁵ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543.

⁹¹⁶ Para uma análise de todos os espectros: CALAMANDREI, Piero. El respeto de la personalidad en el proceso. In: *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960, p. 182.

⁹¹⁷ Com tal compreensão emancipatória: PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 193; RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 160.

⁹¹⁸ Porque, consoante Cappelletti, “um processo em que a parte fique na impossibilidade de participar efetivamente é um atentado contra aquilo que de mais essencial existe no processo jurisdicional” (CAPPELLETI, Mauro.

O supratranscrito inciso II do art. 311 (bem como seu parágrafo único), estando absolutamente desvencilhado de urgência, representa vulneração ao núcleo essencial do contraditório participativo (art. 5º, inc. LV da CRFB e arts. 6º, 7º, 9º e 10 do CPC).

Com fundamento análogo, questiona-se a constitucionalidade de tal preceito normativo por intermédio da ADI nº 5492, eis que “na origem mais remota da garantia do contraditório figura a igual oportunidade de manifestação das partes perante o julgador, fruto da paridade de tratamento imposta pela isonomia (*audiatur et altera pars*), para que ambos possam influenciar no mesmo grau a construção do raciocínio judicial que prevalecerá. Desse imperativo de idênticas oportunidades de participação decorre o dever instrumental de comunicação necessariamente *prévia* das partes quanto aos atos a serem praticados do processo, para que desfrutem da mesma probabilidade de fazer valer as suas razões na defesa de suas posições subjetivas. Esse é o significado da chamada *oitiva* ou *audiência bilateral* como componente mínimo do contraditório participativo [...] O elevado valor civilizatório deste componente do contraditório somente permite mitigação, na constelação das garantias fundamentais do processo, em casos excepcionais, marcados pelo risco de frustração da própria tutela jurisdicional. Quando o transcurso do tempo do processo ou mesmo o comportamento a ser adotado pelo réu forem aptos a inviabilizar a proteção judicial buscada pelo autor ou lhe causar grave dano, a participação do demandado no contraditório pode e deve ser postergada para o momento seguinte à concessão da medida de apaziguamento do perigo. E o deferimento *inaudita altera parte* se justifica, neste caso, como o único caminho a resguardar a efetiva proteção do jurisdicionado inclusive diante de ameaças de lesões a direito (CF, art. 5º, XXXV) [...] nada disso ocorre, porém, na chamada tutela de evidência, regrada pelo legislador processual justamente para casos em que se dispensa o perigo. É fundamental tornar claro, no ponto, que não há qualquer descompasso com a Constituição no regramento sistemático da tutela de evidência agora previsto no Novo Código [...] o que há de verdadeiramente incompatível com um processo civil democrático, ao contrário, é aferir qual das partes tem mais razão *apenas ouvindo o autor*, de modo

liminar, como autorizado pelo art. 311, parágrafo único, na referência ao inc. II do mesmo dispositivo, e pelo art. 9º, parágrafo único, II, do CPC/15, sem que antes o réu tenha o direito de também influenciar a convicção do juiz. Esta é a faceta da tutela de evidência que não se compadece com a garantia do contraditório, porque rompe com a fundamentalidade da *audiência bilateral* para impor *ab initio* um gravame à esfera jurídica do réu”.⁹¹⁹

No afã de promover a desmedida *celeridade processual* – que vez ou outra, discrepa substancialmente da *duração razoável* do processo (art. 5º, inc. LXXVIII; art. 4º e art. 139, II do CPC) – o legislador tolhe, sem apologia plausível, o mais excelso espectro de garantias constitucionais. Nenhuma justificação veraz existe à tutela liminar de evidência, a não ser a perversa ideologia d’um *processo civil do autor*,⁹²⁰⁻⁹²¹ ontologicamente dissociado da paridade de armas entre autor e réu, “porque fundado na presunção de que, diante da invocação

⁹¹⁹ Trecho da petição inicial da ADI nº 5492, ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹²⁰ Neste sentido: GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 129-130: “com efeito, se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela de evidência seria irremediavelmente inconstitucional, pois somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável”, para depois afirmar que “se impõe uma interpretação do *caput* e do parágrafo único do art. 310 [refere-se ao atual 311] em conformidade com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição, no sentido de que, nas hipóteses dos incisos II e III, a liminar autorizada depende concorrentemente da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão de grave ou difícil reparação”.

⁹²¹ TARUFFO, Michele. Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria. In: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 280: “si la garantía de la defensa se tornase dworkinianamente ‘en serio’, se podría fundadamente dudar de la aceptabilidad de un procedimiento em que el deudor fuese condenado incluso antes de saber se ha iniciado un procedimiento en su contra”.

de precedente vinculante (CPC/15, art. 311, II), o réu não seria capaz de trazer em sua defesa qualquer elemento relevante para a tomada de decisão. Isso, porém, constitui erro crasso. É que o réu pode e deve ser ouvido previamente para ter a chance de influenciar a cognição sumária do juiz sobre: (i) a própria *identificação do significado do precedente*, tarefa longe de singela, sobretudo se considerada a postura ainda comum do Judiciário brasileiro de privilegiar a redação de votos, não de acórdãos, o que obscurece a tese efetivamente acolhida pela maioria vencedora do julgamento do precedente; (ii) a efetiva *aplicabilidade do precedente ao caso* em exame, porque, uma vez identificada a *ratio decidendi*, somente seu cotejo com os fatos jurígenos da causa é que permitirá concluir pela subsunção ou, ao contrário, pela necessidade de *distinguishing*, o que levou o legislador a reforçar o dever de fundamentação judicial especificadamente para tal fim (CPC/15, art. 489, §1º, V, aplicável à tutela provisória por força do art. 298); e (iii) a *atualidade do precedente invocado*, que nada impede já tenha sido inclusive superado pelo Tribunal do qual emanou (v.g art. 986 do CPC/15), ou mesmo submetido, quando prolatado, a eventual modulação temporal para a produção de efeitos (art. 927, §§3º e 4º do CPC/15)”.⁹²²

Endossa-se a cantinela com os escarmentos de Fonseca Costa, para quem “a intenção do legislador é clara: a tutela de evidência fundada nos incisos II e III do art. 311 é uma *obligatoriedade*. Nada mais inconstitucional, porém. Em verdade nenhuma tutela de evidência se há de conceder *inaudita altera parte*. Tutela de evidência sem a oitiva da parte contrária – qualquer que seja seu fundamento – é incabível. Aqui, o estabelecimento prévio do contraditório é indeclinável. Afinal, o direito afirmado pelo autor não se encontra sob ameaça de perecimento irreversível capaz de justificar a outorga imediata de uma tutela provisória satisfativa”.⁹²³

Corroborando o aqui defendido, a título argumentativo e por simetria analógica, o CPC, ao disciplinar os poderes do relator nos

⁹²² Trecho da petição inicial da ADI nº 5492, ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹²³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 311. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 453.

Tribunais, restringe de modo acertado o provimento monocrático recursal para “depois de facultada a apresentação de contrarrazões” (art. 932, inc. V), mesmo nas hipóteses de precedentes similares aos que arrostam o art. 311, inc. II.

Ora, até mesmo no mandado de segurança sua liminar impõe o requisito da urgência, *ex vi* do art. 7º, inc. III da Lei 12.016/2009.⁹²⁴ E, nos demais casos de *evidência*, como, por exemplo, nos títulos executivos judiciais (art. 515 do CPC)⁹²⁵ ou extrajudiciais (art. 784 do CPC),⁹²⁶ “os mesmos resultaram de decisão judicial ou de

⁹²⁴ “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida [...]”

⁹²⁵ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; VII - a sentença arbitral; VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça; X - (VETADO).

⁹²⁶ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da

fonte extrajudicial formal que gerou a presunção de certeza de existência de crédito”.⁹²⁷ De igual modo, nas liminares possessórias (art. 562 do CPC)⁹²⁸ e nos alimentos provisórios (art. 693, parágrafo único e Lei nº 5.478/68) “a urgência é evidente, seja pela lesão ou ameaça à posse do bem pelo requerente, seja pela necessidade de sobrevivência do alimentando”.⁹²⁹ E, na ação monitória, em que também existe a previsão da tutela liminar de evidência (art. 9º, parágrafo único, III), a mera oposição de embargos suspende automaticamente a efetivação da medida até o julgamento em primeiro grau (art. 702, §4º do CPC),⁹³⁰ não havendo pecha de inconstitucionalidade em suas respectivas concessões liminares.

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

⁹²⁷ GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. XIV, p. 296-330. Rio de Janeiro, 2015.

⁹²⁸ Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

⁹²⁹ GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. XIV, p. 296-330. Rio de Janeiro, 2015.

⁹³⁰ Art. 702 [...] §4º A oposição de embargos suspende a eficácia da decisão referida no *caput* do art. 701 até o julgamento em primeiro grau.

5 O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO EPICENTRO DO FORMALISMO PROCESSUAL: ANÁLISE DO PROCEDIMENTO COMUM NA PERSPECTIVA ENTRE AUTOR, RÉU E ESTADO-JUIZ

5.1 (RE)AÇÃO, EVENTUALIDADE E REVELIA

5.1.1 Natureza jurídica da resposta

Toda taxionomia é transitória, artificial e doutrinária. Tirante a isso, o matiz autocrático de enlaces subordinantes da parte autora frente ao réu não mais condiz com o processo civil no Estado Democrático de Direito de corte participativo. Até porque, “modernamente, a teoria da defesa, no processo civil, não mais se edifica no estrito âmbito da lei instrumental, porque o contraditório, na concepção simplista de ‘forma antiética à pretensão’, não supõe ‘bilateralidade’ simétrica das partes, refletindo apenas o vetusto balizamento da existência hierárquica de dois polos desbalanceados e antagonicos”.⁹³¹

Se se anela a resposta/reação como factual exercício do direito de defesa (art. 5º, inc. LV da CRFB), em paridade de passado aos “direitos e faculdades processuais” do autor (art. 7º do CPC),⁹³² imprescindível aquela possuir natureza jurídica de ação,⁹³³ consecutório de uma correspondência dinâmica de posições jurídicas entre as partes,⁹³⁴ isto é, de *despolarização* processual.⁹³⁵ Mister o rompimento

⁹³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 177.

⁹³² Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁹³³ A trilogia processual (ação, jurisdição e processo) ficou por décadas imune ao direito de defesa. Há pouco iniciou-se o estudo pormenorizado da resposta.

⁹³⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. In: *Giusto processo. Atti del Convegno*. Roma, Marco 2002. Roma: Academia Nazionale del Lincei, 2003, p. 220.

do ideário estático, bipolar e maniqueísta de atuação processual (*Zweiparteienprinzip*),⁹³⁶ ensejando verdadeiro *equal footing*.⁹³⁷ Afinal, a ação é plexo composto de situações jurídicas⁹³⁸ que se imiscui no próprio fenômeno processual – ontologicamente dinâmico.⁹³⁹

A percepção hodierna das garantias fundamentais ao acesso “à ordem jurídica” (art. 5º, inc. XXXV da CRFB), do contraditório participativo (arts. 6º, 9º e 10 do CPC), da ampla defesa (art. 5º, inc. LV da CRFB) e da própria isonomia (art. 5º, inc. I da CRFB e art. 7º do CPC) conduz à inescondível apropinuação entre ação e defesa: ambas encetam proceduralmente os métodos para galgar a tutela jurisdicional,⁹⁴⁰ de forma que compete ao juízo⁹⁴¹ “assegurar às

⁹³⁵ A propósito: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, volume 404, ano 105, julho/agosto de 2009. Explica o autor que “o poder de ação é o mesmo poder de praticar um ato jurídico processual, apenas considerados a partir de momentos distintos e atos diversos. Portanto, existem “ações” de vários sujeitos, intrincadas e descontinuamente exercidas, umas reagindo às posições dos demais, sem contar aquelas “ações” que são exercidas em formato reduzido, como ocorre com os intervenientes posteriores, muitos dos quais detentores de menos poderes que as partes. Nesse contexto, falar em legitimidade ativa e passiva é retomar institutos pandectísticos ou ainda recordar a superada visão da ação como direito potestativo do autor contra o réu”.

⁹³⁶ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 53.

⁹³⁷ É a expressão empregada nas *Civil Procedure Rules* inglesas. Sobre o tema: ANDREWS, Neil. The new english civil procedure rules. In: RHEE, C. H. Van. *European traditions in civil procedure*. Antwerp: Intersentia, 2005, p. 162.

⁹³⁸ FRANCHI, Giuseppe. Processo civile italiano e diritti dell'uomo. *Studi parmensi. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, v. 18, p. 55.

⁹³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 330.

⁹⁴⁰ É o posicionamento de Moacyr Amaral dos Santos, quando lecionava que tanto ação quanto defesa “se identificavam como direito à prestação jurisdicional do Estado. Diretos da mesma natureza” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20ª Ed., São Paulo:

partes igualdade de tratamento” (art. 139, inc. I do CPC). Nesse diapasão, “as condições de paridade realizam-se na medida em que haja simetria entre os poderes das partes: ao poder de uma deve corresponder o equivalente à outra”,⁹⁴² em *equivalência de oportunidades*.⁹⁴³

Por tal razão que “o contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação. É possível dizer que o contraditório exterioriza a defesa, ou que a defesa é o fundamento do contraditório. Porém, tais conceitos, ainda que corretos, são incompletos, uma vez que *o direito de ação também necessita do contraditório*”.⁹⁴⁴ No direito italiano, Comoglio chegou à mesma ilação, averbando que “se o denominador comum entre as atividades constitucionalmente relevantes da ação e da defesa consiste na possibilidade de influir sobre o resultado do processo, o âmbito garantístico do art. 24, 1º *comma*, da Constituição, necessariamente abarca qualquer expressão do poder de agir”.⁹⁴⁵

Saraiva, v. 2, p. 187). Na doutrina italiana: RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3ª Ed., Torino: Giappichelli, 2001, p. 151.

⁹⁴¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O papel do juiz na preservação do Estado Democrático de Direito. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 406; DALL’AGNOL JR. Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 116.

⁹⁴² ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 73. Em igual sentido: LUISO, Francesco Paolo. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2ª Ed., Torino: Giappichelli, 2006, p. 29; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 102.

⁹⁴³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e técnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 250. Esse também é o sentido do art. 4º do CPC português: “o tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”.

⁹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 313.

⁹⁴⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970, p. 301.

Ação e reação são interligadas através do contraditório (convergência contetudística): “o direito de defesa do réu, analisado na sua essência e na sua função, é contrapartida do direito de ação do autor; tem a mesma índole e a mesma natureza que este. Ao poder exigir do autor – poder de provocar a actividade jurisdicional em ordem à emissão duma sentença que decida determinado conflito de interesses – corresponde idêntico por parte do réu, visto este ser o outro sujeito a que se refere o conflito”.⁹⁴⁶

Não se pode adotar, portanto, tão-somente o míope e incompleto prisma do autor para a fixação do mérito⁹⁴⁷ (entendido como pretensão)⁹⁴⁸ ou objeto litigioso⁹⁴⁹ do processo (*Streitgegenstand*)⁹⁵⁰ –

⁹⁴⁶ ALBERTO DOS REIS, José. *Código de processo civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, v. 3, p. 27. Em igual sentido: “ao réu é dada a mesma chance de influir na decisão do juiz, para que ela lhe seja favorável. Sob essa perspectiva, a contestação também haveria de ser considerada como exercício do direito de ação, pois também por intermédio dela o réu reclama do Estado a tutela jurisdicional, em princípio por meio de uma sentença que reconheça ter ele, réu, razão” (SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 48).

⁹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *RePro* 34. São Paulo: Ed. RT, 1984, p. 33 e ss. Para Pontes de Miranda, o mérito é formado pela pretensão do autor, mas, segundo ele, trata-se da pretensão material e não processual (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. I, p. 59). Araken de Assis, em sentido bastante similar e partindo de grande parte das premissas de PONTES DE MIRANDA, entende que o mérito do processo é formado pela ação de direito material (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 121).

⁹⁴⁸ Dinamarco rejeita a concepção de lide, tanto a "carneluttiana" como a "liebmaniana", e define, em clássico trabalho, o mérito do processo como a pretensão do autor. Não há como se negar a pretensão; nega-se, somente, a satisfação dessa pretensão. Toda pretensão pode, por isso, ser fundada ou infundada, ou, em outras palavras, legítima ou ilegítima. O mérito do processo é a pretensão formulada pelo autor, veiculada na demanda e formalizada no pedido. Consultar: DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1984.

que, para parcela majoritária da doutrina, seria o pedido,⁹⁵¹ embora se entenda melhor defini-lo como a conjugação entre pedido e causa de

⁹⁴⁹ Diversamente do conceito de ação, o de “objeto” do processo não foi muito desenvolvido no Brasil. Por influência da doutrina italiana, preferiu-se focar o estudo do direito processual civil na ação e nos elementos da demanda. Em sentido diametralmente oposto, a doutrina tedesca erigiu o mérito (*Streitgegenstand* ou objeto litigioso) como núcleo da processualística. No Brasil, o que prevalece é que mérito é sinônimo de lide. A Exposição de Motivos do CPC/73 assim dispunha: “o projeto só usa a palavra 'lide' para designar o mérito da causa. (...) O julgamento desse conflito de pretensões mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”. Adotava-se o conceito de lide formulado por Carnelutti, isto é, “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, vol. 2, p. 29).

⁹⁵⁰ O conceito de *Streitgegenstand* em nada se confunde com o objeto litigioso do processo tratado por nossa doutrina. Não se pode dizer que o objeto litigioso do processo civil alemão é o mesmo que a lide brasileira, pois partem de premissas e chegam a conclusões absolutamente diversas. Consultar: SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Europa-America, 1968. Como está disposto no § 322, I, da ZPO alemã (*Zivilprozessordnung*), a sentença só fará coisa julgada quando resolver a pretensão apresentada pela demanda ou pela reconvenção. Entretanto, conceituar *Streitgegenstand* como pretensão não foi suficiente para dirimir as dúvidas quanto ao mérito do processo na Alemanha. Variadas as teorias que tentaram definir e explicar a pretensão. “A doutrina alemã (...) há quase setenta anos procura definir o objeto do processo enquanto conteúdo, associando-o ao difícil conceito de pretensão, relegando a ideia de finalidade em um plano secundário” (KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 159).

⁹⁵¹ Nesses termos: ALVIM, José Manoel de Arruda. Dogmática jurídica e o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1976, n. 01, p. 111; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.

pedir⁹⁵² -. Com o advento do CPC/15, “o juiz decidirá o mérito nos limites *propostos pelas partes*” (arts. 2º e 141 do CPC). Significa dizer que *ambas as partes* contribuem, discursivamente, através da *ação* e da *reação*, em simétrica paridade de armas por intermédio do contraditório participativo, para a formação da *res in iudicium deducta*.⁹⁵³ Por esse modo se compreende o porquê da desistência da ação manifestada empós a resposta somente culminar com a extinção do processo (art. 485, inc. VIII do CPC) se o réu aquiescer (art. 485, § 4º do CPC). Ora, “se o demandado já ofereceu contestação, extrai-se daí que também ele está a exercer de forma ativa, nesse processo, seu direito de participar em contraditório e, caso também ele pretenda não mais exercer tal direito (concordando com a desistência), outra solução não haverá a não ser a extinção”.⁹⁵⁴

O próprio Liebman já afirmava que ação e contestação seriam *atos contrapostos*, porém, de *mesma natureza jurídica*. Forma-se a dialeticidade. Nas palavras do mestre peninsular, “pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito”.⁹⁵⁵ Dentre outros clássicos, “Chiovenda reconhece que a sentença de rejeição da ação representa atuação da vontade concreta da lei em favor do Réu. Couture insere a exceção como direito cívico do réu à sua liberdade contra a ameaça representada pela ação”.⁹⁵⁶ Portanto, não

⁹⁵² “O objeto litigioso do processo, portanto, identifica-se com a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in status assertionis*, que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito material”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 131).

⁹⁵³ Mesmo que não expressamente, parece que Liebman adotava essa posição. Afinal, para ele, lide era o conflito de interesses “depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito. Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 89).

⁹⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 36.

⁹⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito. Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 90.

parece crível que o réu não busca nada, exceto a manutenção do *status quo*.⁹⁵⁷

Angaria envergadura a idealização da resposta como ação no CPC/15 através da própria edificação dogmática. Inexiste reconvenção apartada à contestação (art. 315 do CPC/73), bem como ação declaratória incidental de forma avulsa (arts. 5º, 325 e 470 do CPC/73). Embora o novel código reprise os sacramentais vocábulos do anterior, quando normatiza a contestação (art. 335 e ss do CPC) - no Código Buzaid, o art. 300 propugnava que “compete ao réu, alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que *impugna* o pedido do autor”, disposição análoga ao art. 336 do CPC/15 - a dogmática, de per si, não é suficiente para impingir descrédito à estruturação teórica que ora se faz. O Código simplesmente enuncia a função precípua da resposta; o discurso *oficial*. Não se pode olvidar que o art. 336 deverá ser “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (art. 1º do CPC), especialmente seu art. 5º, LIV.

Sufragando o mesmo entendimento, Freitas Câmara perlustra que “o direito de ação se exerce *no processo*, atuando neste em contraditório, de modo a buscar influir na formação do resultado da

⁹⁵⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 20.

⁹⁵⁷ Nesse mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel: "dito de outro modo, parece pacífico o entendimento de que em verdade o réu não 'pede', ou seja, não formula pedido ao contestar a demanda ajuizada pelo autor, mas apenas 'impede' ou oferece resistência. De um lado, enquanto o resultado do provimento jurisdicional que reconhece o pleito formulado pelo autor implica em (sic) decisão meritória de conteúdo declaratório, constitutivo, condenatório, executório, cautelar ou mandamental, em verdade o resultado da atuação do demandado será apenas o provimento declaratório negativo, no sentido do reconhecimento da inexistência do direito alegado pelo autor na inicial em status assertionis" (LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 364).

atividade processual. Pode-se mesmo dizer que o direito de ação é o direito de participar, em contraditório, do processo. Esta forma de compreender a ação, percebe-se, a afasta da visão – *data venia*, equivocada – de que a ação seria uma espécie de ‘direito de dar início ao processo’, o que se esgotaria com o ajuizamento da petição inicial. Em verdade o direito de ação é exercido por ambas as partes e ao longo de todo o processo”.⁹⁵⁸ Desse modo, a ação não é apenas um direito do demandante. O demandado exerce-a pela participação processual.

Em sentido análogo, aventando a ideia de contradireitos⁹⁵⁹ ou exceção reconvenicional,⁹⁶⁰ isto é, “uma situação ativa – situação de vantagem – exercida como reação ao exercício de um direito”,⁹⁶¹ Didier Jr. aceita a ideia de possuir natureza jurídica de ação a resposta. O réu, ao exercer um contradireito, como, por exemplo, a objeção de prescrição (art. 189 do CC e arts. 332, § 1º e 487, parágrafo único do CPC), exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC), ou compensações

⁹⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 36.

⁹⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 186; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 44.

⁹⁶⁰ MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile: della competenza; principii generali della procedura*. 2ª Ed., Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, [s.d.], v. II, p. 105. Explica Amaral Santos que “em suma, segundo Mortara, as exceções reconvencionais seriam aquelas defesas do réu que, consistentes num direito seu, alargariam o tema decidendo originário, forçando o juiz a apreciá-lo e decidi-lo conjuntamente com a pretensão do autor. Mas as contra-pretensões do réu, compreendidas nas exceções, não tenderiam senão a paralizar [sic], no todo ou em parte, a ação do autor. E nisso se distinguiriam da ação reconvenicional, que tem também por objeto um direito do réu, do qual se serve, não para paralizar [sic] o direito do autor, mas, aproveitando da oportunidade que a ação lhe enseja, pedir alguma coisa em seu favor” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 128).

⁹⁶¹ DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Improcedência*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 63.

(arts. 1.228, § 4º e 1.255, parágrafo único do CC) “afirma a *causa* deste contradireito e *pede* a consequência jurídica dele decorrente. A defesa, neste caso, não consiste em mera alegação de fato modificativo ou extintivo do direito afirmado pelo autor, tampouco é defesa direita: trata-se de uma defesa pela qual o réu exerce um *direito*, uma *situação jurídica ativa*”.⁹⁶² Equacionando o suposto desequilíbrio entre ação-pretensão e reação-exceção, o art. 190 do Código Civil exorta que “a exceção prescreve no mesmo prazo da pretensão”.⁹⁶³ Nas palavras do mestre baiano, “a participação do réu na formação do objeto litigioso não se restringe ao caso em que ele apresenta uma demanda contra o autor. Quando, em sua defesa, exerce um contradireito, como nos casos da compensação, exceção de contrato não cumprido e direito de retenção, o réu acrescenta ao processo a afirmação de um direito que comporá o objeto da decisão. O juiz decidirá sobre a existência desse contradireito como uma questão principal”,⁹⁶⁴ apta à coisa julgada.⁹⁶⁵

Destarte, “o réu, exercitando as suas exceções, obsta ou embarga a ação com fatos novos e considerações que dão direito a uma pretensão distinta da ação proposta, o que é suscetível de uma nova

⁹⁶² DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Improcedência*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64.

⁹⁶³ Acerca da prescritibilidade das exceções, consultar: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 25.

⁹⁶⁴ DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Improcedência*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 66.

⁹⁶⁵ A favor da tese: DENTI, Vitorio. L'eccezione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, ano XV, p. 36 e seguintes, 1961; MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e exceção no processo civil, o dilema da escolha entre a reconvenção e a exceção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 254. Em sentido contrário: ORIANI, Renato. *Eccezione. Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*. Turim: UTET, 1991, v. VII, p. 281; COLESANTI, Vittorio. Eccezione (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*. Padova: CEDAM, 1965, v. XIV, item 14.

demonstração e verificação; toma ele na demanda uma posição ativa”,⁹⁶⁶ isto é, “assume posição similar à do autor, ficando com diversos encargos a ela peculiares”,⁹⁶⁷ o que motivou o brocardo *reus in exceptione fit actor*.

Com espeque na técnica processual, o desiderato último do réu – auxiliando na construção dialógica⁹⁶⁸ do provimento jurisdicional – ao exercitar sua reação, “é obter uma decisão judicial de cunho declaratório, no sentido de que a demanda do autor é infundada. Há aí evidentemente um pedido de tutela jurisdicional”.⁹⁶⁹

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.324.152-SP, julgado na forma da sistemática de recursos repetitivos do antigo art. 543-C do CPC/73, firmou a seguinte tese: “a sentença, qualquer que seja sua natureza, de procedência ou improcedência do pedido, constitui título executivo judicial”.⁹⁷⁰

⁹⁶⁶ RAMALHO, Joaquim Inácio. *Praxe brasileira*. São Paulo: Typographia Ypiranga, 1869, p. 60.

⁹⁶⁷ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 2, p. 464.

⁹⁶⁸ Segundo Calamandrei, a dialeticidade é o caráter “mais precioso e típico do processo moderno”, de modo que a vontade do juiz não é soberana e absoluta, mas condicionada à vontade e ao comportamento das partes. Da mesma forma, a vontade das partes se plasma e molda, em cada ato processual, aos estímulos decorrentes do comportamento do juízo e da parte contrária. (CALAMANDREI, Piero. *La dialetticità del processo*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1956, v. I, p. 679).

⁹⁶⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 52.

⁹⁷⁰ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXEQUIBILIDADE DE SENTENÇAS NÃO CONDENATÓRIAS. ARTIGO 475-N, I, DO CPC. 1. Para fins do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: “A sentença, qualquer que seja sua natureza, de procedência ou improcedência do pedido, constitui título executivo judicial, desde que estabeleça obrigação de pagar quantia, de fazer, não fazer ou entregar coisa, admitida sua prévia liquidação e execução nos próprios autos”. 2. No caso, não obstante tenha sido reconhecida a relação obrigacional entre as partes, decorrente do contrato de arrendamento mercantil,

Se não houvesse tutela ao réu, além de flagrante aporia, manifestar-se-ia em incompreensível desproteção à posição da parte que não inaugurou o procedimento. E, o devido processo jurisdicional perfaz, mediante o contraditório participativo, a dedução lógica, para as partes (seja autora ou ré) da norma jurídica individual e concreta.⁹⁷¹

ainda é controvertida a existência ou não de saldo devedor - ante o depósito de várias somas no decorrer do processo pelo executado - e, em caso positivo, qual o seu montante atualizado. Sendo perfeitamente possível a liquidação da dívida previamente à fase executiva do julgado, tal qual se dá com as decisões condenatórias carecedoras de liquidez, deve prosseguir a execução, sendo certa a possibilidade de sua extinção se verificada a plena quitação do débito exequendo. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1324152 SP 2012/0099874-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 04/05/2016. Data de Publicação: DJe 15/06/2016)

⁹⁷¹ A possibilidade da se executar sentença de improcedência, cujo conteúdo é eminentemente declaratório, já era assinalada pela doutrina: ZAVASCKI, Teori Albino. Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, vol. 208, p. 13/20. Nota-se que a substituição da expressão "declarar a existência" por "reconhecer a exigibilidade", na comparação do art. 475-N, I, do CPC/73, com o art. 515, I, do CPC/15, não opera efeitos no plano prático, pelo menos para a questão ora em análise, conquanto no plano teórico nos pareça que a exigibilidade tenha passado de elemento extrínseco do título executivo (SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título Executivo*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 143), para elemento intrínseco. Nesse sentido, colaciona-se: "não exige a norma jurídica que se esteja diante de sentença declaratória de procedência, necessariamente. Pode ocorrer, assim, que seja movida ação declaratória de inexistência de dívida e que o pedido seja julgado improcedente e, caso a sentença de improcedência proferida em tal ação reconheça, expressamente, a existência da obrigação, pensamos que, também neste caso, terá se formado o título executivo" (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2006). Em igual sentido: "outro aspecto da nova disposição [do art. 475-N do Código de Processo Civil] é a possibilidade da sentença de improcedência transformar-se, desde logo, em título executivo judicial, desde que haja o reconhecimento, em sentido oposto à pretensão, da respectiva obrigação. Tal hipótese ocorrerá, certamente, nas constantes e repetidas ações declaratórias de inexistência de dívida fiscal, antes da execução, podendo, desde logo, apresentar o reconhecimento como líquido ou depender de liquidação" (SANTOS, Ernani Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de*

Destrata, “nada pode impedir que esse pedido de tutela jurisdicional feito pelo réu, em sede de defesa oferecida em processo já instaurado, seja exatamente idêntico àquele que poderia ser formulado por meio de demanda autônoma por ele proposta e que enseja a instauração de processo próprio”,⁹⁷² como, por exemplo, uma ação declaratória negativa.

Fazzalari não tergiversa, comungando que a ação “é uma sequência de posições, ainda que descontínua (as posições de uma parte intercalando-se à da parte contrária), que socorre a qualquer dos litigantes”.⁹⁷³ Desse modo, “seria incongruente continuar a identificar apenas como ‘ação’ a série de posições de titularidade do autor, já que os outros ‘agem’ no processo, ‘dizem e contradizem’”.⁹⁷⁴ Dentre os brasileiros, Galeno Lacerda já exortava que “do ponto de vista processual, a distinção entre autor e réu, no processo civil de cognição, reduz-se fundamentalmente a mera questão de iniciativa. Dos sujeitos em lide, ambos titulares da ação, será, no caso concreto, autor aquele que ajuizar em primeiro lugar a demanda que lhe compete”.⁹⁷⁵

A reação, como a ação, é composta por um binômio de pontos dedicados ao processo e ao mérito propriamente dito, de tal modo que “mesmo para aqueles que não aceitam a ideia de lide como objeto do processo, esse raciocínio é plenamente acatado, dividindo-se as questões *formais* ou *de rito*, das questões *substanciais* atinentes à *res in iudicium deducta*”.⁹⁷⁶

Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31).

⁹⁷² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 52.

⁹⁷³ FAZZALARI, Elio. *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*. *Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 1991, v. 2, p. 31.

⁹⁷⁴ FAZZALARI, Elio. *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*. *Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 1991, v. 2, p. 39.

⁹⁷⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 8, p. 31.

⁹⁷⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado.

5.1.2 Releitura da eventualidade

A gênese da eventualidade se encontra na *Praklusivstadien* do processo comum germânico do século XV,⁹⁷⁷ precisamente na Ordenança *Kursachsische Gerichtsordnung*, que constituiu o Tribunal Cameral (*Reichskammergericht*).⁹⁷⁸ Embora de origem tedesca, com o advento da ZPO em 1879, sua exposição de motivos e o § 230 não a adotaram expressamente. Exigia-se tão-somente na petição inicial e na contestação a precisa indicação “do objeto e do fundamento da pretensão deduzida, além de um pedido determinado”. Ademais, os §§ 132 e 278 permitiam a apresentação de novos fatos e alegações jurídicas no transcurso procedimental.⁹⁷⁹

Pelo prisma do contraditório participativo a releitura da eventualidade (*Eventualmaxime*)⁹⁸⁰ ou concentração⁹⁸¹ - a qual não se

Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 70.

⁹⁷⁷ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004: “essa estrutura do processo comum germânico, baseado em fases preclusivas distintas, determinou o surgimento do denominado *princípio da concentração do ataque e da defesa*, também chamado de *princípio da eventualidade* (*Eventualmaxime*), segundo o qual as partes deveriam fazer valer os seus pedidos, exceções, alegações e provas em uma só oportunidade, in eventum, para o caso de um deles não ser acolhido, sob pena de preclusão”. Em igual sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. I, p. 222.

⁹⁷⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 6ª Ed., São Paulo: RT 1997, v. I, p. 45.

⁹⁷⁹ Segundo Lent, “il principio dell’eventualità é dunque giustamente estraneo alla ZPO, che invece sancisce il principio della liberta delle alegazioni (§ 278) e della unità della trattazione (*Einheitlichkeit der Verhandlung*)” (LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Napoli: Morano, 1962, p. 112). Também afasta sua aplicação no direito alemão Adolfo Schonke (*Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 41).

⁹⁸⁰ A eventualidade é definida como a regra pela qual as partes possuem o ônus de apresentar de forma concentrada e simultânea todas as alegações e meios de prova, ainda que incompatíveis ou contraditórias. Nesse sentido: CÂMARA,

confunde com preclusão⁹⁸² - em sua concepção restritiva⁹⁸³ (adotada pelo nosso ordenamento processual civil),⁹⁸⁴ será engendrada. Assim,

Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. Ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

⁹⁸¹ Denominação utilizada no direito processual civil português: AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 155.

⁹⁸² Há autores que entendem tratar a eventualidade e a preclusão da mesma coisa. Identificam a eventualidade com a rigorosa divisão de fases do procedimento e a conseqüente preclusão das matérias correspondentes à fase antecedente. Por exemplo: LUISO, Francesco Paolo. Principio di eventualità e principio della trattazione orale. In: *Studi in onore di Elio Fazzalari: diritto processuale generale*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2, p. 202. Todavia, a preclusão é a perda da possibilidade de praticar ato processual em decorrência do decurso do prazo, da falta do exercício no momento oportuno ou da prática de algum ato incompatível com outro praticado. Deve-se tal definição aos estudos de Chiovenda, sendo a preclusão classificada nas três modalidades fundamentais: temporal, lógica e consumativa. Há outros autores, como Dinamarco, que identificam a preclusão hierárquica, verificada, por exemplo, no instituto da Reclamação. Para uma análise detida acerca do tema: CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. III, p. 231-283; TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: Cedam, 1983; MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996. No Brasil, monograficamente: BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 1994.

⁹⁸³ Por esta concepção, apenas ao réu é imposta a eventualidade. Deve o mesmo alegar, na contestação, todas as matérias de defesa que possuir. Por tal razão é que se estuda a regra na parte atinente à resposta do réu, em praticamente toda a totalidade dos manuais de direito processual civil. Sobre o tema, monograficamente: TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 25.

⁹⁸⁴ Há idêntica orientação no direito estrangeiro. Na Itália também se adotou a acepção restritiva, conforme se pode verificar: “il principio di eventualità, così rafforzato, finisce con l'imporre al convenuto l'onere di concentrare nel suo primo atto difensivo tutte le eventuali domande da lui proponibili (riconvenzionali o di accertamento incidentale), nonchè tutte le eccezioni processuali o di mérito non rilevabili d'ufficio” (COMOGLIO, Luigi Paolo;

tenciona-se com o contraditório participativo a avizinhação ao modelo de Stuttgart (tópico 2.3), alinhavado às audiências inaugurais do procedimento comum italiano (*prima udienza di trattazione della causa* – art. 183, 3º do CPC) e espanhol (*audiência previa al juicio* – art. 417, 1 da LEC).

Entendida a regra da eventualidade em seu sentido tradicional, “concebido para ordenar e acelerar a tramitação processual, pode acarretar o ‘inchaço’ do processo com alegações e provas inúteis e irrelevantes”.⁹⁸⁵ Afinal, na fase embrionária do procedimento muitas vezes se perfaz difícil a percepção e delimitação de todos os aspectos circundantes à situação fático-jurídica deduzida. Consabido na praxe forense que a inquirição de testemunhas e realização de prova pericial aportam elementos até então desconhecidos ou mesmo não delimitados.

Portanto, mesmo empós a estabilização da demanda⁹⁸⁶ (art. 329 do CPC), ao réu se franquearia a possibilidade de aditar seus

FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2ª Ed., Bologna: Il Mulino, 1998, p. 283). No direito português: “não serão atendidos os meios de defesa que o réu venha a alegar posteriormente. Por isso, algumas das suas alegações terão de ser formuladas a título eventual, para o caso de serem julgadas improcedentes as anteriores, visto que terá de aproveitar a única oportunidade que a lei lhe concede para se defender” (AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 155).

⁹⁸⁵ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 295.

⁹⁸⁶ Significa dizer que ajuizada a ação e citado o réu, o objeto litigioso, por força da lei, se estabiliza, não podendo o autor alterá-lo livremente. No entanto, havendo aquiescência do réu, é permitido ao ator, até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir (NCPC, art. 329, II). Antes da citação, os aditamentos e alterações do pedido são livres (art. 329, I). Essa rigidez é da tradição do processo brasileiro. Já se achava presente, com maior rigor, no CPC de 1939 que somente permitia ao autor, sem aquiescência do réu, formular em ação distinta pedido omitido na petição inicial (art. 157); e que apresentada a contestação, o pedido ou sua causa só poderia acontecer com o consentimento do réu (art. 181). Permaneceu no CPC de 1973 (art. 294) com a advertência de que “a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”. (art. 264, parágrafo único). Acerca da estabilização da demanda, os sistemas processuais no Direito Comparado costumam ser classificados em *rigidos e flexíveis*, conforme

argumentos defensivos – e ao autor, suas alegações e pedidos – caso haja a aquiescência de ambos e, conseqüentemente, respeito ao contraditório participativo, com amplo debate, preferencialmente de forma oral, entre todos os sujeitos envolvidos, como acontece nos três modelos apontados: alemão, italiano e espanhol.⁹⁸⁷

Estar-se-ia, em última análise, diante de uma convenção processual⁹⁸⁸ (art. 190 do CPC) que não malferiria a razoável duração

permitam ou não a modificação da demanda após limites temporais mais ou menos estreitos para a apresentação das alegações e pedidos das partes. Cada modelo possui vantagens e inconvenientes, não havendo uniformidade na disciplina da matéria. A tendência parece ser, no entanto, a busca de um equilíbrio razoável entre os dois sistemas, em que se busque maximizar as vantagens e mitigar os inconvenientes de cada um. Sobre o tema: LEONEL, Ricardo de Barros, *Causa de pedir e pedido. O direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 163; GUEDES, Cintia Regina, A estabilização da demanda no Direito Processual Civil. In FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 253; PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007, p. 112.

⁹⁸⁷ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 329: “os exemplos fornecidos pela Itália, Alemanha e Espanha, que romperam com a rigidez da regra da *Eventualmaxime*, introduzindo-lhe oportunas atenuações, não podem ser desprezados pelo direito brasileiro. Infelizmente, porém, o legislador pátrio parece que ainda não se deu conta da necessidade de uma releitura do princípio da eventualidade, pois os vários projetos de lei que objetivam reformar o processo civil silenciam neste particular. Contudo, ainda assim, já será um grande avanço se houver uma modificação na maneira de ser encarada a eventualidade, pois algumas restrições ao seu rigor dependem apenas da mudança de mentalidade dos que aplicam o direito. De qualquer maneira, os paradigmas das legislações estrangeiras apontam para a necessidade de flexibilização das regras preclusivas, sendo de fundamental importância a previsão de uma audiência preliminar, na qual seja possível a correta fixação e delimitação do *thema decidendum*, inclusive com a possibilidade de modificação dos elementos objetivos da demanda, sem que isso acarreta ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

⁹⁸⁸ Parcela da doutrina afirmar que a noção de convenção, negócio ou acordo processual advém de um modelo processual cooperativo. Nesse sentido: CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. In: *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 100.

do processo (art. 5º, inc. LXXVIII da CRFB; arts. 4º e 139, II do CPC) e cuja atipicidade do ato⁹⁸⁹ não obstará sua validade (arts. 188 e 277 do CPC), porquanto ao juízo incumbiria fiscalizar a convenção (art. 139, inc. VI do CPC).

A leitura dos arts. 329, inc. II e 342, incs. I e III do CPC deve ser feita da forma seguinte: mesmo após o saneamento do processo, ambas as partes poderão aditar suas razões fático-jurídicas, em serventia aos arts. 5º, inc. XXXV da CRFB e art. 3º do CPC. E, “não por acaso, o legislador do novo Código não repetiu a enfática afirmação do Código Buzaid (‘a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo’, art. 264, parágrafo único). Trata-se de um silêncio eloquente”.⁹⁹⁰

Ademais, o art. 493 do CPC permite a consideração de fatos supervenientes, incluindo-se os fatos já ocorridos ao tempo da propositura da demanda, embora de conhecimento posterior.⁹⁹¹

⁹⁸⁹ A doutrina de forma habitual se refere à tipicidade do ato processual com pensamento em sua conformidade ao modelo legal. É atípico, portanto, o ato tido como defeituoso. Demais, fala-se de atipicidade irrelevante se o resultado atingido identifica-se com aquele que seria obtido com a prática do ato conforme o modelo legalmente previsto. Logo, nem sempre a atipicidade do ato resulta em sua invalidade. Assume relevância a garantia do contraditório para que o ato seja considerado como válido. É dizer, “essa associação entre tipicidade e forma do ato processual deve harmonizar-se com a ideia de que o procedimento é instrumento do contraditório – que é exigência de participação dos destinatários do provimento estatal, de sorte a legitimar o ato imperativo. Por isso é que a regra da tipicidade do ato processual não deve ser vista sob o ângulo da instrumentalidade das formas – segundo o escopo de cada ato – mas igualmente sob o ângulo de garantia do exercício do contraditório” (YARSELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 169).

⁹⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2015, p. 122.

⁹⁹¹ DEGENSZAJ, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites da modificação da causa petendi*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 91; LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual, *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 28, jul/1983, p. 12 (sustentando que a norma do art. 462 do CPC/73 seria revolucionária, mexendo com tantos dogmas processuais que a doutrina, temerosa de avançar em mundo desconhecido, se encolhe

De igual modo, o código estimula a autocomposição das partes (art. 3º, §§ 2º e 3º e art. 139, V do CPC) e ordena a reunião de ações conexas, para julgamento conjunto, enquanto não sentenciadas (art. 55, § 1º do CPC). O objetivo da pretensa rigidez do art. 329, inc. II foi tão-somente de traçar o limiar à livre alterabilidade pelas partes – ausente a chancela judicial (art. 139, inc. VI do CPC).⁹⁹² Em termos tais,

vacilante); BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136.

⁹⁹² Fredie Didier Jr. é entusiasta da ideia e aponta vários motivos para a possibilidade de livre alteração das partes do pedido e da causa de pedir. São eles: Se o novo pedido for conexo com o pedido originário, não haverá justificativa prática para inadmitir a ampliação do objeto litigioso, pois o autor poderia formulá-lo em ação apartada, e a consequência inevitável seria a reunião dos dois processos para julgamento conjunto, mesmo que a fase de saneamento já tivesse ocorrido, mas a fase de instrução probatória ainda não, e tampouco tivesse sido sentenciado o processo primitivo (art. 55, § 1º, do NCPC). A aplicação inflexível da regra que só permite alteração ou aditamento do pedido, na espécie, só faria mais complicado e oneroso o caminho processual a percorrer, para afinal acabar ocorrendo a ampliação do objeto litigioso. Seria, portanto, muito mais prático e econômico, se a alteração consensual do pedido fosse permitida, com apoio no negócio processual ajustado entre autor e réu nos moldes do art. 190 do NCPC; b) O Código considera título executivo judicial a decisão que homologa autocomposição judicial, mesmo quando envolva sujeito estranho ao processo e verse sobre relação jurídica que não tenha ainda sido deduzida em juízo (NCPC, art. 515, § 2º). Vale dizer: a sentença, na verdade, admite, in casu, que seu alcance se dê sobre objeto litigioso maior do que o definido originalmente no pedido. E essa ampliação negocial é legítima e tem de ser acatada em juízo, em qualquer fase do procedimento. c) A negociação processual, com vistas a alterar o procedimento, a fim de adequá-lo às necessidades e conveniências do caso, é autorizada, em termos amplos pelo art. 190, não havendo motivo razoável para que a alteração do pedido, consentida por ambas as partes, seja recusada apenas pelo fato de já se achar saneado o processo. O problema pode ser equacionado pelo regime do art. 190, deixando de lado a limitação do art. 329, II, se as circunstâncias o aconselharem. As regras processuais são extremamente funcionais, justificando-se por finalidades a serem alcançadas. Se a finalidade do limite do saneamento do processo é evitar o tumulto e o retrocesso procedimentais, e se tais inconvenientes não se fazem presentes, nada impede que a alteração do pedido seja acatada com base no art. 190, mesmo que isto aconteça depois do saneamento. d) A estabilização da demanda sofre, também, impacto quando ocorre incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que importa ampliação subjetiva do

“a modificação dos elementos objetivos da demanda será possível e legitimada em decorrência do asseguramento do contraditório, conjugando os interesses privados das partes – quanto à apresentação dos meios de ataque e defesa – com o interesse público na definição do objeto da lide e na correta prestação jurisdicional”.⁹⁹³

O contraditório participativo legitimará a mitigação da imutabilidade da *causa petendi*⁹⁹⁴ da ação e da reação, esmaecendo a *Eventualmaxime*⁹⁹⁵ e a própria estabilidade da demanda, como pretendia inicialmente o CPC/15, no art. 314 do Projeto enviado ao Senado (PLS 166/10).⁹⁹⁶

processo e introdução de nova causa de pedir, e pode acontecer em todas as fases do processo de conhecimento e no cumprimento de sentença (NCPC, art. 134). Essa alteração do objeto litigioso, portanto, não se submete ao limite temporal do saneamento instituído pelo art. 329, II, do NCPC. e) Por fim, o art. 493, prevê a superveniência de algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influente no julgamento do mérito, como fato novo que o juiz ou tribunal deve levar em conta, no momento de sentenciar, de ofício ou a requerimento. E assim o fazendo, terá de admitir alteração da causa de pedir, em qualquer fase do processo, inclusive depois do saneamento. Consultar: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17.ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1., p. 577.

⁹⁹³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 303.

⁹⁹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 16

⁹⁹⁵ Nos dizeres de Gasbarrini: “nella mistura in cui si ritengano le preclusioni poste a tutela di interessei privati, l’accettazione del contraddittorio (esplicita o implícita è problema ulteriore e successivo) sanerà, sempre, almeno in primo grado, l’intempestività della modifica o della domanda nuova” (GASBARRINI, Elisabetta. Osservazioni in tema di modifica della domanda. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, dic. 1995, p. 1.131).

⁹⁹⁶ Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, alterar ou aditar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo para o réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e á respectiva causa de pedir.

Seria menos ardilosa a construção se o estatuto processual replicasse disposição análoga à regra da *mutatio libelli*⁹⁹⁷ do processo penal (art. 384 do CPP).⁹⁹⁸

⁹⁹⁷ Com a *mutatio libelli*, em virtude da mudança do fato, deve o juiz, em respeito ao contraditório e à amplitude de defesa, dar vistas ao defensor para que, no prazo de cinco dias, possa arrolar até três testemunhas, com novo interrogatório, ou seja, com nova instrução, já que houve a mudança da acusação. Para a doutrina clássica, não havendo mudança do fato descrito na acusação, o juiz pode fazer a adequação do tipo, ocorrendo a *emendatio libelli* (art. 393 do CPP), pois o réu se defende dos fatos e não do tipo, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave. Transcreve-se a lição de Vicente Greco Filho: “o artigo 384 é um resquício de procedimento de ofício e, ainda que indesejável num sistema acusatório puro, justifica-se para os crimes de ação penal pública, nos quais é compreensível algum inquisitivismo do juiz, inclusive em virtude da indisponibilidade da ação penal pública” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 290). No mesmo sentido: POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCrim, 2001, p. 13. Portanto, “deve o magistrado, de maneira singela, sem aprofundamento, sem avaliação prévia, mencionar quais são as circunstâncias que, em face da prova, podem alterar a definição jurídica do fato” (FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4a . ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 179). Também não é demais lembrar que “o papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par conditio. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova. (...) é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação do seu convencimento. Isso não significa que a busca da verdade real seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa

5.1.3 Procedimentalização (estrutura dogmática)

A ação, corporificada proceduralmente pela petição inicial (art. 319 do CPC) e a reação, pela contestação (art. 339 do CPC) possuem similitudes também na esfera dogmática. O libelo vestibular deve indicar “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (art. 319, inc. III do CPC), bem como “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados” (art. 319, inc. VI do CPC) e “a opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação” (art. 319, inc. VII do CPC). Simetricamente, deverá o réu alegar “toda a matéria de defesa”, indicando os fundamentos fáctico-jurídicos (art. 341, *caput* do CPC), especificar “as provas que pretende produzir” (art. 336, *caput* do CPC) e a opção pela realização da audiência conciliatória (art. 334, § 4º, inc. I e § 5º do CPC). Há estabilização da demanda para ambas as partes de forma análoga. Para o autor, nos moldes do art. 329 do CPC e, para o réu, com espeque no art. 342 do CPC.

No Código de 1939 a enunciação dos supramencionados articulados era mais evidente, embora o raciocínio para o CPC/15 seja o mesmo. O art. 180 daquele estatuto verberava que “a contestação será

instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 27, p. 73-74).

⁹⁹⁸ Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. § 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo. § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

formulada pelo réu em petição escrita, com os requisitos dos ns. III e V do artigo 158 e os do artigo 159”. O artigo 158 ns. III e V estabelecia que “a ação terá início por petição escrita, na qual delimitados os termos do seu objeto, serão indicados [...] o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar defesa; os meios de prova com que o autor pretenda demonstrar a verdade do alegado”. Legislações estrangeiras comumente expressam a similitude, a exemplo do art. 405 da LEC espanhola e o art. 356 do CPC argentino.

A contestação, inescandivelmente, como a petição inicial, poderá ser inepta (art. 330, § 1º do CPC), quando “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão” (art. 330, § 1º, inc. III do CPC), o que, em tese, culminaria com o efeito preponderante da revelia (art. 344 do CPC), isto é, a confissão ficta (art. 389 do CPC) – ou, até mesmo, menos gravemente, a incontrovérsia do pedido (art. 341, *caput* do CPC), autorizando o julgamento integral e imediato do mérito (art. 355, inc. II do CPC) ou de forma parcial (art. 356, inc. I do CPC). Entretanto, como é chancelado ao autor emendar a petição inicial (art. 321 do CPC), deve-se oportunizar o mesmo tratamento ao réu, à mingua de previsão normativa – embora seja possível pelo contraditório participativo ora defendido.

Quando o assunto é intervenção de terceiros, a assistência (art. 119 do CPC) poderá gravitar em torno de qualquer das “partes principais” (art. 121 do CPC). De igual modo, na proemial ou na contestação, poderá haver denúncia à lide (art. 125, *caput* do CPC), sendo “a citação do denunciado requerida na petição inicial, se o denunciante for autor, ou na contestação, se o denunciante for réu” (art. 126 do CPC), com as regras insculpidas para cada caso nos arts. 127 e 128 do CPC.

Não apenas o autor deve amear ao seu articulado inicial os documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 320 do CPC), mas também o réu, sem sede de resposta, haja vista que “incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações” (art. 434, *caput* do CPC), somente sendo lícito jungir ao encartado documentos após tais manifestações quando destinados “a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados” (art. 435 do CPC).

Conferindo igualdade de tratamento às posições antagônicas, há possibilidade de tanto autor quanto réu instaurar o

incidente de suspeição ou impedimento do juiz (art. 146, *caput* do CPC); requerer o desmembramento do litisconsórcio multitudinário (art. 113, §§ 1º e 2º do CPC); apresentar incidente de falsidade documental (art. 431 do CPC); requerer a exibição de documento ou coisa (art. 397 do CPC); postular o beneplácito da assistência judiciária (art. 99, *caput* do CPC e art. 4º da Lei 1.060/50); invocar conexão/continência (art. 55 do CPC); exortar a ausência de capacidade processual (art. 76 do CPC).

De toda a sorte, possuindo (ou não) a contestação natureza de ação, inarredável que o contraditório participativo se perfaz quando há alegação de ilegitimidade passiva (art. 336, inc. XI c/c art. 485, inc. VI do CPC), eis que é ônus do réu “indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento” (art. 339, *caput* do CPC), facultando-se ao autor a substituição da parte (art. 338, *caput* do CPC) ou a inclusão do indicado como litisconsorte passivo (art. 339, § 2º do CPC).

Embora o código seja expresso ao indicar que “incumbe ao réu” alegar as defesas processuais (art. 337 do CPC), não há, tecnicamente, ônus e preclusão para o mesmo. O réu, a todo momento, poderá apresentar objeções, porquanto mesmo sem provocação, o juiz deveria conhecê-las de ofício (arts. 139, IX; 337, § 5º e 485, § 3º do CPC). Portanto, outra faceta do contraditório participativo é a intimação das partes – e não somente do réu – quando há a cognoscibilidade oficiosa de objeções pelo magistrado. Assim, malgrado o rigor preclusivo de nosso sistema procedimental (arts. 209, §2º e 278 do CPC), o réu poderá encetar a alegação tardia (art. 342, inc. II do CPC), eis que as mesmas podem ser levadas em consideração *ex officio* pelo Estado-juiz, embora com o prévio contraditório entre as partes (arts. 9º, 10 e 493, parágrafo único do CPC).

5.1.4 Revelia

Assenhorando a resposta natureza jurídica de ação, sob a óptica do contraditório participativo (art. 5º, LIV e LV da CRFB e arts. 7º, 9º e 10 do CPC) e de um procedimento de matiz constitucional-cooperativa (arts. 1º e 6º do CPC),⁹⁹⁹ o imbróglio concernente à

⁹⁹⁹ Também enfrenta o tema: AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 93.

contumácia/inatividade – ou, tecnicamente, aos efeitos materiais desta – deve ser enfrentado.

Giza-se com afeição que os efeitos da revelia “ferem o contraditório como garantia fundamental prevista na Constituição Federal e sua efetiva aplicação”.¹⁰⁰⁰

Etimologicamente o vocábulo revelia advém de *rebelle*, ou seja, daquele que não cumpre a determinado comando, rebelde.¹⁰⁰¹ Contumácia, de seu turno, apreende a concepção de desprezo (*contemnit*),¹⁰⁰² pertinácia e obstinação. Hodiernamente é compreendida “face ao comportamento da parte no processo, de modo especial como detalhe de sua inatividade. Contumaz, universalmente, é aquele que não comparece em juízo”.¹⁰⁰³

Em apertada síntese, três são as correntes doutrinárias que versam acerca da discrepância léxica do fenômeno: a) aqueles que afirmam serem as duas expressões sinônimas;¹⁰⁰⁴ b) aqueles que afirmam

¹⁰⁰⁰ SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 180. Prossegue o autor, asseverando que “ainda hoje, o nosso ordenamento jurídico considera os efeitos da revelia sob a perspectiva privatista e disponível da relação jurídica processual, sem qualquer preocupação com a nova postura da natureza jurídica do processo, e sem atentar para o fato de que a relação jurídica processual é diversa da relação jurídica de direito material nela inserida, uma vez que o seu âmbito de aplicação encontra-se no direito público, ou seja, na perspectiva de que não há falar em direito disponível perante a natureza pública do processo”.

¹⁰⁰¹ SILVA, Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. IV, p. 141: “derivado do latim *rebellis* (rebelde), originariamente designa a pessoa que se rebela (rebelde ou rebelado), ou aquele que não obedece (desobediente). Juridicamente, em acepção geral e ampla, *revel* designa o réu, seja um Juízo cível ou criminal, que não atende ao chamado para acompanhar o processo que se intenta contra si”.

¹⁰⁰² Originariamente, era utilizado como sinônimo de quem desprezava a pessoa do magistrado. Nesse sentido: GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1977, p. 55.

¹⁰⁰³ TUCCI, Rogério Lauria. *Da contumácia no processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1964, p. 115.

¹⁰⁰⁴ MONTEIRO, João. *Curso de processo civil*. São Paulo: Cia. Industrial, 1999, p. 40.

ser a revelia o efeito da contumácia;¹⁰⁰⁵ c) aqueles que colocam a revelia como espécime de contumácia.¹⁰⁰⁶

De qualquer forma, pode-se conceituá-las da seguinte maneira: “contumácia consiste na inatividade do autor, do réu (salvo no tocante à não apresentação de contestação), ou de ambos, ou de terceiro interveniente na prática de algum ato processual, na forma e prazo determinados. Revelia consiste na não apresentação de contestação na forma e prazos legais”.¹⁰⁰⁷

Ao que pertine à análise da natureza jurídica, inúmeras foram as construções: teoria da doutrina penal da contumácia; teoria da renúncia; teoria da autoderminação; teoria da inatividade; teoria da situação de fato. Não se esmiuçara cada uma, por escapar dos limites deste trabalho.¹⁰⁰⁸

A revelia, tratada ortodoxamente, acarta a presunção de veracidade das alegações fáticas exortadas pelo autor (art. 344 do CPC), dispensando, *a priori* produção probatória (art. 374, inc. III do CPC) - com as exceções do art. 345 do CPC, quando incidente as serôdias máximas de experiência (arts. 8º e 375 do CPC) e quando o réu é citado de forma ficta (arts. 252 e 256 do CPC), ocasionando a nomeação de curador (art. 72, inc. II do CPC) - . Outrossim, dispensa a comunicação dos atos processuais ao contumaz (art. 346 do CPC) e permite o julgamento imediato do pedido (art. 355 do CPC), silente qualquer “remédio processual específico de que se possa valer o revel (como, por exemplo, existe no direito francês, ‘loposition’, arts. 571 a 578 do *Nouveau Code de Procédure Civile*)”.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Max Limonad, 1962, v. 2, p. 188.

¹⁰⁰⁶ REZENDE, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1963, v. II, p. 102.

¹⁰⁰⁷ GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 66.

¹⁰⁰⁸ Para uma síntese de todas as teorias, consultar: SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia*. São Paulo: RT, 2003, p. 190-193.

¹⁰⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2015, p. 115.

Da análise perfunctória vislumbram-se duas assertivas. A primeira, ser a presunção de veracidade relativa, como *continuum* de nossa tradição processual (o art. 209 do CPC/39 era expresso no ponto e o CPC/73 positivava a relatividade no procedimento sumário, conforme art. 277, § 2º). A segunda, que o legislador aparentemente conferiu, quanto à eficácia material do instituto, o tratamento de *ficta confessio*, como a legislação alemã e austríaca – e não *ficta contestatio*, como na Itália¹⁰¹⁰ e na Espanha. Demais, “o direito espanhol escolheu a primeira opção (art. 496, n. 2 do LEC), ao passo que o direito português a segunda (art. 567, n. 1, do CPC). O direito argentino federal seguiu, a propósito, pelo mesmo caminho do direito português. Em nossas Ordenações (Livro III, Título XV, pr. e Título XX, § 19), consoante observa a doutrina, via-se na revelia uma contestação ficta. O Código de 1939 não tinha nenhuma norma jurídica semelhante àquela constante do art. 319 do Código Buzaid, e 344 do novo Código”,¹⁰¹¹ privilegiando-se o procedimento contumacial.¹⁰¹²

¹⁰¹⁰ SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia*. São Paulo: RT, 2003, p. 227: “a característica principal do direito italiano reside justamente naquilo que se procura fundamentar e sustentar neste trabalho, ou seja, que não se deve mais aceitar, por simples comodismo, a forma como se trata o revel no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, que determinou a observância do contraditório também no processo civil, corrigindo o erro preconizado na Constituição Federal de 1969, que se encontrava dissociada da natureza ontológica do processo”.

¹⁰¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2015, p. 116.

¹⁰¹² Neste procedimento, adotado na Itália, o Revel continua sendo notificado regularmente. Inexiste previsão de veracidade das alegações do Autor. Eis a disciplina: “a) enorme simplificação se fez em relação ao Código de 1865 na parte das notificações e comunicações dos atos do revel (art. 292). O conceito fundamental é de que todos os nomes das partes que não importam numa alteração da condição processual inicial são depositados em cartório, com a aposição do visto do escrivão sobre o original, valendo tal como comunicação. Naturalmente que serão insertas nos autos, e as demais (e assim aquelas que respeitam as novas demandas ou reconvenções) são notificadas à parte revel, pessoalmente, no prazo determinado pelo juiz com ordenança. Quanto às ordenanças que admitem o interrogatório e o juramento, são elas notificadas pessoalmente, e as sentenças do mesmo modo, e nunca comunicadas. Todos os demais atos estão sujeitos à notificação ou comunicação (SATTA, Salvatore.

Solução que melhor se coaduna com as ideias ora expostas, mormente à natureza de ação da resposta (consectário do contraditório participativo e do modelo cooperativo de processo), alçando o diálogo procedimental à garantia excelsa, é considerar fictamente contestadas as alegações do autor,¹⁰¹³ como *presunção de impugnação*,¹⁰¹⁴ nos casos de revelia.

A razão é singela: a natureza privatística dos efeitos da revelia não se coaduna com os vetores ontológicos e epistemológicos do procedimento em contraditório, sem cogitar nos aspectos metajurídicos da questão.¹⁰¹⁵

Direito processual civil. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, v. I, p. 375). Portanto, “o ordenamento jurídico italiano, aproximando-se concretamente do conteúdo da garantia fundamental do contraditório, determina a NOTIFICAÇÃO PESSOAL do revel para as novas demandas, para a reconvenção, para o interrogatório, para o juramente e, principalmente, para a cientificação das sentenças, em contraposição ao que é estabelecido pelo nosso ordenamento, que não autoriza a intimação do revel para qualquer ato processual, após a decretação da revelia” (SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia*. São Paulo: RT, 2003, p. 228).

¹⁰¹³ AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 93: “afinal, em um processo no qual se privilegia o diálogo entre os sujeitos processuais e a colaboração de todos os sujeitos para o alcance dos escopos da jurisdição, a adoção como verdadeiros dos fatos que não foram contrariados é um verdadeiro contrassenso, um instituto contrário do que se espera de um contraditório substancial. Ora, se uma das bases e um dos objetivos do processo cooperativo é a realização de um processo justo e efetivo e se um processo só pode ser justo e efetivo quando baseado na verdade dos fatos, parece ser clara a importância de normas nesse sentido. Logo, não deve prevalecer uma norma que baseada em uma ficção, em detrimento da verdade dos fatos”.

¹⁰¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª Ed., v. III. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562.

¹⁰¹⁵ Barbosa Moreira, inigualável em suas colocações, já alertava: “assim, é que, se se esgota o prazo da defesa sem que venha aos autos a contestação do réu, o olho jurídico vê nisso um fenômeno a que chama revelia e ao qual atribuí certos efeitos previstos na lei (Código de Processo Civil, arts. 319, 322, 330, n. II). Não lhe interessam outros aspectos do fato, que todavia existem. Quem é esse réu que perdeu o prazo? Foi voluntária a omissão? Se não foi, que lhe terá dado causa: imperfeita compreensão do chamamento ao juízo? Problema de saúde?”

Não é outra a posição encampada por Calmon de Passos, quando afirma que “se a lei disciplina a revelia tendo em vista simplesmente o fato objetivo do não comparecimento, sem lhe emprestar qualquer qualificativo, é absolutamente desprovido de qualquer justificativa o tratamento que se dê à contumácia fazendo dela derivar confissão ficta, ou admissão dos fatos postos em Juízo pelo autor. Valendo a inatividade, com seu objetivismo, como explicação para a revelia, somente se deve reconhecer a procedência da demanda se *bonam causam habet* o autor, permanecendo ele com o ônus da prova dos fatos constitutivos de sua ação, como se presente estivesse o demandado, apenas facilitada ela, como óbvio, pela ausência de contraditório. Fora desse tratamento neutro da contumácia, a teoria da inatividade peca por inadequada”.¹⁰¹⁶

De todo modo, a justiça civil, com a promulgação do atual estatuto de ritos, perdeu a oportunidade de consagrar as regras que imperam no direito administrativo sancionador em relação ao tema, onde existe a nomeação de curador ao revel (art. 164, § 2º da Lei 8.112/90) e a inércia não implica reconhecimento da “verdade dos fatos” (art. 27 da Lei 9.784/99).

Dificuldade em conseguir os serviços de um advogado? Impossibilidade material de remunerá-lo conforme o solicitado? Desconhecimento da existência de órgão apto a presta-lo gratuitamente? Atuação ineficiente de tal órgão, ou do advogado constituído – ou, ainda, de algum funcionário a quem a contestação foi entregue e que deixou de encaminhá-la ou de juntá-la aos autos? Veja-se que amplo leque de indagações se abre a partir daquele acontecimento de aparente (mas enganosa) singeleza. Uma infinidade de aspectos da vida social podem ser questionados com fundamento nele. Entrariam aí, a rigor, temas como o de nível de instrução do povo, o da abundância ou escassez de recursos financeiros, o da disponibilidade de serviços, o da formação profissional, o das condições de trabalho nos órgãos judiciais, e assim por diante” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Revista brasileira de direito processual*, v. 56, p. 19, Uberaba, 1987).

¹⁰¹⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da revelia do demandado*. Salvador: Livraria Progresso, 1960, p. 43. Em sentido análogo: AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: Fieo-Resenha Universitária, 1980; BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006; MEDEIROS, Maria Lucia de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

5.2 SANEAMENTO

5.2.1 Prolegômeno estrutural

No século XIX, em 1834, o Papa Gregório XVI promulgou o *Regolamento Legislativo e Giudiziario per gli Affari Civili*, instituindo uma espécie de audiência preliminar de composição entre as partes e depuração de vícios.¹⁰¹⁷

Posteriormente, as ordenanças portuguesas (especialmente as Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título XX, § 16) já possuíam estrutura a ensejar “a arguição e apreciação das condições da ação e do reconhecimento de sua carência pelo autor”.¹⁰¹⁸ Com o Decreto nº 3 de 29.5.1907 e a nomenclatura “despacho regulador do processo” os contornos estruturais do que hodiernamente se entende por saneamento começou a ser vincado.¹⁰¹⁹

Em 1926, pelo Decreto nº 12.353 o *nomen iuris* passou a ser “despacho saneador”, com expansão de suas funções no art. 24.¹⁰²⁰ Galeno Lacerda identificou o tríplice objetivo da modificação normativa: “1º) conhecer de nulidades; 2º) apreciar a legitimidade das partes e a sua representação em juízo, e 3º) julgar as questões prévias ou prejudiciais”.¹⁰²¹

Pertinente à realidade brasileira, “muitas foram as medidas tomadas no sentido de evoluir a partir das determinações do

¹⁰¹⁷ BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 14.

¹⁰¹⁸ TALAMINI, Eduardo. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. *Revista de informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 34, n. 134, p. 137-163, abr./jun. 1997.

¹⁰¹⁹ BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, p. 123-132, out. 2011.

¹⁰²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, p. 75-97, -out. 2011.

¹⁰²¹ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1953, p. 40.

Regulamento 737 de 1850. Entre os códigos processuais civis estaduais (pós-Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891), alguns traziam a previsão de que, havendo a confissão do réu (vale dizer, o atual ‘reconhecimento do pedido’), deveria ocorrer o julgamento ‘no estado em que se achar o processo’ (art. 271 do Código de Pernambuco; semelhante norma havia nos códigos do Rio Grande do Sul e de São Paulo)”.¹⁰²²

O Código de Processo Civil de 1939 albergou a nomenclatura portuguesa, definindo o “despacho saneador” entre seus arts. 293 a 296. Entretanto, houve nítido retrocesso ante as ordenações portuguesas.¹⁰²³ Não bastasse isso, a codificação não ensejava a leitura escorregada acerca da natureza jurídica do “despacho” e paradoxalmente possibilitava o fracionamento do ato. Em instância crítica, vaticinou-se que “o que se faz gradualmente é a regularização formal do processo, ou, se se quiser, o saneamento lato sensu. No entanto, a decisão é – mesmo por definição – necessariamente unitária. A decisão é, como se disse, unitária e sequer pode ser feita em etapas, pois é imprescindível que, de um dado momento, nitidamente isolado, nasça o termo inicial à interposição do

¹⁰²² GOMES, Gustavo Gonçalves. *O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo*. Tese de Doutorado. PUC-SP, São Paulo: 2016, p. 113.

¹⁰²³ Barbosa Moreira afirma que: “os trabalhos de reforma do processo civil, tendentes à decretação de um código unitário para todo o país, assinalaram curioso retrocesso no particular. Conquanto publicado após a entrada em vigor do Decreto-lei nº 960, o anteprojeto do Código nacional comprimia o despacho saneador em molde bem mais acanhado, destinando-o somente a providências reguladoras do processo, bem como, se possível, à designação da audiência final e, sendo o caso, à nomeação de perito. E o Código de Processo Civil de 1939, embora desse ao ato mais amplos contornos, tampouco chegou a consagrar em termos expressos a possibilidade de julgamento do pedido por ocasião do despacho saneador, ainda que parte da doutrina, a despeito do silêncio do texto, a sustentasse, com argumentos sobretudo de ordem prática. Ficou assim de novo a legislação brasileira em atraso com relação à portuguesa, que no mesmo ato conforme se registrou, completava o seu ciclo evolutivo naquele sentido” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Saneamento do processo e audiência preliminar. Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo: RT, v. 3, p. 165-200, out. 2011).

recurso cabível. Logo, a fase decisória, é uma e não pode ser fracionada”.¹⁰²⁴

Como o perfil estrutural do saneador padecia de incongruências apontadas pela doutrina,¹⁰²⁵ com o advento do Código de Processo Civil de 1973 buscou-se a correção das imperfeições técnicas aventadas com inspirações no direito comparado (*Rechtsvergleichung*),¹⁰²⁶ mormente nos diplomas tedesco, itálico e português.¹⁰²⁷

¹⁰²⁴ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Despacho saneador – o saneador no código de processo civil de 1940. *Revista Justitia*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/4a221d.pdf>>. Acesso em: 27 de junho 2017.

¹⁰²⁵ Nesse sentido, Dinamarco preleciona: “vista pela perspectiva deste fim de século, não se mostra substancialmente grandiosa a reforma operada mediante a edição do vigente Código de Processo Civil, no ano de 1973. Ele representou um passo de gigante, sim no que diz respeito à técnica processual, à adoção de conceitos modernos, à correta estruturação dos institutos. O Código de Processo Civil de 1939 fora uma tentativa de superar as mazelas de uma legislação extremamente ligada à tradição lusitana das Ordenações, mas uma tentativa que não se pode dizer bem sucedida como um todo. Vínhamos então de uma ordem jurídico-processual em que não se faziam sentir os ecos da profunda reforma científica operada na ciência processual e presente na produção de estudiosos italianos e alemães da segunda metade do século passado e do início deste. O discutido Regulamento 737, que uns consideram um monumento legislativo de sua época e outros dizem ser o atestado da ignorância dos juristas de então, era, de todo modo, um diploma absolutamente superado pelas colocações científicas possibilitadas a partir da obra de Van Bülow. Os códigos estaduais que se lhe sucederam tinham altos e baixos, eram diferentes entre si e poucos apresentavam nível técnico satisfatório. E o código de 1939, no afã até um tanto pretencioso de constituir-se em instrumento afinado com as tendências modernas da época (notadamente norte-americanas, como se vê da Exposição de Motivos do Min Francisco Campos), não se pode dizer que tenha sido um diploma moderno, mas teve lá os seus pontos de significativo aperfeiçoamento do sistema” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. Ed., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 23).

¹⁰²⁶ Segundo Cappelletti, “o direito comparado é, em realidade, um método (*Rechtsvergleichung* [comparação jurídica] e não *vergleichen des Recht* [direito comparado], segundo a terminologia alemã mais apropriada); é, em suma, uma maneira de analisar o direito de dois ou mais sistemas jurídicos diversos: assim, existe aquela que podemos chamar de ‘micro-comparação’, quando a

A ZPO austríaca (§ 239 a § 242), fulcrada não em princípios dogmáticos-formais ou posições ideológicas, mas sobretudo na praticidade, adequação e efetividade do processo, disciplinava a audiência denominada *Erste Tagsatzung*.¹⁰²⁸ As partes eram convocadas para discutir questões prévias, relacionadas aos denominados pressupostos processuais. O réu somente apresentaria defesa de mérito após a referida audiência, frustrada a conciliação e delimitado precisamente o objeto litigioso.¹⁰²⁹

Quadra sinalizar que a ZPO alemã, em 1976, instituiu audiência análoga ao direito austríaco, denominada *fruher erster Termin* (§ 278 da ZPO). Ao contrário do diploma austríaco, em que o não comparecimento do réu acarretaria uma sentença contumacial, o direito alemão optou pela multa (§ 141, III da ZPO).¹⁰³⁰ Posteriormente, houve

comparação se efetua no âmbito de ordenamentos que pertencem à mesma ‘família jurídica’ (por exemplo, entre França e Itália), ou ainda, ‘macro-comparação’, se a análise comparativa é conduzida entre duas ou mais famílias jurídicas, por exemplo, entre um ordenamento da *Civil Law*” (CAPPELLETTI, Mauro. *El derecho comparado: método y finalidades*. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo: cuatro estudios de derecho comparado. México: Porrúa, 1993. p. 17. Segundo Gutteridge, o direito comparado visa “o descobrimento, por meio de um processo de comparação, das causas que fundamentam a origem, desenvolvimento e decadência das instituições jurídicas” (GUTTERIDGE, H.C. *El derecho comparado: introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954. p. 16).

¹⁰²⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. As providências preliminares no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 1, p. 26-42, jan.1976.

¹⁰²⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, p.767-791, jan. de 1999, p. 768-769.

¹⁰²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 40, ano X, P. 109-135, out./dez. de 1985.

¹⁰³⁰ Nesse sentido: XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a justiça na Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, p. 86-138; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Breves considerações acerca da audiência preliminar de tentativa de conciliação no processo civil brasileiro (enfoque comparatístico). *Revista da Esmape*, Recife, v. 13, p. 316, 2001.

a ordinarização do modelo de Stuttgart (descrito no capítulo 2, tópico 2.3).

No processo civil italiano, segundo Satta, “em 1942, face a influência de fatores políticos, através do que a idéia do processo oral de resto é absolutamente independente, foi possível levar-se a cabo a radical reforma da nossa legislação processual, e introduzir em um novo código, mesmo que de forma incompleta, o princípio e o sistema da oralidade”.¹⁰³¹ O sistema então possuía duas audiências preliminares. A primeira audiência de comparecimento era “destinada, textualmente (art. 180) à verificação de ofício da regularidade do contraditório e, quando necessário, à emanção dos provimentos para a integração do contraditório em caso de litisconsórcio necessário (art. 102); para o saneamento da citação (art. 164); saneamento de defeitos de representação (art. 182)”.¹⁰³² A segunda audiência (*prima udiienza di*

¹⁰³¹ SATTÀ, Salvatore. *Direito processual civil*. 7ª Ed., v. 01, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, p. 305. O italiano ainda ensina que “o processamento da causa frente ao juiz instrutor é oral, significando isto que a causa se processa sem a solenidade de forma, expondo as partes as suas questões, as suas demandas, respondendo o juiz de imediato face o prévio conhecimento da causa e pela possibilidade de contato com a própria matéria nela contida. A lei modificadora, inspirada numa vontade convencional dificilmente realizável dada a profunda contrariedade que a aflige, aditou uma exceção, que é a negação do princípio, ao mesmo tempo afirmando que, contudo, o juiz pode autorizar comunicações de comparecimento, adiando a audiência de instrução. Com mais clareza as disposições de atuação realmente falam de procedimento escrito da causa. Deve-se, porém, reconhecer, que a modificação nada mais foi senão a de tornar válida a adaptação já espontaneamente cumprida pela prática aplicação do código”.

¹⁰³² TARZIA, GIUSEPPE. A audiência preliminar do processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 3, p. 721-729, 1996. São as lições de Luiso: “o art. 183 do CPC, em seus parágrafos primeiro e segundo, disciplina atividade relativa às questões processuais. De acordo com o primeiro parágrafo, o juiz deve verificar a regularidade do contraditório e tomar as providências necessárias para a integração do contraditório nas hipóteses de litisconsórcio necessário (art. 102, II, do CPC); para o saneamento de nulidade de citação (art. 164 do CPC) e do pedido reconvenicional (art. 167 do CPC); para o saneamento dos defeitos de capacidade e representação técnica (art. 182 do CPC) e dos vícios de notificação da citação (art. 291 do CPC). [...] O rol constante no art. 183, I, do CPC é extremamente interessante, porquanto constitui uma lista

trattazione – art. 183 do CPC italiano) destinava-se à fixação do *thema decidendum*, facultando-se às partes a modificação de suas alegações.¹⁰³³

No direito lusitano, o despacho saneador surge com o Decreto nº 12.353 de 1926, “cujo art. 24 determinava que, findos os articulados, o juiz proferisse despacho para conhecer de quaisquer nulidades, da legitimidade das partes e sua representação do mérito da causa”,¹⁰³⁴ assemelhando-se ao que posteriormente desenvolveu-se na dogmática nacional, preocupando-se em “separar tanto quanto possível a decisão das questões prévias e preliminares do conhecimento do mérito da causa”.¹⁰³⁵

completa dos pressupostos processuais, cujos vícios são sanáveis pelo juízo competente (também o defeito relativo à jurisdição e à incompetência são sanáveis, mas por meio de remessa a um diverso juízo); e, portanto, confirma o princípio, que se encontra expresso na legislação, segundo o qual o juiz – diante de um vício sanável – não deve encerrar imediatamente o processo com sentença de extinção, mas deve tomar a providência apropriada para o seu saneamento. Não se deve, então, acreditar que o que está descrito acima constitui o único objeto da primeira audiência. Na realidade, sob a ótica da separação entre a fase introdutória e a fase de tratativas, são objeto da primeira audiência todas as atividades atinentes às questões processuais *potencialmente aptas a assimilar as tratativas sobre o mérito da causa*. O juiz, portanto, deve verificar não somente as questões acima indicadas, mas também todas aquelas atinentes aos outros pressupostos processuais, de modo a evitar que se passe à análise do mérito, enquanto subsistem vícios processuais (sanáveis ou insanáveis) que obstam a decisão de mérito” (LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 31-32).

¹⁰³³ NERY Júnior, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: A reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ª Ed., RT, 1996, p. 106-107.

¹⁰³⁴ BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 17.

¹⁰³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 107. Desse modo, “o diploma em análise lançou as bases de uma nova fase processual, [...] dirigida ao saneamento do processo, a qual funcionava como um crivo, antecipando para o despacho saneador a apreciação das questões (formais) que, até então, eram relegadas para a sentença. (PIMENTA, Paulo. *A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 22).

Plasmando supramencionadas inspirações, no Código Buzaid, “diferentemente do CPC de 1939, o saneamento foi inserido em um rol mais amplo de outras questões, uma vez que os artigos que o precediam (art. 323 a 330) dispunham sobre condições de revelia, declarações incidentes, fatos impeditivos modificativos ou extintivos do pedido, extinção do processo e julgamento antecipado da lide, condições estas que antecipam o aparecimento do saneamento”.¹⁰³⁶

Todavia, até o advento da Lei 8.952 de 1994 prevalecia na estrutura do saneamento a arcaica metodologia lusitana, então nomeado de “despacho saneador”, em que o ato se cristalizava de forma escrita, sem o contato do juiz com as partes.¹⁰³⁷ Com a referida lei modificou-se substancialmente o art. 331 do CPC/73, determinando uma “audiência de conciliação” que deveria ser realizada após a fase postulatória, consoante a tendência vivificada pelo Código de Processo Civil Tipo para a América Latina.¹⁰³⁸

¹⁰³⁶ GOMES, Gustavo Gonçalves. *O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo*. Tese de Doutorado. PUC-SP, São Paulo: 2016, p. 125.

¹⁰³⁷ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144.

¹⁰³⁸ André Antonio da Silveira Alcântara leciona: “lastreados no movimento de unificação em matéria de processo civil, com vistas às novas tendências, especificamente nas ideias de Mauro Cappelletti, alguns juristas se reuniram para a elaboração do denominado Código Tipo ou Modelo de Processo Civil Latino-americano e, também, Ibero-americano, já que integravam Espanha e Portugal. O desiderato foi a constituição de um processo com característica primordial de oralidade, por audiência, consagrando o princípio do imediatismo, concentração, eventualidade e publicidade, além do ativismo do magistrado. Nada obstante a premente necessidade de unificação não se preocupou na elaboração de uma lei uniforme para todos os países integrante, haja vista suas vicissitudes e peculiaridade, mas sim na formação de um código tipo ou modelo, a fim de que os países interessados, em desejando, utilizassem seus preceitos inovadores, adequando-os sua realidade. A unificação não alcaçaria o resultado desejado, cabendo a cada país pinçar idéias contidas no Código Tipo, que se identifiquem com sua realidade. O projeto do código modelo foi apresentado em 1982 na Guatemala e aprovado em Jornadas de 1988 no Rio de Janeiro/Brasil. Todo trabalho foi conduzido pelo Instituto de Direito processual Latino-americano, criado em 1958, em memória de Eduardo J. Couture”

Destarte, “a inclusão da audiência preliminar em nosso sistema processual se deu sob expressa (e confessa) inspiração do Código Modelo de Processo Civil para a América Latina. O que se buscou, com sua inclusão no CPC, foi modificar a sistemática do saneamento do processo e, com isso, criar-se ocasião apropriada (e oportuna, sob o aspecto temporal) para que o juiz efetuasse a tentativa de conciliação, antes do início da fase instrutória”.¹⁰³⁹

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, sob o signo da Constituição Federal de 1988, o saneamento ganha novos contornos – principalmente pela garantia dialética¹⁰⁴⁰ insculpida no art. 5º, LIV e LV da CRFB e reforçada pelos arts. 6º, 7º, 9º e 10 da novel codificação processual civil, que instituíram o contraditório participativo.¹⁰⁴¹

(*Saneamento do processo*: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual. São Paulo: Leud, 2004).

¹⁰³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier-formatado.pdf>>. Acesso em: 27 julho de 2017.

¹⁰⁴⁰ Calamandrei trata da dialética do processo: “en esto consiste principalmente la dialecticidad del proceso: que todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que, podríamos decir, lo contiene en potencia” (CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil III: estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 264).

¹⁰⁴¹ O trabalho pioneiro nesse sentido, embora empregando o nome “contraditório dinâmico” em um “sistema cooperatório” foi o de Ada Pellegrini Grinover: “a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de a equidistância do juiz adequadamente temperada, mercê de atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo [...] E assim o contraditório, não mais considerado como mera expressão jurídica de iguais possibilidades conferidas aos sujeitos do processo, confunde-se com a par condicio, e não só serve à imparcialidade do juiz, como ainda assume relevância autônoma em relação ao princípio da igualdade” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa*,

De matiz não confessada, subjaz por detrás da metodização saneatória o viés procedimentalista¹⁰⁴² de Habermas.¹⁰⁴³ O saneamento legitima-se pela comunhão de trabalhos entre os sujeitos processuais, vez que “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito”.¹⁰⁴⁴

A fundamentação teórica do saneamento desponta no caractere de se apartar da arbitrariedade de um sujeito em particular, rompendo com a degenerescência do modelo inquisitorial de processo e do sistema presidencialista. O saneamento não se justifica na parêmia absolutista *Auctoritas non veritas facit legem*, mas como ato idealizado a partir dos meandros da racionalidade prática dos sujeitos processuais (*logonômico*).¹⁰⁴⁵

contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990, p. 1-8).

¹⁰⁴² O procedimentalismo *habermasiano* significa ser o direito pensado dentro de um quadro teórico marcado por pressupostos destranscendentalizados e o discurso e o consenso são oferecidos como instâncias basilares mediante as quais a esfera jurídica tem sua legitimidade democrática. É o que Honnet denominada “procedimento historicamente situado”, isto é, “a intuição fundamental de Jürgen Habermas em sua teoria da justiça desenvolvida em Facticidade e validade concebe os princípios do Estado de direito moderno como condições institucionalizadas de possibilidade de autolegislação pública” (HONNETH, Axel. El entramado de la justicia: sobre los límites del procedimentalismo. In: PEREIRA, Gustavo. *Perspectivas críticas de justiça social*. Porto Alegre: Evangraf, 2013, p. 14).

¹⁰⁴³ Habermas está situada dentro da Teoria Crítica, corrente filosófica que teve seu surgimento no Instituto de Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*) de Frankfurt fundado em 1924 por Max Horkheimer, Felix Weil e Friedrich Pollock. O Filósofo pertence à segunda geração da Escola de Frankfurt. A primeira geração tem como protagonistas Horkheimer e Adorno e a Dialética do Esclarecimento.

¹⁰⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª Ed., v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157.

¹⁰⁴⁵ Todos os atos do direito que são logonômicos derivam da racionalidade prática. Também pode ser denominado noológico, isto é, aquilo que se embasa em fundamentos inteligíveis e não meramente metafísicos. Para

Imperioso se pensar a dimensão processual (e jurídica, como um todo) em contexto pós-convencional, sob os auspícios de uma sociedade plural, secular e democrática, onde inexistente autoridade ou instituição que propalam as regras de mundo. Tais premissas manifestam “o novo enfoque dado à visão até então consagrada sobre as relações entre a sociedade e a linguagem, as ações lingüísticas, mais precisamente o diálogo livre, desprovido de distorções ou contenções ideológicas, aberto, permissivo e igualitário, representa o fio condutor para a estruturação do modelo de interação social por ele [Habermas] denominado de ‘ação comunicativa’, cuja formatação remete à ideia de complementaridade pelos cidadãos na elaboração das normas que eles mesmos serão obrigados a cumprir”¹⁰⁴⁶.

Encampando, mesmo que não confessadamente, a filosofia habermasiana, o Código de Processo Civil estabelece o saneamento consensual, onde as partes delimitam as questões fático-jurídicas e o Estado-Juiz a homologa (art. 357, § 2º do CPC). Outrossim, o digesto processual autoriza o juiz, *com a participação das partes*, circunscrever “as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” e “as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” (art. 357, incs. II e IV do CPC). Se isso não bastasse, o suprassumo do *agir comunicativo* irrompe no saneamento compartilhado (art. 357, § 3º do CPC) – analisando *infra*.

5.2.2 Saneamento compartilhado: dúplice função

O saneamento é o epicentro da marcha processual. Verdadeira força centrípeta, toda atividade das partes conflui para o mesmo, podendo ser considerado como uma “sentença preparatória”¹⁰⁴⁷.

aprofundamento: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

¹⁰⁴⁶ RANGEL, Rafael Calmon. O agir comunicativo em J. Habermas como premissa para a compreensão do saneamento e organização do processo no CPC/15. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Doutrina selecionada: procedimento comum*. 2ª ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 288.

¹⁰⁴⁷ Na vigência do CPC/73, Paulo Hoffmann defendia a ideia, *de lege ferenda*, de possuir o saneamento natureza jurídica de sentença. Nos termos do

Na estrutura normativo-dogmática do procedimento comum (art. 318 do CPC), o saneamento filtra os argumentos e questões que serão *necessariamente* debatidas pelas partes e enfrentadas pelo Estado-Juiz no ato decisório. Nítida relação o saneamento (art. 357 do CPC) possui com o dever de fundamentação analítica (art. 489, § 1º, inc. IV do CPC) e com a própria formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais (art. 503, § 1º do CPC), porquanto o momento adequado - diante dos deveres de informação e prevenção que orbitam o formalismo - para a materialização do contraditório “prévio e efetivo” (arts. 9º e 10 do CPC) é antes de se inaugurar a etapa instrutória. O Estado-juiz vela pela simetria e paridade de armas quando assim procede (art. 7º e 139, inc. IX do CPC), externando o ideário da democracia participativa.¹⁰⁴⁸

doutrinador: “o saneador - seja na concepção atual ou naquela que aqui propomos - é sem dúvida alguma uma decisão interlocutória. Entretanto, considerado a importância que atribuímos ao saneamento compartilhado para o resultado final do processo, para nós, numa proposta de reclassificação, deveria ele ser considerado como uma ‘sentença preparatória’. Na nossa concepção - em que pese a definição trazida pelo art. 162 do CPC -, considerando os seus conteúdos e a importância para o resultado final do processo, tanto a decisão que trata das tutelas de urgência como o saneamento compartilhado deveriam ser classificados como sentença, pois se assemelham a um fracionamento ou adiantamento da sentença final. Vemos clara interligação entre essas duas decisões (saneamento compartilhado e sentença final) e, como tal, na completez aqui sugerida, a decisão de saneamento, sem dúvida, é muito mais que mera decisão interlocutória, é, isto sim, preparatória da sentença final” (HOFFMANN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 202). Alfredo Buzaid também destacava que “o Decreto nº 12.353 separa o julgamento de forma, digamos assim, do julgamento de mérito, deslocando para o despacho saneador o conhecimento das questões prévias e prejudiciais que pelo art. 283 do Código de Processo Civil eram apreciadas na sentença final; obrigou o juiz a proferir, logo no início dos articulados, uma verdadeira *sentença de forma* e deixou para a sentença final apenas as questões de fundo, isto é, as questões relativamente ao mérito da causa” (BUZOID, Alfredo. Do despacho saneador. In: *Estudos de direito*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 17).

¹⁰⁴⁸ Um Estado democrático-participativo significa: “em suma, a democracia participativa configura uma nova forma de Estado: o Estado democrático-participativo que, na essência, para os países da periferia é a versão mais acabada e insubstituível do Estado social, este que a globalização e o neoliberalismo tanto detestam e combatem, argumentando contra todos os

Portanto, “o saneamento compartilhado foi uma ideia do legislador do CPC de 2015, que prevê, de forma clara e prática, a construção de uma decisão saneadora com a participação efetiva de todos e ampla oportunidade de exercício do contraditório. O contraditório participativo que decorre do princípio da colaboração nessa fase do processo é de fundamental importância para que haja um perfeito alinhamento de expectativas a respeito dos pontos que devem ser enfrentados na sentença (na visão das partes e do juiz), evitando-se surpresas, omissões, contradições ou obscuridades na futura decisão”.¹⁰⁴⁹

Muitas vezes relegado ao ostracismo no cotidiano forense,¹⁰⁵⁰ o momento do saneamento – ao menos, como se desenvolverá neste escrito - consubstancia-se na sublime materialização do ideal *chiovendiano* da oralidade,¹⁰⁵¹ participação dos sujeitos

elementos conceituais de sua teorização. O Estado democrático-participativo organizará, porém, a resistência constitucional dos países da periferia arvorando a bandeira da soberania, da igualdade e da justiça social. Com o Estado democrático-participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade. Ao Estado liberal sucedeu o Estado social; ao Estado social há de suceder, porém, o Estado democrático-participativo que recolhe das duas formas antecedentes de ordenamento o lastro positivo da liberdade e da igualdade. E o faz numa escala de aperfeiçoamento qualitativo da democracia jamais antes alcançadas em termos de concretização.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15-16).

¹⁰⁴⁹ GOMES, Gustavo Gonçalves. *O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo*. Tese de Doutorado. PUC-SP, São Paulo: 2016, p. 185.

¹⁰⁵⁰ Basta uma leitura de obras monográficas para percebermos que, em praticamente a totalidade das mesmas, não se discute questões práticas, embora desenvolvam com maestria o pano teórico. De igual maneira, os “despachos” saneadores, na prática, não proporcionam o que efetivamente deles se espera.

¹⁰⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. La idea romana en el proceso civil moderno. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949. p. 351-372; CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: *Saggi di diritto processuale civile*. v. I.

processuais e revelação do contraditório na organização procedimental (arts. 347 a 353 e art. 357 do CPC).

Em um processo civil de cariz participativa, imperiosa a realização do saneamento em audiência, eis que a mesma perfaz “um dos corolários imediatos do princípio da cooperação”.¹⁰⁵² E, malgrado a previsão para tanto, limite-se, no atual estágio d’arte, tão-somente às *causas de maior complexidade* (art. 357, § 3º do CPC), infere-se inexistir vedação à ampliação da audiência para todas as causas em que as partes assim deliberarem, porque vivente o expediente da *delimitação consensual das questões da causa* (art. 357, § 2º do CPC). Esse, inclusive, é o entendimento sufragado pelo enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

Todavia, pela própria natureza dialética do processo, nada obsta o expurgo de vícios processuais e preparação para a fase decisória subsequente – tensionada pelo constante diálogo dos partícipes – em todo o deslinde da marcha procedimental (apanágio do método difuso de

Roma: Foro Italiano, 1930. p. 181-224. Para Frederico Marques, foi Chiovenda quem melhor desenvolveu o “princípio” da oralidade em seus escritos. Entretanto, para o doutrinador brasileiro, a oralidade não se resume a um princípio, mas é um sistema ou procedimento oral, formado por princípios interligados: a concentração (que reduz a prática dos atos processuais, concentrando-os em um, ou em poucos atos), a imediação (ou imediatidade, que determina o contato direto do juiz com as partes e as provas) e a identidade física do juiz (quem instrui o processo deve julgá-lo). Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 499-500. Ao seu turno, Mauro Cappelletti relaciona oralidade à prova, e afirma que consiste na “[...] criação de um ordenamento processual idôneo a propiciar uma possibilidade efetiva da livre valoração da prova testemunhal lato sensu, com a correspondente utilização ampla da prova indiciária” (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Parte Prima. Milano: Giuffré, 1962, p. 261).

¹⁰⁵² COSTA E SILVA, Paula. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 235.

saneamento previsto nos arts. 139, inc. IX, 317 e 352 do CPC).¹⁰⁵³ O arranjo dicotômico entre os modelos inquisitivo e adversarial é revolteado pela cooperação intersubjetiva entre as partes.

O saneamento possui dúplice finalidade: depurar eventuais vícios existentes¹⁰⁵⁴ no procedimento – consecutório imediato da irradiação da participação (arts. 6º e 10 do CPC) à esfera das nulidades¹⁰⁵⁵ (arts. 276 a 283 do CPC) - e ato contínuo, servir como vetor organizacional à delimitação do *thema probandum* e das questões fático-jurídicas indissociáveis ao deslinde do entrave. Opera-se, destarte, retrospectivamente e prospectivamente.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵³ Empregando as denominações “difuso” e “concentrado” para o saneamento: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Saneamento do Processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 40, ano X, p. 109-135, out./dez. de 1985; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Audiência preliminar e direito à informação. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 50, p. 65-70, 1997.

¹⁰⁵⁴ Segundo Pedro Miranda de Oliveira: “no novo Código de Processo Civil prevalece o entendimento de que a regularidade formal não pode ser colocada ‘além da matéria’, por não possuir valor próprio, devendo a essência sobrepujar a forma, confirmando que a função do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria: a realização da justiça material” (Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 250, p. 265-286, dez. 2015. p. 275).

¹⁰⁵⁵ Não se imiscuirá na problemática das nulidades neste trabalho. A doutrina não é uníssona sequer quanto a classificação “ontológica” dos vícios processuais. As classificações são as mais variadas possíveis: a) nulidade cominada e não cominada; b) nulidades absoluta, relativa e anulabilidade; c) vícios preclusivos, rescisórios e transrescisórios. Para maior aprofundamento, consultar: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 214 e ss; TESHEINER, José. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 211 e ss; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicado às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 140.

¹⁰⁵⁶ Nas lições de Daniel Mitidiero: “a organização da causa opera em um duplo sentido: *retrospectivamente*, apanha tudo que possa atrasar ou impedir a resolução do mérito da causa, pré-excluindo eventuais vícios nos atos processuais ou propiciando desde logo a extinção do processo sem a resolução do mérito. *Prospectivamente*, providencia para que a instrução da causa tenha um endereço certo, com o que visa a informar todos os participantes do

Retrospectivamente, por intermédio do dever de prevenção do Estado-Juiz em reverência ao fim último da atividade judicante: examinar o mérito da pretensão deduzida em juízo, em detrimento aos pronunciamentos meramente formais (arts. 4º, 6º, 317, 485, § 7º do CPC).¹⁰⁵⁷ E, caso vislumbre, após a oitiva prévia das partes (arts. 7º, 9º e 10 do CPC), impossibilidade de regularização processual (art. 139, inc. IX do CPC), possui, outrossim, o dever de findar a demanda incontinenti (arts. 354 e 485 do CPC).¹⁰⁵⁸ Desse modo, “em um ambiente processual pautado pela cooperação, é necessário possibilitar às partes oportunidades para que argumentem a propósito de eventual

processo a respeito da repartição do encargo probatório e das provas a serem produzidas. A organização do processo, portanto, é tanto de ordem retrospectiva como prospectiva” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2015, p. 124).

¹⁰⁵⁷ Trícia Navarro Xavier Cabral expõe: “O processo contemporâneo utiliza as formas e formalidades a seu favor, e o controle precoce dos atos deve servir para tentar salvar o processo e não para invalidá-lo. Como se vê, à ideologia do processo foram agregados os valores da efetividade e da duração razoável. Com efeito, é consequência lógica da jurisdição proporcionar uma resposta de mérito aos jurisdicionados e não virar refém das regras de processo, de modo que eventuais defeitos processuais devem ser corrigidos sempre que possível, e o quanto antes, a fim de que o processo possa ter seu regular e tempestivo desfecho. Para tanto, o juiz deve se valer do saneamento do processo, feito por meio do juízo de admissibilidade dos atos processuais e também do procedimento como um todo, eliminando vícios, irregularidades ou nulidades processuais e preparar o processo para receber a sentença [...]Com isso tem-se a ordem pública processual, entendida como técnica de controle adequado e tempestivo das irregularidades e do desenvolvimento do processo, que tem o juiz como seu principal protagonista. Assim, com base no dever de direção do processo, o magistrado tem de atentar para a existência de obstáculos que possam macular o ato ou o procedimento, para afastá-los o quanto antes do processo, permitindo a entrega integral da tutela jurisdicional.” (A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 252, p. 147-163, fev. 2016. p. 150-151).

¹⁰⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da “extinção do processo” conforme o art. 329 do CPC. In: *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 260.

deslinde da causa sem resolução de mérito, inclusive indicando o juiz a sua possível visão jurídica do material do processo (art. 10 do CPC). Acaso não tenha ainda se pronunciado em suas manifestações escritas sobre o tema, têm as partes de ser instadas a fazê-lo de maneira prévia à decisão a fim de que se mantenha um paritário desenvolvimento do diálogo no processo”.¹⁰⁵⁹

Prospectivamente, reflete a preparação instrutória da demanda, com a delimitação do *thema decidendum* e do *thema probandum* pelas partes. Na delimitação das questões fático-jurídicas que o Estado-Juiz entenda pertinentes e relevantes ao seu convencimento (art. 371 do CPC), incumbe-lhe alertar as partes, “pois deve fazer com que as mesmas aproveitem ao máximo o processo em curso. Especificamente com relação aos fatos, o magistrado deve pedir esclarecimentos de fatos alegados, mas não explorados ou propor de ofício a produção de provas de tais alegações”.¹⁰⁶⁰

Aspecto imprescindível à compreensão do contraditório participativo no saneamento é a leitura do art. 352, inc. II do CPC. Isto é, “muito embora o inciso II do artigo 357 disponha que o juiz, em decisão de saneamento do processo, deverá delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, o saneamento do processo deve ser concebido em uma perspectiva mais ampla. Significa dizer que o legislador do CPC de 2015 procurou dar ao processo um rótulo mais democrático e efetivo, transformando o antigo ‘despacho saneador’ em uma atividade mais abrangente destinada também à organização do processo. É o momento, portanto, que precisa ser utilizado com uma finalidade maior do que simplesmente fixar os pontos controvertidos (como previa a lei processual anterior) e para tanto é essencial definir meios e oportunidades para tornar o processo mais organizado e estruturado. Com esse propósito, é dever do juiz utilizar as prerrogativas e as premissas do artigo 357 do CPC de 2015 com a finalidade de construir, com o saneamento, um verdadeiro roteiro de julgamento onde fiquem postas de forma clara todas as questões e todos os temas que

¹⁰⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2015, p. 129.

¹⁰⁶⁰ PUGLIESE, William Soares; XAVIER, Marília Pedrosa. Decisões surpresa e inversão do ônus da prova. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: RT, v. 2, p. 181-196, jul./dez. 2015. p. 18

deverão ser enfrentados na sentença e, bem por isso, precisam ser focados e tratados com prioridade pelos sujeitos do processo”.¹⁰⁶¹

De outro modo, o *acordo de saneamento* limita os poderes instrutórios do juiz.¹⁰⁶² E, interposta eventual impugnação contra a sentença, como o processo foi saenado nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 357, a profundidade do efeito devolutivo estará adstrita e limitada ao delimitado pelas partes (arts. 1.013, § 3º e art. 1.015, II do CPC), ressalvados os fatos e direitos supervenientes (art. 493 do CPC). As partes, por este expediente procedimental, podem ampliar objetivamente a demanda, incluindo questões fáticas e jurídicas até então não deduzidas. Corroborando a asserção, o enunciado nº 427 do Fórum Permanente de Processualistas Civis verbera que “a proposta de saneamento consensual feita pelas partes pode agregar questões de fato até então não deduzidas”.

É no saneamento que a distribuição dinâmica do ônus probatório deve acontecer (art. 373, § 1º do CPC), por se tratar de uma regra de procedimento.¹⁰⁶³ Referida conduta “respeita a todos os

¹⁰⁶¹ GOMES, Gustavo Gonçalves. *O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo*. Tese de Doutorado. PUC-SP, São Paulo: 2016 p. 199.

¹⁰⁶² Entendimento que deflui da interpretação *a contrario sensu* do enunciado objetado na plenária de Vitória (maio de 2015), no Fórum Permanente de Processualistas Civis, que previa: “o acordo de saneamento não limita os poderes instrutórios do juiz”.

¹⁰⁶³ Scarpinella Bueno entende que a distribuição do ônus da prova deve ocorrer no saneamento: “a regra tradicional do ônus da prova entre autor e réu é assegurada nos dois incisos do art. 373, caput, que, no particular, conserva a regra constante do art. 333 do CPC atual. Os §§ 1º e 2º, por sua vez, inovam ao admitir e disciplinar expressamente os casos em que pode haver modificação (legal ou judicial) das regras constantes dos incisos do caput. O § 1º deixa claro que deve haver decisão judicial *prévia* que assim determine e que crie condições para que a parte efetivamente se desincumba do ônus respectivo, com as condicionantes do § 2º. O instante procedimental adequado para o proferimento decisão é por ocasião do ‘saneamento e organização do processo’, como se verifica do art. 357, III. A decisão que determina a inversão do ônus da prova é recorrível imediatamente, por agravo de instrumento, como se verifica do inciso XI do art. 1.015. O § 3º trata da distribuição convencional do ônus da prova, reproduzindo o parágrafo único do art. 333 do CPC atual, com a novidade do § 4º, que admite a realização da convenção antes ou durante do processo”

cânones fundamentais previstos no novel Processo Civil, tais como contraditório, ampla defesa, boa-fé e cooperação processual, encontrando-se expressa no texto dos §§ 1.º e 2.º do art. 373, que regulamente o ônus tradicional da prova e sua possibilidade de inversão ou distribuição dinâmica”.¹⁰⁶⁴

Outro aspecto capital do saneamento é a delimitação das questões jurídicas relevantes ao deslinde da controvérsia (art. 357, inc. IV do CPC). Portanto, revela-se a ocasião adequada ao emprego do brocardo *iura novit curia*,¹⁰⁶⁵ caso o Estado-juiz vislumbre outra solução normativa ao entrave judicializado. Entretanto, é de bom alvitre salientar que não se deve relegar ao apanágio do Estado-Juiz a capitação jurídica dos fatos vindicados pelas partes. Caso o magistrado discorde das ilações normativas colacionadas pelas mesmas, deverá ouvi-las previamente (arts. 9º 10 do CPC) e alertá-las da eventual transmutação de tipificação legal. Destarte, “quando o julgador dita para o episódio fático trazido à discussão uma adequação normativa diferente das sustentadas pelas partes (‘terceira via’), deverá declinar claros e convincentes fundamentos aptos a justificarem racionalmente a prevalência do seu ponto de vista jurídico sobre a situação controvertida, em detrimento dos pontos de vista divergentes dos litigantes. Deverá, pois, fazer preponderar, no ambiente dialético, dialógico e discursivo que caracteriza o processo, a autoridade do seu argumento, e não só o seu argumento de autoridade”.¹⁰⁶⁶

(BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 273).

¹⁰⁶⁴ GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 249, p. 117-139, nov. 2015. p. 127.

¹⁰⁶⁵ Será melhor abordado o tema no tópico destinado à fundamentação das decisões.

¹⁰⁶⁶ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Iura novit curia* no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 127-158, jan. 2016. p. 139. Ainda: “com arreglo al principio *Iura Novit Curia*, es el Juez como titular de la potestade jurisdiccional, quien tiene el poder-deber de proporcionar el derecho que corresponda al proceso, com prescindencia de la respectiva invocación de las partes, conforme a la pretensión procesal planteada, objeto del proceso. Se funda em la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del

A orientação restritiva do *iura novit curia* é mais coerente com o princípio da demanda (arts. 2º, 141 e 492 do CPC), que confere ao autor (e ao réu) o poder de fixar os limites objetivos da mesma. Esse entendimento encontra reforço também no fato de que em nosso Direito não existe nenhuma regra expressa que corresponda ao artigo 664º do Código português ou ao artigo 12 do Código francês. Assim parece que “o disposto nos artigos 282-III e 264 [CPC/73] é suficiente para exigir que a demanda se estabilize em torno dos fatos e dos direitos alegados pelo autor”.¹⁰⁶⁷

Não bastasse isso, a expressão “questões controvertidas” empregada no CPC/73 foi substituída de forma sutil por “questões relevantes de direito” e “questões relevantes de fato” no art. 357, inc. IV do CPC vigente.

Denota-se que “essa inovação prestigia o princípio da transparência e, principalmente, preserva com muito mais força os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Ademais, ao criar um roteiro de julgamento transparente e com a indicação das questões de direito relevantes para o julgamento da lide, o juiz estará possibilitando que as partes, logo após a decisão saneadora, dediquem-se à demonstração e ao enquadramento do direito escolhido ao caso

Juez, y em consecuencia no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de las partes, existiendo el límite de respetar el principio de congruência. El principio *Iura Novit Curia* no solamente permite suplir o subsanar la omisión em la calificación jurídica, sino corregir el derecho mal invocado por las partes. Se realiza a través de dos funciones: a. Supletoria: cuando las partes han omitido de plano, los fundamentos jurídicos en que sustentan su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso: contestación de la demanda, reconvencción y excepciones; y, b. correctora: el Juez aplica la norma jurídica pertinente cuando las partes han invocado mal los fundamentos jurídicos de su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso.” (BLANCO, Victor Roberto Obando. *Proceso Civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Perú: Ara, 2011. p. 187-188).

¹⁰⁶⁷ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 62.

concreto”.¹⁰⁶⁸

Evita-se, desse modo, o juiz enigmático, que nada vê, nada sabe e nada decide até a prolação da sentença. As partes possuem a garantia fundamental, advinda do contraditório, de saber exatamente o que pensa e como decidirá o juiz.

O colóquio assim estimulado deverá subsistir com vantagem à oposição e confronto, dando azo ao concurso das atividades processuais das partes – inclusive do juiz -. Afinal, “o juiz do processo não pode continuar a ser o *convidado de pedra*, na conhecida expressão de Lascano. Actualmente, para que o juiz possa sentir-se, verdadeiramente, de consciência tranquila no seu desempenho, já não basta que a decisão proferida seja o epílogo de uma acção cuja tramitação foi rigorosa, em termos formais, e também já não é suficiente que tal decisão seja conforme, em termos materiais, aos factos introduzidos (originariamente) em juízo pelas partes. A realização do fim do processo passa pela referida legitimação da decisão, e esta só se alcança se o quadro fáctico dos autos corresponder (na medida do possível) à realidade”.¹⁰⁶⁹

Propugna-se, extrusivamente, pela obliteração das decisões “de gabinete”,¹⁰⁷⁰ sem a ingerências dos demais sujeitos processuais.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁸ GOMES, Gustavo Gonçalves. *O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo*. Tese de Doutorado. PUC-SP, São Paulo: 2016, p. 214.

¹⁰⁶⁹ PIMENTA, Paulo. *A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo código de processo civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 184.

¹⁰⁷⁰ A visão originária do “despacho” saneador era diametralmente oposta ao que ora se defende. Em 1941, afirmava-se que “é tão importante esse despacho que a lei, caracteristicamente célere, dá ao juiz o prazo de 10 dias para redigi-lo. E ele terá de fazê-lo detendo-se nas teses de direito substancial examinando meticulosamente todos os requisitos formais. Essas pesquisas só deverá fazê-las em seu gabinete” (CERQUINHO, Galvão. O despacho saneador. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. LXXXVI, ano XXXVIII, fascículo 454, p. 492, abr. 1941).

¹⁰⁷¹ “Esta aproximação [entre as Linhas Orientadoras e o Código Modelo de Processo Civil para a América Latina] abona em favor dos dois dispositivos analisados na medida em que demonstra a modernidade e bondade do modelo encontrado através do qual, como se escreve nas L.O., se põem em prática princípios relevantes, sendo especialmente sensíveis os deveres de cooperação

O Estado-juiz, “na medida do possível, deverá postergar todas as decisões para a audiência de saneamento, num moderno procedimento de ampla colaboração, participação e ética”.¹⁰⁷²

Destarte, o saneamento destitui-se de sua natureza declaratória¹⁰⁷³ para albergar o *escopo constitutivo* das situações jurídicas provindas das deliberações das partes. Acredita-se que “somente pela comparticipação em contraditório dinâmico e com adequada utilização do saneamento se pode obter uma tutela jurisdicional plena e justa, assim como que a concessão de oportunidade para que as partes se manifestem e discutam a causa diretamente com o juiz acarrete na diminuição de recursos contra as decisões proferidas”,¹⁰⁷⁴ entendimento que subjaz no art. 357, § 1º do CPC.

5.3 PROVIMENTO JURISDICIONAL COMO COROLÁRIO DO CARÁTER DIALÓGICO DO PROCESSO: DA DECISÃO-SURPRESA À DECISÃO-PROJETO

recíproca, boa-fê processual e verdade material” (SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. *A audiência preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil Portuguesa*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 71, ano 18, p. 178, jul./set. 1993).

¹⁰⁷² HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartin Latin, 2011, p. 138.

¹⁰⁷³ Clássica e conhecida a lição de que o saneador nada saneia, mas declara saneado. O saneamento em si dá-se ao longo da marcha procedimental. Em outros termos, são as providências preliminares que saneiam o processo. A decisão saneadora tão-somente declara saneado o processo. Nesse sentido: “perceba-se o seguinte: a) o ‘despacho saneador’ não é despacho, mas decisão interlocutória; b) o ‘despacho saneador’ nada saneia; na verdade, declara saneado; c) o seu conteúdo é equivalente ao da decisão, já examinada linhas atrás, que o magistrado proferiria acaso, tendo marcado audiência preliminar, restasse frustrada a tentativa de conciliação” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12ª Ed., Salvador: Juspodivm, p. 513).

¹⁰⁷⁴ HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartin Latin, 2011, p. 139.

5.3.1 Diálogo jurisdicional e participação na fundamentação (vedação às decisões-surpresa)

É desnecessário afirmar que a sentença¹⁰⁷⁵ (art. 203, § 1º do CPC) deve ser fundamentada.¹⁰⁷⁶ Trata-se de imperativo constitucional (art. 93, IX da CF) densificado nos arts. 11 e 489, § 1º do CPC. Referida norma¹⁰⁷⁷ é adscrita como regra – e não como princípio¹⁰⁷⁸ –, porque de seu caráter hipotético-condicional,¹⁰⁷⁹ extrai-se

¹⁰⁷⁵ Pela dicção do CPC/15, possível concluir que a natureza decisória da sentença possui relação direta com a resolução de *questões* processuais, nos termos do CPC/73. Barbosa Moreira já afirmava que as partes, através da argumentação, deduzem pontos; os pontos, caso controvertidos, transformam-se em questões.

¹⁰⁷⁶ Existem várias razões que justificam a fundamentação: a) racionalização da atividade jurisdicional; b) controle da juridicidade da decisão; c) legitimação do exercício do poder jurisdicional; d) proteção do devido processo legal e promoção de várias de suas garantias; e) redução do número de recursos; f) promoção de segurança jurídica no momento de interpretar determinado dispositivo normativo. Nesse sentido: LUCCA, Rodrigo Ramiro de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 78. Paralelamente, José Rogério Cruz e Tucci, já em 1987, afirmava que a fundamentação possuía quatro finalidades principais: a) exposição histórica da decisão; b) instrumento de comunicação e fonte de indícios; c) discurso judicial institucionalizado; d) servir como atividade crítico-intelectual (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 11).

¹⁰⁷⁷ De acordo com a teoria estruturante do professor alemão Friedrich Muller, que tem sido aceita atualmente no Brasil, texto normativo e norma não se confundem. A norma jurídica seria o resultado da interpretação de um texto normativo. Muitas vezes, a interpretação de textos normativos abertos (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) permite extrair um princípio (norma de menor densidade).

¹⁰⁷⁸ A maioria da doutrina, seja em monografias ou manuais, posiciona-se no sentido de ser um “princípio”. Tratam da matéria geralmente em capítulos introdutórios, conjuntamente a outras normas efetivamente principiológicas, sem realizar a devida distinção. À guisa de exemplos: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.175; PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ,

a previsão de uma conduta e uma consequência normativa, embotando um dever ao Estado-juiz de se pronunciar acerca das questões dialogadas sob os auspícios do contraditório participativo (arts. 6º, 7º, 9º e 10 do CPC), expressão última da própria noção de devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CF). Seu desatendimento ocasiona a sanção de nulidade, pelo desatendimento da legalidade constitucional (art. 5º, *caput* e II da CF).¹⁰⁸⁰

Estar-se-á diante de conceito binário, embora racionalmente justificável argumentativamente.¹⁰⁸¹ A sentença é *fundamentada ou não*. Inexiste *meia fundamentação ou fundamentação neutra*, como na matemática inexistente uma forma meio geométrica ou na física um estado meio gasoso.

Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil. O conteúdo Processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67; TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.III. p.47; PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, *passim*; AMORIM, Letícia Balsamão, *Motivação das decisões judiciais*. IN: TORRES, Ricardo Lobo *et al.* (Org.), *Dicionário de princípios jurídicos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 843.

¹⁰⁷⁹ Esse critério é trabalhado por Humberto Ávila para distinguir uma regra de um princípio. Os outros critérios são: a) modo final de aplicação e b) conflito normativo. Para aprofundamento: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35-66.

¹⁰⁸⁰ Esse também é o entendimento de Leonard Ziesemer Schmitz e Cristina Reindeolff da Motta. Para aprofundamento: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 209; MOTTA, Cristina Reindeolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 68.

¹⁰⁸¹ A estrutura de justificação são os mais variados possíveis, conforme o modelo adotado. Aqui, adota-se a teoria de Wróblewski sobre a justificação de escolhas judiciais. Para referido autor, o juiz deve apresentar a decisão tomada como sendo a única que poderia ser naquele caso concreto. A justificação é interna do próprio ato decisional, em caráter silogístico, e externa, isto é, apresentada argumentativamente com elementos necessários a identificar as premissas adotadas. Nesse sentido: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 57 e ss.

Para que haja fundamentação, necessário o “cotejo analítico” - na expressão cunhada pelo Superior Tribunal de Justiça - das razões e exceções invocadas pelos sujeitos processuais, quando da prolação do ato de império estatal. Cumpre-se referido dogma não apenas com a congruência (arts. 2º, 141 e 492 do CPC) da sentença com as causas de pedir e pedidos (arts. 322 e ss do CPC) formulados na exordial. Como exortado *supra*, o objeto litigioso é formado em perspectiva, isto é, potencial e virtualmente pela narração unilateral veiculada no libelo. Com a integração do réu, o debate é ampliado (com a inserção de contradireitos, exceções substanciais e objeções processuais), sendo seus contornos definitivamente forjados no momento do saneamento (art. 357 do CPC). Os argumentos e questões que daí emergem devem ser enfrentados (*Rech auf Berucksichtigung von AuBerungen*), porquanto direito da parte e dever do Estado-juiz não apenas conhecer das razões invocadas (*Kenntnisnahmepflicht*), mas considerá-las séria e detidamente (*Erwagungspflicht*), na forma do art. 489, §1º, IV do CPC. A jurisdição é verdadeiramente *constrangida epistemologicamente* pela facticidade e normatividade narradas pelas partes, eis que a intersubjetividade é condição de legitimidade à decisão.¹⁰⁸²

¹⁰⁸² Conforme assinala Lenio Streck: “devem as partes exigir que haja uma descrição detalhada, porque até mesmo uma descrição de um fato já é, sempre, um modo de prescrição. Dito de outro modo: a descrição do fato, ao tempo em que reduz a termo as percepções de mundo do intérprete, submetendo suas convicções ao necessário constrangimento epistemológico, também nos remete a uma série de convocações, feitas para aproximar o texto da realidade descrita. Aqui, imbrica-se o dever de fundamentação com o dever de levar a sério os argumentos das partes, considerando-os profunda e detidamente, o que no direito alemão se chama de *Erwagungspflicht*. A fundamentação é considerada um direito essencial pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (sentenças de 9-12-1994, Ruiz Torija e Hiro Balanies, parágrafos 27 e 29; de 19-2-1998, 3, Higgins e outros – Fr, parágrafo 42; e de 21-1-1999, 1, García Ruizes). No mesmo sentido, ressalte-se a posição do Tribunal Constitucional da Espanha [...] O dever de fundamentar – que é mais do que motivar – não é simplesmente um adereço que será posto na decisão. Tampouco será uma justificativa para aquilo que o juiz decidiu de forma subjetivista e solipsista. O Estado Democrático e a Constituição são incompatíveis com modelos de motivação teleológicas do tipo ‘primeiro decido e só depois busco o fundamento’. Superado o paradigma subjetivista (filosofia da consciência e suas vulgatas), é a intersubjetividade que

Desse modo, “as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de ‘colaboradores necessários’, pois somente pela soma das parcialidades das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético”.¹⁰⁸³

Justamente por isso que a fundamentação representa a *derradeira manifestação do contraditório*,¹⁰⁸⁴ como se fosse “um último ato de uma peça teatral”,¹⁰⁸⁵ sob pena da jurisdição se transmutar em arbítrio, com a “a pequenez de um tirano solerte que se esconde e se dissimula na decisão que profere, a nível micro, quase anônima pelo reduzido de sua visibilidade, protegido em seus desvios funcionais pelo bonito discurso do imperativo da ‘independência’ do julgador, como se numa democracia houvesse independência aceitável em face do verdadeiro soberano de todos – os cidadãos”.¹⁰⁸⁶

será a condição para o surgimento de uma decisão” (STRECK, Lenio. Comentários ao art. 489. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 683).

¹⁰⁸³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 55.

¹⁰⁸⁴ Nesse sentido: SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 472; SILVA, Ovídio Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

¹⁰⁸⁵ A bela metáfora é empregada pela professora Teresa Arruda Alvim. Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e acórdão. *Revista de processo*, vol. 168, p. 55. São Paulo: RT, fev. 2009.

¹⁰⁸⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 222.

A decisão-sentença, sem a participação das partes no *iter* procedimental de sua construção, é ausente de legitimidade, e por isso, *inexistente*.¹⁰⁸⁷ Afinal, “uma decisão que desconsidere, em seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade”.¹⁰⁸⁸

A finalidade da fundamentação em relação ao contraditório “é fazer com que fique demonstrado pelo autor da sentença que esta foi proferida após real e adequada consideração das solicitações, alegações e elementos probatórios que no processo concretizaram o exercício do direito de defesa”.¹⁰⁸⁹ O Estado-juiz pode não acolher determinado fundamento, todavia, nunca obliterá-lo ou solenemente ignorá-lo, ante a *sujeitificação*¹⁰⁹⁰ do ato decisional, encarado em perspectiva sistêmica.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁷ A inexistência do provimento, quando não há a necessária ligação entre contraditório e fundamentação é defendida por Giuseppe Tarzia em sua obra *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989, p. 372: “la parità delle parti è violata laddove il giudice, intervenendo nel dibattito processuale, dialoghi con una soltanto di esse; audizioni unilaterali, al di fuori del contraddittorio, contravengono ad una regola non solo di costume ma ormai di diritto, ad una regola fontamentale del processo civile”. Também é defendida por Paolo Sommaggio: “una sentenza che si basa su di un argomento non discusso dalle parti, e che perciò ignora (o meglio nega) il valore accertante del contraddittorio, viene colpita dalla nullità, ossia non esiste per l’ordinamento” (SOMMAGGIO, Paolo. La centralità del contraddittorio nell’esperienza giuridica: Prime riflessioni per una teoria radicale, *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 7/2007, p. 100. Disponível em: <www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=static&option=index&cID=231> . Acesso em: 4 outubro de 2017).

¹⁰⁸⁸ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

¹⁰⁸⁹ FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo. In: *La sentenza in Europa*. Padova: Cedam, 1988, p. 315.

¹⁰⁹⁰ É um neologismo criado por Miguel Reale ao tratar, em linhas gerais, da necessária alteridade no discurso judicial. Para o renomado jurista, “o Eu fala ao Tu, dialoga com o Tu: a realidade humana é esse diálogo, essa relação. O Tu não é objeto; é sujeito desde o começo. E esse sujeito-Tu é indispensável para que apareça o sujeito-Eu” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 30ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 420). Uma mesma reflexão acerca do outro,

Em tom didático, “o dever de fundamentação é exigência do devido processo legal, decorrendo do princípio do contraditório. O art. 10 do CPC estabelece o dever de consulta, a ser observado pelo juiz. Significa que não é possível que se decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício. Os fundamentos contidos na sentença devem ser somente aqueles que tenham sido objeto de debate no curso do processo ou, ao menos, que tenham sido alvo de oportunidade conferida às partes para manifestação. Em virtude do disposto no art. 10, impõe-se a adoção de um contraditório substancial. Realmente, o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, implicando a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. É preciso se observar o contraditório, a fim de evitar um ‘julgamento surpresa’. E, para evitar ‘decisões-surpresa’, toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório”.¹⁰⁹²

pode-se inserir o filósofo ético Lévinas, que na sua obra prega a epifania do outro, tendo como prisma a consideração de sua aparição de forma nu, pois "o outro que se manifesta no rosto perpassa, de alguma forma, sua própria essência plástica, como um ser que abrisse a janela onde sua figura no entanto já se desenhava. Sua presença consiste em se despir da forma que, entretantes, já a manifestava. Sua manifestação é um excedente (*surplus*) sobre a paralisia inevitável da manifestação. É precisamente isto que nós descrevemos pela fórmula: o rosto fala. A manifestação do rosto é o primeiro discurso. Falar é, antes de tudo, este modo de chegar por detrás de sua aparência, por detrás de sua forma, uma abertura na abertura” (LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. São Paulo: Vozes, 1993, p. 59).

¹⁰⁹¹ Acerca do assunto, Fritjof Capra lembra da necessidade de compreensão do mundo de maneira sistêmica, de forma que tudo seja compreendido como indissociável: "a concepção sistêmica vê o mundo em termos de relações e de integração. Os sistemas são totalidades integradas, cujas propriedades não podem ser reduzidas às de unidades menores" (CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 16).

¹⁰⁹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1299.

O contraditório não é mero adereço estéril, prostrado nas entranhas do processo, como a insensibilidade própria dos burocratas faz crer. Por detrás desta perversa ideologia – típica de execráveis regimes autoritários – é que abrolham opiniões flagrantemente inconstitucionais, como os do seguinte jaez: “entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”;¹⁰⁹³ “é desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”;¹⁰⁹⁴ “não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório”;¹⁰⁹⁵ e “não será declarada a nulidade sem que tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo por ausência de análise de argumento deduzido pela parte”.¹⁰⁹⁶

Todos os enunciados apresentam exemplos de decisões-surpresa (*verbot der uberraschungentscheidungen*),¹⁰⁹⁷ também denominadas decisões de emboscada (*ambush decision*)¹⁰⁹⁸ ou decisões

¹⁰⁹³ Enunciado 1 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), aprovado durante o “Seminário – O poder judiciário e o novo código de processo civil”, entre 26 e 28 de agosto de 2015.

¹⁰⁹⁴ Enunciado 3 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), aprovado durante o “Seminário – O poder judiciário e o novo código de processo civil”, entre 26 e 28 de agosto de 2015.

¹⁰⁹⁵ Enunciado 6 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), aprovado durante o “Seminário – O poder judiciário e o novo código de processo civil”, entre 26 e 28 de agosto de 2015.

¹⁰⁹⁶ Enunciado 42 Enunciado 6 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), aprovado durante o “Seminário – O poder judiciário e o novo código de processo civil”, entre 26 e 28 de agosto de 2015.

¹⁰⁹⁷ SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Verfassung und Zivilprozess*. Bielefeld: Giesecking, 1984, p. 55.

¹⁰⁹⁸ Nesse sentido se pronunciam: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 660; COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padoa: Cedam, 1970, p. 143.

de terceira via (*della terza via*),¹⁰⁹⁹ na expressão italiana. E assim o são porque se esquecem que um provimento jurisdicional “é julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão coextensiva da argumentação das partes, adquirindo conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento”.¹¹⁰⁰ Também se esquecem que a ausência de diálogo é uma forma de violência simbólica¹¹⁰¹ institucionalizada no cotidiano forense, relacionada à irracionalidade humana, forjada em um arquétipo primitivo, onde o ato de decidir é solitário, nunca contingente.¹¹⁰² E,

¹⁰⁹⁹ DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. Dall'azione al giudicato*. Padova: CEDAM, 1983. p. 62-63.

¹¹⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 46. Em sentido análogo: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, *passim*.

¹¹⁰¹ Um dos conceitos mais comentados e menos conhecidos na obra de Pierre Bourdieu é o de “violência simbólica”. Criado com o objetivo de elucidar as relações de dominação que não pressupõe a coerção física ocorridas entre as pessoas e entre os grupos presentes no mundo social, o eminente sociólogo francês cunha esta noção, a qual corresponde a um tipo de violência que é exercida em parte com o consentimento de quem a sofre. A raiz da violência simbólica estaria deste modo presente nos símbolos e signos culturais, especialmente no reconhecimento tácito da autoridade exercida por certas pessoas e grupos de pessoas. Deste modo, a violência simbólica nem é percebida como violência, mas sim como uma espécie de interdição desenvolvida com base em um respeito que “naturalmente” se exerce de um para outro. Para aprofundamento: BORDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Bertrand, 1989, *passim*.

¹¹⁰² A doutrina assim já se manifestou: “o princípio do contraditório e a imposição de um diálogo genuíno antes que decisões sejam tomadas são, com recorrência, apresentados e considerados como uma forma de ‘violência’ ao modo com que o ser humano decide e é condicionado ao longo de sua vida [...] e a explicação do estranhamento ao princípio, em sua feição mais robusta, talvez não esteja ao largo da razão. Somos ensinados, desde a mais tenra idade, a seguir um arquétipo marcado pelo exercício de poder decisório solitário. Tudo se inicia nos lares, quando os pais, até em razão da incapacidade de diálogo dos infantes e da necessidade de orientá-los rumo ao que lhes parece melhor e mais adequado, decidem sozinhos aspectos essenciais de suas vidas [...] e a situação amíu-de se mantém ao longo de toda a vida. Afinal, mesmo depois de adultos, e por mais que sejamos (ou pensemos ser) acessíveis ao debate sobre questões a

principalmente, esquecem-se que “os direitos fundamentais garantem a cada sujeito o direito e a pretensão a um processo equitativo, ou seja, a clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato, desse modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários”.¹¹⁰³

Embora sem adotar as premissas aqui lançadas, no ano de 2017, em pioneira decisão, o Superior Tribunal de Justiça encampou as consequências diretas e imediatas do ora propugnando, quando venceu que a decisão-surpresa ou de terceira via “rompe como modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu. Mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial”.¹¹⁰⁴ O acórdão foi declarado nulo, “na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador”, ao implicar *error in procedendo*, porquanto não se assegurou a necessária correlação entre “o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada”.

envolver assuntos pessoais e familiares, nossas pré-compreensões acabam sendo fator principal (ou único) nas decisões adotadas. Intuímos solitariamente as soluções, tudo sob a influência de nossa própria subjetividade e sem interferências por parte de terceiros” (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; SILVA, Natanael Lud Santos. Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas fundamentais: coleção grandes temas do novo CPC*, vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 213-214).

¹¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. 1, p. 274.

¹¹⁰⁴ STJ, REsp nº 1.676.027-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11.10.2017.

Consagrou-se verdadeira ode à procedimentalidade interacional, dialética e dialógica, onde a participação dos sujeitos processuais se reifica como monumento basilar à edificação do pronunciamento jurisdicional.¹¹⁰⁵ Destarte, “o princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar do processo civil contemporâneo, permitindo às partes a participação na realização do provimento”.¹¹⁰⁶

Em síntese, a decisão deve ser um diálogo, nunca um monólogo voluntarista ou solipsista (*cognitive biases*). Sentença não é sinônimo de ato de vontade individual. Ao revés, transfigura-se como fator legitimador da própria natureza da jurisdição. E legítimo o ato será quando edificado sobre as balizas fático-jurídicas exortadas pelos demais sujeitos processuais. Portanto, não há mais (em verdade, nunca

¹¹⁰⁵ Em sentido análogo: “de modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido, ou considerada sem maior significado: o Tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo. Permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença, dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litúgio, em homenagem ao princípio do contraditório. [...] Mesmo a matéria que o juiz deve conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por sinal, é bem possível recolha o órgão judicial, dessa audiência, elementos que o convençam da desnecessidade, inadequação ou improcedência da decisão que iria tomar. Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o Juiz ou o Tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se percebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório' (O juiz e o princípio do contraditório, RePro 71/31). À semelhança do que faz o CPC/2015 nos arts. 9º e 10, esta concepção vem sendo acolhida por todas as legislações processuais modernas” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2016, p. 133).

¹¹⁰⁶ STJ, REsp nº 421.342-AM, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJE 25.11.2002.

existiu)¹¹⁰⁷ espaço para locuções ou mantras decisórios da espécie “o juiz não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha fundamento suficiente para embasar a decisão”.¹¹⁰⁸

Já se pronunciava Moniz de Aragão sobre o problema: “é inadmissível supor que o juiz possa escolher, para julgar, apenas algumas das questões que as partes lhe submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas, se não o dizer, a sentença estará incompleta”.¹¹⁰⁹ Com isso, desloca-se o problema da justeza decisória do “papel-missão” do juiz “para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea não é a convicção ideológica, das preferências pessoais. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações”.¹¹¹⁰

Nesse passo, a leitura a ser realizada do art. 489, § 1º, IV do CPC, ao propugnar que não se considera motivada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” é no sentido de

¹¹⁰⁷ Entende a doutrina que o diálogo constante é uma das próprias “justificações éticas” do direito processual civil. Para uma análise detalhada: RAGONE, Álvaro Perez. Contornos de la justicia procesal (procedural fairness): la justificación ética del proceso civil. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima: Palestra, 2006, n. IX, p. 291.

¹¹⁰⁸ STJ, AgRg no Ag 607.622/RS, 4ª turma, rel. Min. José Scartezzini, julgado em 15.09.2005. Eis apenas um exemplo. Basta uma singela busca em algum repertório de jurisprudência de qualquer Tribunal do país para encontrar decisões com idêntico conteúdo. Em verdade, embora pareça pessimismo ou exagero assim proceder, sequer necessária uma busca. Decisões desse quilate aparecem diuturnamente à presença de qualquer um milita no cotidiano forense.

¹¹⁰⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. São Paulo: Aide, 1992, p. 103.

¹¹¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 195.

que, quando o texto normativo se utiliza do vocábulo *argumentos*, referencia aqueles que potencialmente alteram a conclusão incidente sobre o mérito. Referidos argumentos são precisamente *pontos* e *questões* hauridos pelas partes. Uma causa de pedir pode possuir inúmeros argumentos. O argumento não é a causa de pedir em si, mas a metalinguagem utilizada para descrever a pretensão. É mais que um “mero” direito de influência, substanciando-se em dever de debate ao órgão jurisdicional.¹¹¹¹

Através dessa metalinguagem argumentativa que se mediatiza o sentido de validade de toda relação significativa entre sujeito (partes) e objeto (pedido e causa de pedir).¹¹¹² A pretensa autoconsciência do objeto litigioso, concebida mediante método solipsista, é incapaz de aperceber-se que o esquema sujeito-objeto de cognição aperceptivo está mediado por signos e, portanto, pela dualidade interpretação-argumentação. Uma decisão solitária encampa “uma não consideração efetiva da intersubjetividade como mediação fundamental para a construção e validação de discursos”.¹¹¹³ Somente através dessa *razão comunicativa* e instrumental que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”,¹¹¹⁴

¹¹¹¹ Em sentido análogo: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, n. 90, p. 62; TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 320; NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2000, p. 66; VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6ª Ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1, p.106.

¹¹¹² HERRERO, Francisco Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo de. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2ª Ed., Petrópolis: Vozes, 2001, p. 166. Na filosofia, Heidegger previa essa relação entre signos e significantes a partir da estrutura prévia do modo-de-ser-no-mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão são uma estrutura social comum.

¹¹¹³ COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 57.

¹¹¹⁴ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. 1, p. 142-143. Complementa o Autor que o predicado “válidas” “[...] refere-se a normas de ação e proposições

legitimando discursivamente o processo jurisdicional e afastando o ideal monológico que assegura(va) ao Estado-Juiz um “privilégio cognitivo” na tomada de decisões.

A mencionada metodologia “afasta qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra fundada no prudente ou livre arbítrio do julgador, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito”¹¹¹⁵, que é legitimado pela participação dos sujeitos processuais.¹¹¹⁶

A *completude* da decisão afere-se em função à atividade das partes autora e ré, principalmente por meio de seus argumentos que possuem o fito de influenciar o órgão jurisdicional.¹¹¹⁷ Não basta

normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa”.

¹¹¹⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 36.

¹¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, n. 36.2, p. 285: “a participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder. Para a efetividade do processo, colocada em termos de valor absoluto, poderia parecer ideal que o contraditório fosse invariavelmente efetivo: a dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo como o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas”.

¹¹¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 391. Nesse sentido, prossegue a Autora: “a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional ficaria seriamente comprometida se o autor tivesse o direito de submeter sua pretensão (=

simples menção a esquemas lógicos-jurídicos previamente elaborados pelo Estado-juiz, dos quais exsurgem as “conclusões”.¹¹¹⁸ Tal critério é “notevolmente ambiguo e in gran parte oscuro”,¹¹¹⁹ não se coadunando com as exigências inerentes ao Estado Democrático e Constitucional de Direito.¹¹²⁰

Com isso, evidencia-se uma *jurisconstrução* (art. 93, IX da CF e arts. 6º, 7º, 9º 10, 11 e 489, § 1º do CPC) da decisão por todos os sujeitos processuais (policentrismo), primordialmente pela “fundamentação analítica”, que individualiza, valora e enuncia sentidos¹¹²¹ aos argumentos dialogados encartados¹¹²² através da

afirmação de direito) ao Judiciário, e uma séria de razões em função das quais afirma ter este direito, e a este direito não correspondesse o dever do Judiciário no sentido de examinar todas elas. Por outro lado, também a garantia de defesa ficaria esvaziada se o juiz não tivesse o dever de levar em conta todas as alegações do réu, concretamente manifestadas. De pouco ou nada valeria garantir à parte o direito de defesa, se se consentisse ao juiz o poder de não levar em conta as alegações das partes”.

¹¹¹⁸ HRUSCHKA, Joachim. *La costituzione del caso giuridico: il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 25: “il giurista che compie applicazioni giuridiche, il quale é chiamato a emettere un giudizio di diritto su ‘um caso pratico’ deve compiere una tríplice indagine: 1) accertare il caso in quanto tale, ossia i dati di fatto da giudicare; 2) raccogliere le disposizione giuridiche che vengono in considerazione; 3) porre in relazione i dati di fatto accertati e le disposizione giuridiche selezionata. Il terzo compito costituisce la vera e própria attività di applicazione giuridica, eppure presuppone gli atti propedeutici dell’acertamento fattuale e dell’individuazione normative. Ma, d’altra parte, queste due attività sono correlate a tal punto che l’uma non è concepibile senza l’altra. I dati di fatto si possono accertare solo in considerazione delle disposizioni giuridiche, là dove le disposizioni giuridiche si possono rintracciare solo in considerazione dei datti di fatto”.

¹¹¹⁹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 417.

¹¹²⁰ USTÁRROZ, Daniel. *A democracia processual e a motivação das decisões judiciais. As garantias do cidadão no processo civil – Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 132.

¹¹²¹ MAZZARESE, Tecla. Dubbi epistemologici sulle nozioni di “quaestio facti” e “quaestio juris”. *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, vol. 69, n.

linguagem.¹¹²³ É imprescindível a análise da totalidade argumentativa¹¹²⁴ - assegurando igualdade de chances (*Chancengleichheit*) e de armas (*Waffengleichheit*) - não se aquiescendo com a posição doutrinária de que “para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos da defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda”.¹¹²⁵

E não se concorda, a uma, porque “a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental”;¹¹²⁶

4, p. 294-320, La Rioja, 1992: “una decisione giudiziale è il risultato di una decisione non di un processo meramente cognitivo e/o ricognitivo del diritto”.

¹¹²² O que se defende é uma motivação adequada, com o enfrentamento de todos os argumentos das partes. Não há como se confundir com “excesso” de fundamentação: “há excesso de motivação, dada a prolixidade dos argumentos muitas vezes trazidos pelo julgador, com citações doutrinárias extensas e inúteis e a transcrição de julgados inaplicáveis, o que torna enfadonha a leitura e difícil a compreensão da decisão” (SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 125).

¹¹²³ COSTA, Adriano Soares. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179: “quando dizemos que o Direito é linguagem não estamos afirmando que o Direito seja apenas linguagem. Norma, fato e valor dialeticamente se implicam no fenômeno jurídico”.

¹¹²⁴ Exige-se: “i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2015, p. 151).

¹¹²⁵ DIDIER JR, Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil*. Vol 2, 10ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 336.

¹¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 73. E prossegue o renomado

e, a duas, porque autor ou réu, mesmo não sucumbindo, caso inexistir enfrentamento dos argumentos invocados, possuem interesse recursal na impugnação da decisão por ausência de fundamentação, porquanto poderão ser prejudicados futuramente. Eis um exemplo prosaico: a parte autora alega dois fundamentos (X e Y) para sua pretensão. A parte ré alega duas exceções substanciais (W e Z). O pedido é julgado procedente com a análise do fundamento X do Autor e com a rejeição expressa de ambas as exceções do Réu. Em uma primeira análise, somente se franquearia acesso à sindicância recursal ao Réu sucumbente. Entretanto, se no exemplo hipotético o fundamento X - analisado e acolhido em primeira instância e, posteriormente, no Tribunal - encontrar entendimento sedimentado e iterativo nas Cortes Superiores em sentido contrário? O Autor é vencedor, mas possui sério risco de uma decisão contrária no âmbito dos recursos excepcionais. Parece crível defender que desde a primeira instância possui interesse em ver debatido e apreciado todos os argumentos invocados, sob a premência de alguma das Cortes de Sobreposição entender não “prequestionada”¹¹²⁷ as demais questões suscitadas, malgrado a dicção

constitucionalista português: “noutros termos, porventura mais explícitos: o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade”.

¹¹²⁷ O prequestionamento, como bem adverte Pedro Miranda de Oliveira, não é requisito para a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. O verdadeiro requisito de admissibilidade é a “causa decidida”. Segundo o professor catarinense: “o verdadeiro requisito dos recursos excepcionais é a existência de *causa decidida* sobre a aplicação de dispositivo legal constitucional ou infraconstitucional na decisão recorrida [...] não se deve confundir *prequestionamento* com *causa decidida*. O requisito de cabimento do recurso extraordinário é a *causa decidida* (= atividade judicial) e não o *prequestionamento* (= atividade da parte). Resumidamente, se a questão foi decidida, a respeito poderá a parte interpor recurso extraordinário, independentemente de ter sido previamente questionada, haja vista as questões constitucionais poderem ser analisadas de ofício pelo órgão julgador [...] o prequestionamento é, na verdade, a discussão prévia da questão constitucional debatida durante o processo e que constitui o pressuposto lógico para que se tenha uma *causa decidida*” (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso*

do art. 1.035 do CPC e o teor do enunciado 356 da súmula de jurisprudência do STF.

O contraditório participativo incrementa a atividade cognitiva processual,¹¹²⁸ reduzindo o tempo fisiológico do processo e conduzindo à mitigação de expedientes recursais. E, mesmo na eventualidade de recursos, promove as seguintes consequências práticas: a) possibilita a precisa identificação de recursos extraordinários representativos com abrangente argumentação-discussão (art. 1.036, § 6º do CPC); b) limita o espectro de decisão no órgão colegiado (art. 1.037, I e § 2º do CPC); c) possibilita a realização de audiências públicas (art. 983, § 1º e art. 1.038, II do CPC); d) possibilita a manifestação dos *amici curiae* (art. 938, *caput* e art. 1.038, I do CPC).

Por derradeiro, o contraditório participativo é também imprescindível à própria formação e conformação de eventual coisa julgada (art. 502 do CPC)¹¹²⁹ sobre o debate de questões prejudiciais formadas no transcurso procedimental (art. 503, § 1º, II do CPC).

extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: RT, 2013, p. 172-173).

¹¹²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1988 p. 88.

¹¹²⁹ Não se imiscuirá na problemática específica da coisa julgada. Já advertia Barbosa Moreira, “poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções. Séculos de paciente e acurada investigação foram incapazes de produzir, já não diremos a aquietação das polêmicas, que subsistirão enquanto o homem for o que é, mas ao menos a fixação de uma base comum em que se possam implantar as multiformes perspectivas adotadas para o tratamento da matéria” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Revista dos Tribunais*, n. 416. São Paulo: RT, 1970, p. 9). As discussões acerca da coisa julgada são imensas, a começar pela sua natureza jurídica. Exemplificativamente, tem-se: a) coisa julgada como presunção absoluta de verdade; b) coisa julgada como ficção de verdade; c) coisa julgada como eficácia sentencial; d) coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença; e) coisa julgada como qualidade da força sentencial. Para um exame detalhado, consultar: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e*

5.3.2 “Questão de fato” e “questão de direito”: porque o adágio *iura novit curia* é um autoritarismo

Se é certo que “o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu destino, como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta, por isso, só possível, não necessária e histórico-culturalmente condicionada) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num mesmo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e condicionalidade de toda a cultura”,¹¹³⁰ seria ingenuidade imaginar a aplicação da máxima *iura novit curia* como originalmente concebida, no recôndito do processo assimétrico, nutrido por uma lógica apodítica “e mecanicista acerca do que é direito”.¹¹³¹

Uma advertência inicial é imprescindível: as próximas linhas e ideias podem soar excêntricas ou extravagantes, embora não o sejam. O processo no antigo mundo helênico rejeitava o *iura novit curia*. O estado-juiz “não era obrigado a conhecer a lei, nem a tê-la em conta para decidir a causa se não alegada e debatida pelas partes”.¹¹³²

A gênese do brocardo *iura novit curia* é um oxímoro,¹¹³³ porquanto *consabidamente desconhecida*.¹¹³⁴ Para alguns, está presente

outros escritos sobre a coisa julgada. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, *passim*.

¹¹³⁰ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 49.

¹¹³¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2011, p. 101.

¹¹³² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2011, p. 73.

¹¹³³ Etimologicamente, a palavra deriva do grego *oksúmoron*, significando “agudo” ou “aguçado”. É uma figura de linguagem utilizada para demonstrar ironia ou sarcasmo quando se emprega conceitos paradoxais ou contraditórios, como na espécie.

¹¹³⁴ A origem da máxima não encontra consenso na doutrina. A largos termos, sua origem estaria vinculada à estruturação do papel das partes e do julgador, sendo determinante, no período a ideia de separação entre questões de fato e

desde o período da *extraordinaria cognitio romana*,¹¹³⁵ para outros, surgiu no *ordo iudicarius* do *Ius Commune* medieval.¹¹³⁶

Significa a famigerada parêmia, a largos termos, que ao órgão jurisdicional compete “aplicar” o direito positivo às questões fáticas submetidas em juízo, independentemente do particularizado pelas partes.¹¹³⁷ A antediluviana prerrogativa do Estado-juiz, de livre predileção à qualificação jurídica da demanda, está estaiada nos seguintes pressupostos: “a) o julgador tem o monopólio do direito; b) as

questões de direito. A própria expressão é controversa, conforme assinala Valentin: “en efecto, además del tradicional aforismo iura novit curia, la regla se há identificado intercambiando el orden de las palabras (así, se la há denominado ‘curia novit iura’ o ‘curia iura novit’) o substituyendo alguna de ellas por otras sinónimas o de alcance similar (‘curia novit leges’; ‘iuris novit curia’). También se há formulado a través de otros aforismos como ‘venite ad factum. Curia iura novit’, o ‘daha mihi factum et dabo tibi ius’ (expresado por otros autores como ‘narra mihi factum, narro tibi ius’) o ‘curia nosse leges praesumitur’” (VALENTIN, Gabriel. *Principio de congruência y regla iura novit curia: em el proceso civil uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 173).

¹¹³⁵ BAUR, Fritz. Da importância da dicção iura novit curia. *Revista de processo*, vol. 1, n. 3, p. 169-177, São Paulo, jul.-set. 1976; CAPONE, Arturo. *Iura novit curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. Milano: Cedam, 2010, p. 17.

¹¹³⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 22. Essa é a posição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “a máxima, aliás, custou a se fixar nos sistemas jurídicos ocidentais, tornando-se operante apenas no século XIV, porquanto na especulação medieval a questão de direito não pertencia ao domínio do certo, mas do provável. Toda ciência do direito reduzia-se, então, a uma ciência de prova, e o próprio direito não existia independentemente dela” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 222).

¹¹³⁷ Sobre o assunto: SATTA, Salvatore. Iura novit curia. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 46, n. 1, p. 380-385, mar. 1992; MICHELI, Gian Antonio. Iura novit curia. *Rivista di diritto processuale*, vol. 16, p. 576-605. Milano, 1961. Na doutrina brasileira: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, *passim*.

partes não conhecem e não têm dever perante o direito; c) o julgador não está sujeito ao contraditório; d) as partes não têm efetiva influência na construção da motivação da decisão”.¹¹³⁸ Demais, “essa é a razão pela qual, classicamente, o funcionamento do processo estaria orientado precipuamente para a averiguação, mediante instrução probatória, dos fatos. A posterior aplicação das consequências jurídicas aos fatos provados seria operação simplesmente mecânica, realizada de forma quase automática”.¹¹³⁹

Evidencia-se que a fundamentação do brocardo é assaz autoritária, principalmente no que pertine ao órgão jurisdicional não ser sujeito do contraditório.¹¹⁴⁰ Consubstancia-se em um autoritarismo que, além de impregnar com coágulos de sentidos o senso comum teórico dos juristas (*communis opinio*)¹¹⁴¹ - designando as condições implícitas de

¹¹³⁸ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 195.

¹¹³⁹ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 258.

¹¹⁴⁰ Sem a inclusão do julgador como sujeito do contraditório, impossível o adequado “acertamento da decisão”. Nesse sentido: TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 45.

¹¹⁴¹ O “senso comum teórico dos juristas” é uma construção de Luiz Alberto Warat na obra “Mitos e teorias na interpretação da lei”. Encontra fundamentação nos pensamentos de Althusser, Bachelard, Wittgenstein e Nietzsche. Warat foi um dos primeiros juristas a introduzir no Brasil, em meados dos anos setenta, a Filosofia Analítica do Direito sob uma perspectiva crítica que impactou a teoria jurídica positivista dominante na época, pois visa privilegiar a linguagem, pressuposto epistemológico fundamental para o entendimento do conhecimento. Seu pensamento se situa na ruptura que a filosofia da linguagem provocou na compreensão do ato de conhecer, pois buscou elementos para tornar visível a relação entre direito e linguagem e construiu uma base teórica que tem por objetivo compreender o papel da ideologia no discurso jurídico. Para aprofundamento: WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral do direito: interpretação da lei*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994; WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

produção, circulação e consumo das “verdades” de enunciação e escritura do Direito -, encontra eco na realidade. Há ampla aceitabilidade do *iura novit curia* no direito processual brasileiro: encontra-se 4.027 decisões, entre monocráticas e colegiadas, aplicando a máxima no Superior Tribunal de Justiça.¹¹⁴²

Em antítese aos pressupostos acima, o brocardo merece ser revisto, por cinco razões (todas explicitadas ao longo do trabalho): a) questões de fato e questões de direito são indissociáveis. Logo, não há possibilidade do juízo fracioná-las, cindindo o direito do fato,¹¹⁴³ amesquinhando a função jurisdicional¹¹⁴⁴ e concentrando toda a decisão da causa no dispositivo, ignorando que esse é condicional pelas opções contidas na fundamentação (art. 93, IX da CF e arts. 11 e 489, § 1º, IV e § 3º do CPC);¹¹⁴⁵ b) eventual cisão, para fins didáticos ou silogísticos-

¹¹⁴² Pesquisa realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça no dia 8 de outubro de 2017.

¹¹⁴³ Em sentido contrário, a maioria da doutrina. Em especial, Taruffo: “premissa di diritto e premissa di fatto siano nettamente separabili entro lo shema silogistico della decisione giudiziale, che la prima sai determinabile independentemente della seconda” (TARUFFO, Michele. Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie. In: TARUFFO, Michele. *Il vértice ambíguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 47).

¹¹⁴⁴ José Afonso da silva é categórico: “tal doutrina amesquinha a missão do juiz. Desconsidera os valores jurídicos que devem constituir conteúdo da decisão judicial. Alheia o magistrado do mundo cultural, donde se extrai o material objeto do seu juízo de valor, com a pretensão de querer atribuir-lhe apenas a função de emitir juízos lógicos” (SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, p. 129).

¹¹⁴⁵ Asseverando a importância da fundamentação em relação ao dispositivo, Talamini: “a rigor, só poderá falar em sentença inexistente por falta de *decisum* quando, além de não haver no ato uma conclusão decisória formal, for impossível extrair qualquer comando do texto dedicado à motivação. Isso ocorrerá quando, mais do que despida de parte formal dispositiva, a ‘sentença’ contiver texto de ‘fundamentação’ incerto, inerente, desconexo – ou, mesmo, não tiver fundamentação nenhuma” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 310).

subsuntivos,¹¹⁴⁶ não prescinde do efetivo e prévio diálogo com os demais sujeitos processuais para o contributo do direito aplicável,¹¹⁴⁷ ante o contraditório participativo (art. 5º, LIVe LV da CRFB e arts. 6º, 7º, 9º e 10 do CPC);¹¹⁴⁸ c) impossível a jurisdição ser legatária do atávico modelo hiperpublicista de processo, em que a função precípua é a declaração de direitos (*iuris dictum*);¹¹⁴⁹ d) a teoria da substancição da

¹¹⁴⁶ Esse arcaico modo de decidir, envolto em um processo lógico-dedutivo, com fundamento em silogismo puro, onde a premissa menor é o fato, a maior o direito e a conclusão o dispositivo é legatário das Teorias Formalistas da interpretação. Nesse sentido, merece transcrição as palavras de Vittorio Villa: “ebbene, l’idea centrale del formalismo, perlomeno in questa sua prima fase ‘piu pura’, é che la legge (per la Scuola dell’esegesi) ovvero un insieme piú complesso di materiali giuridici (per la Scuola storica) abbiano un significato integralmente preconstituito rispetto all’interpretazione, um significato che attende di essere scoperto dall’interprete, e che può poi essere eventualmente oggetto di un processo di ulteriore chiarificazione, per esigenze di carattere applicativo (giudici) o di costruzione dogmatica (giuristi), attraverso il ricorso all’intenzione del legislatore (per la Scuola de l’esegesi); ovvero che può costituire la base di partenza per um lavoro di sistematizzazione dogmatica che ricostruisca i nesso logici fra i vari materiali giuridici esaminati (per la Scuola storica). Il modo di concepire l’attività interpretativa (e ovvidamente anche l’ulteriore attività costruttiva) è dominato dall’idea che le regole della logica formale siano sufficienti a guidare i processi di interpretazione e di applicazione del diritto ai casi concreti (il cosiddetto logicismo giuridico). La sentenza stessa si può considerare la conclusione di um silogismo (il silogismo giudiziale), che há come premissa maggiore la disposizione normativa (di cui l’interpretazione giuridica si limita a ‘scoprire il significato’) e comoe premissa minore il fatto accertato da giudicare” (VILLA, Vittorio. *Uma teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 81).

¹¹⁴⁷ VOGLIOTTI, Massimo. *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*. Torino: Giappichelli, 2007, p. 62.

¹¹⁴⁸ SILVEIRA, João José Custódio. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

¹¹⁴⁹ Criticando a função “meramente” declaratória da jurisdição e demonstrando a necessária compatibilização com o modelo constitucional de processo, acrescentando o papel de constituição e reconstrução de direitos: “o Código de Ritos sepultado possuía como *paradigma* de jurisdição o pensamento *chiovendiano*. Significa dizer: o Judiciário tão-somente desvela(va) o sentido intrínseco e preexistente do texto normativo, utilizando seu poder para

causa petendi, onde preponderam os “fatos” articulados pelas partes, sendo o “direito” mera exortação retórica ao Estado-juiz é incompatível com o modelo processual constitucional, onde, ao revés, tutelam-se *afirmações jurídicas*; e) a regra da congruência (arts. 2º, 141 e 492 do CPC) conforma todo o objeto litigioso formado no transcurso procedimental e constitui-se da causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos), pedidos e articulações defensivas.¹¹⁵⁰

concretizar ‘a vontade concreta da lei’ e criar a ‘norma individual para o caso concreto’. Decorrências óbvias da Teoria da Declaração que imperava no conceito de jurisdição [...] inegável que os juristas – e especialmente, o juiz, como intérprete autêntico – (re)constróem semântica e normativamente o ordenamento jurídico. No hodierno *Estado Constitucional de Direito*, parte-se do pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de *reconstrução* do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos [...] qualquer perspectiva de jurisdição que vislumbre, estaticamente, como finalidade do processo civil a *Gesetzewillens*, a *volontà concreta della legge*, encontra-se desalinhada com a atual perspectiva do processo, a formação de um sistema de precedentes e com os compromissos dirigentes de nossa Constituição Federal” (FAVERO, Gustavo Henrichs; RESCHKE, Pedro Henrique. Função criativa do juiz e sistema de precedentes. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Panorama atual do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 217-218).

¹¹⁵⁰ Em sentido similar, leciona Domit: “a problemática concernente à aplicação da máxima *iura novit curia* está diretamente vinculada, conforme visto, à divisão do trabalho entre juiz e partes no processo. Com efeito, tradicionalmente a máxima informa a ideia de que o juiz não está vinculado à fundamentação jurídica da demanda, estando livre para desconsiderá-la, modificá-la em alguns de seus termos ou alterá-la completamente [...] sendo assim, pelo fato de a máxima *iura novit curia* estar relacionada à atribuição de poderes ao juiz na dinâmica do processo, e pela circunstância de que um dos principais elementos de estruturação do formalismo processual é justamente o princípio de livre disposição da parte sobre o pedido de tutela jurisdicional de seus direitos, a mais importante limitação existente à aplicação da máxima *iura novit curia* no processo civil decorre justamente do princípio da demanda [...] cabe à parte, e somente a ela, a indicação da situação jurídica material para a qual requer tutela no processo. O órgão judicial, na aplicação da máxima *iura novit curia*, não pode interferir na identificação da situação jurídica para a qual o autor solicita proteção [...] ao falar-se no princípio da demanda, deve-se ter presente a noção de que essa norma atribui às partes não apenas a exclusividade na indicação dos fatos da causa – o que é apenas parte do problema, afinal, o processo serve à

Não é apanágio da jurisdição a aplicação de normas jurídicas sem a prévia manifestação-contribuição das partes,¹¹⁵¹ (sob pena de capital malferimento ao contraditório) causando estranheza o entendimento jurisprudencial, firmado sob a vigência do atual estatuto processual, de que “a aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa”.¹¹⁵² Em casos análogos, o mínimo que se esperaria do órgão jurisdicional, seja pela boa-fé (art. 5º do CPC) ou pelo dever de consulta (*Erörterungspflicht*) advindo do modelo constitucional-cooperativo (arts. 1º, 6º e 10 do CPC), seria proceder conforme o enunciado 282 do FPPC: “para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta”, justamente porque “o brocardo *iura novit curia* não deve ser compreendido como uma máxima avessa ao contraditório”,¹¹⁵³ porque

tutela de direitos, e não de fatos -, mas, de modo mais próprio, reconhece-lhes soberania na indicação da situação jurídica material cuja proteção é requerida no processo – esse sim o cerne do princípio da demanda. Não é lícito, dessa forma, ao órgão judicial, no exercício de poderes supostamente atribuídos pela máxima *iura novit curia* e sob o pretexto de aplicar o direito à espécie, engendrar modificação da qualificação jurídica dos fatos que interfira na determinação da situação jurídica material deduzida em juízo” (DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 287-289).

¹¹⁵¹ Entendendo que o juiz não possui o monopólio do direito: FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 393. Em sentido similar, Fritz Baur: “a dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito, desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes” (BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Revista de processo*, vol. 1, n. 3, p. 169-177, São Paulo, jul.-set. 1976).

¹¹⁵² STJ, EDcl no EREsp 1.280.825/RJ, min. Relª Maria Isabel Galloti, j. em 27.7.2017.

¹¹⁵³ MITIDIERO, Vanessa Kerpel Chincoli. O direito fundamental ao contraditório no processo civil: conceito e possíveis aplicações. In:

“muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes”.¹¹⁵⁴

Não se pode relegar ao ostracismo que a credibilidade das máximas, brocardos, adágios e parêmiás de direito não são absolutas ou inquebrantáveis.¹¹⁵⁵ (Di)ante do tracejado, “fica criado o necessário espaço para que se diga claramente que o emprego da máxima *iura novit curia*, segundo a sua conceituação tradicional, esbarra no modelo de processo cooperativo do Estado Constitucional de Direito. Do mesmo modo, ele não se coaduna com uma interpretação jurídica antiformalista, ou seja, tal brocardo não é bem recebido pela visão ceticista, uma vez que essa, sabidamente, respeita o enlaçamento entre fato e direito”.¹¹⁵⁶

Alterando a pretensão fático-jurídica, mesmo que remanesça a mesma da perspectiva ôntica, jamais será de um viés deôntico.¹¹⁵⁷ Assim, reconhecendo, mesmo que parcialmente, estas elucubrações, o Superior Tribunal de Justiça consignou, em 2017, que “quanto à norma do art. 10 do CPC/2015, ela aparentemente se propõe a mitigar os aforismos *da mihi factum, dabo tibi ius* e *jura novit curia*, com o intuito de enfatizar uma concepção do processo como

MITIDIERO, Daniel. *O processo civil no estado constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 470.

¹¹⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 42).

¹¹⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 203: “o preceito do adágio, embora venerável e seguro, não é absoluto”.

¹¹⁵⁶ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 207.

¹¹⁵⁷ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulatório*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 583: “num sistema de disponibilidade privada sobre o objeto, o tribunal não poderá desrespeitar a vontade da parte, expressa no acto postulativo. É esta quem tem a legitimidade para, em face da situação concreta, determinar o que quer que sejam as consequências de certos factos, vontade que assume a maior relevância sempre que os mesmos factos produzam múltiplos efeitos”.

colaboração entre as partes e o juiz, em prol da solução da controvérsia (arts. 5º e 6º do CPC/2015)”.¹¹⁵⁸

O arcaísmo e o colorido despótico do brocado não passam de indisfarçável artificialismo, eis que “com a superação dos juízos meramente silogísticos e a retomada do método tópico-analítico, fica evidente a impossibilidade de ser proposta”¹¹⁵⁹ uma cisão monolítica “entre a questão de fato e a questão de direito, como se fossem elementos heterogêneos, de tal modo que toda a questão pudesse ser ‘de fato’ ou ‘de direito’ e, mais do que isso, de tal modo que fosse sempre possível separá-las”.¹¹⁶⁰

Perde fundamento o *iura novit curia* quando se compreende o direito como organismo dinâmico e axiológico, (re)construído pelos sujeitos-partícipes na via do colóquio processual,¹¹⁶¹ e não por intermédio de um solilóquio judicial que apouca a perspectiva do observador e fomenta juízos preconcebidos e mípoes da *regula iuris*. Ora, já se assinalou (capítulo 1), que o direito não é um objeto cognoscível estático, promanando significados unívocos e predeterminados pela “vontade da lei”, conforme apregoava o racionalismo cartesiano e seu positivismo legalista.¹¹⁶²

¹¹⁵⁸ STJ, EDcl no AgRg nos EREsp 1.510.816-PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16.05.2017.

¹¹⁵⁹ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 202.

¹¹⁶⁰ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

¹¹⁶¹ Para aprofundamento da ideia, consultar: FAVERO, Gustavo Henrichs; RESCHKE, Pedro Henrique. Função criativa do juiz e sistema de precedentes. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Panorama atual do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

¹¹⁶² GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 68. Ademais, “em termos de processo civil brasileiro, o princípio da vinculação estrita do juiz à lei, que era norma expressa no Código de Processo Civil de 1973 (art. 126) não foi reprisado pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 140). Por essa razão, não é mais possível conceber que ao juiz, na prolação da decisão, seja lícito simplesmente desconsiderar o quanto de batido juridicamente pelas partes, como indica a máxima *iura novit curia* [...] não pode subsistir a conclusão de

Não bastasse isso, a demanda não se desvela como mera descrição fática (*ex facto oritur ius*). Os fatos não correspondem ao âmago do instituto, sequer sendo objeto direto de juízo, “mas simples instrumento para identificação desse objeto, isso é, do seu núcleo central, que é justamente o direito ou a situação jurídica material afirmada”.¹¹⁶³

Aliás, a (com)provação de que o processo civil labora precipuamente com afirmações jurídicas-substanciais - sendo os fatos imanentes à realidade empírica legados ao segundo plano - é a observação do objeto da ação declaratória pura (art. 19, I e II do CPC). Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Buzaid foi categórico ao afirmar que “o objeto da ação declaratória é ordinariamente uma relação jurídica. Por aí se vê que a lei excluiu do escopo da ação declaratória os fatos que não revistam o caráter de uma relação jurídica. Ainda que juridicamente relevante, um simples fato não pode constituir objeto da ação declaratória”.¹¹⁶⁴

Não por outro modo, a Constituição Federal verbera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça *a direito*” (art. 5º, XXXV), replicando-se infraconstitucionalmente o preceito no art. 3º do CPC. É circundando, primordialmente, a situação jurídica, que se identifica o núcleo conceitual dos fatos e da atividade jurisdicional.¹¹⁶⁵

Quando a parte não requereu tutela jurisdicional de situação jurídica “que se revelaria apta a suportar o pedido formulado,

que, por força da máxima o juiz detém o controle absoluto, livre de qualquer limitação substancial e procedimental, no exame da questão de direito da demanda” (DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 221).

¹¹⁶³ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 242.

¹¹⁶⁴ BUZAID, Alfredo. *Da ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 147.

¹¹⁶⁵ MONTESANO, Luigi. Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Padova: Cedam, 1993, p. 72.

mas embasou o seu pleito em outra situação jurídica, que ao final revelou-se inexistente e, assim, incapaz de autorizar o acolhimento do pedido”, o Estado-juiz “não poderá tomar a iniciativa para, de ofício, a pretexto de dar aplicação à máxima *iura novit curia*, acolher o pedido e proteger essa situação jurídica não deduzida no processo pelo seu titular. Ora, se o sujeito ativo deixa de invocar a eficácia jurídica que pode ser extraída de um determinado conjunto fático a partir de uma dada qualificação jurídica, identificando uma outra situação jurídica que, ao final, revela-se não merecedora de tutela, não é dado ao juiz invadir essa esfera de disposição da parte e acolher o pedido com base no direito não deduzido”.¹¹⁶⁶

A entidade decidente, assim procedendo, profere decisão-surpresa, causando perplexidade e desalento ao demandado que arquitetou toda sua argumentação, estratégia defensiva e esforços instrutórios em determinada afirmação jurídica. Eis uma hipótese de julgamento *ultra petita*, onde o juiz acresce ao libelo *postulação não feita*. Odioso proceder deve ser proscrito da justiça civil, onde não devem assolar decisões desse jaez: arrogantes e monopolizadoras do saber.

Um exemplo singelo elucidada o afirmado.

Autor e réu discutem a (in)validade de um negócio jurídico. Aquele propôs a demanda pleiteando a desconstituição de determinada obrigação em virtude do vício da lesão (art. 157 do CC). Este, em sua defesa, asseverou como exceção substancial que os pressupostos da referida causa de anulabilidade não existiam (o Autor não estava em premente necessidade, não era inexperiente e o valor da prestação não era manifestamente desproporcional). Durante a instrução, são ouvidas testemunhas arroladas por ambas as partes, que dirigem suas inquirições sobre como se desenvolveu a contratação. As testemunhas não confirmam a causa de pedir do autor. Afirmam que o valor da prestação não era desproporcional, mas ficou evidente que o Autor incidiu em erro substancial relativamente ao objeto do negócio (art. 139, I do CC). O juiz julga procedente o pedido desconstitutivo com base no erro.

¹¹⁶⁶ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 293.

No exemplo dado, ambas as afirmações jurídicas conduzem a mesma consequência, isto é, a anulabilidade do negócio (art. 171, II do CC), inclusive possuindo o mesmo prazo decadencial (art. 178, II do CC) e, no geral, o mesmo regime jurídico quanto à possibilidade de convalidação, iniciativa de alegação, etc. (arts. 171 e ss do CC).

Entretanto, a decisão prolatada é nitidamente *ultra petita*, destituída de referibilidade dispositivo-normativa em relação ao debatido entre as partes. Demais, ulcera o princípio da demanda e sua regra de estabilização objetiva, além de todo o plexo de garantias constitucionais decorrentes do contraditório, principalmente em relação à impossibilidade de decisões-surpresa e à necessidade de se levar em consideração os argumentos das partes (*Recht auf Berücksichtigung von AuBerungen*). Tutelou-se situação/afirmação jurídica não ventilada pelo autor, inimaginável diante de um processo civil estruturado pela cooperação.

O órgão jurisdicional deveria, no caso hipotético, julgar improcedente o pedido, porque inviável seu acolhimento com esteio na causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos) aventada. O efeito preclusivo da coisa julgada (art. 508 do CPC) não impediria o autor de propor nova demanda, agora, com a “correta” causa de pedir.

A presente elucubração em nada se assemelha a uma apologia para o formalismo exacerbado ou pernicioso, prenhe de crimezas e requintes teóricos pragmaticamente indesculpáveis. Ao revés, trata-se de ode ao processo civil constitucionalizado de matiz participativo-democrática, amaneirado pela dialética do contraditório, onde mesmo os atos de império estatais não se introjetam no processo de maneira autossuficiente e autoritária, porque condicionados e legitimados pela manifestação das partes. Basta lembrar que os demais elementos estruturais da demanda (partes e pedido) *já são disciplinados por essa perspectiva*. Não se pode (continuar) turvando e flectindo a ontologia do processo – o diálogo - sob o subterfúgio da racionalidade ou efetividade.

Hodiernamente o aforismo possui dois propósitos: a) impossibilidade do Estado-juiz aduzir ignorância ou obscuridade normativa como fito de eximir-se de julgar (art. 140 do CPC); e b) evitar consequências deletérias de agentes estatais que “arrogam para si o

poder sobre-humano de fazer no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e dar às sombras aparência da verdade”.¹¹⁶⁷

CONCLUSÃO

O presente estudo, conforme indicado alhures, buscou apre(e)nder o sentido teórico (lógico-jurídico) e prático (jurídico-

¹¹⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Pilares, 2013, p. 22

positivo) do contraditório plasmado nos arts. 7º, 9º e 10 do Código de Processo Civil - em consonância com o modelo constitucional-colaborativo de processo (arts. 1º e 6º do CPC) - no cerne do procedimento comum.

A principal conclusão ser o contraditório constituído dogmaticamente pela simbiose de três fenômenos interconexos, indispensáveis à materilização fática da garantia fundamental.

O nível epidérmico do contraditório se desvela no sentido normataivo insculpido no art. 7º do CPC (paridade de armas e isonomia de tratamento no curso procedimental). O próximo nível (ou camada) é composto pelo dever de debate, garantindo-se influência (e não surpresa) na construção de decisões jurisdicionais (arts. 9º e 10 do CPC). E, derradeiramente, o núcleo do contraditório, no modelo processual cooperativo, é o dever de colaboração haurido no art. 6º do multicitado diploma. É dizer: a colaboração, para além de ser um princípio, modelo e até mesmo dever, é parte indissociável do contraditório.

Mais que a tríade “informação-reação-influência”, buscase com o contraditório participativo uma configuração processual pentapartite, consistente na equação “informação-reação-diálogo-influência-decisão” ao longo de todo *iter* procedimental.

A atividade jurisdicional deve pautar-se num esquema dialógico, de modo a exigir que o Estado-juiz exerça a jurisdição com o auxílio das partes, proferindo decisão legítima, aprimorada e justa. Nenhuma decisão jurisdicional deve ser fruto de uma solitária onipotência (advinda de um pretense privilégio cognitivo), mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre os diversos sujeitos que atuam endoprocessualmente.

Como enfatizado no primeiro capítulo, o Direito é fenômeno eminentemente linguístico-cultural. A demanda, nesse diapasão, é ato que se insere nesta categoria de *atos-de-fala* (é da sua natureza que o agente se valha da linguagem para fazer algo: argumentar, sustentar uma posição e pleitear uma decisão judicial). Como enunciação performativa ou perlocutória, adquire sentido e eficácia somente com a observância de determinadas regras previamente convencionadas e prescritas, denominado de devido processo constitucional (art. 5º, LIV e LV da CF e arts. 6º, 7º, 9º e 10 do CPC), donde se extrai o contraditório participativo.

Como já ressaltado pela parêmia de Búlgaro, *iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei*. Significa enunciar que todos os sujeitos processuais - autor, réu e juiz – mais que necessários à configuração de uma “relação jurídica” pública e processual, são imprescindíveis à delimitação do exato conteúdo e alcance do objeto litigioso, correspondente ao *mérito da demanda (Streitgegenstand)*.

É o contraditório participativo instrumento fundamental à compreensão da demanda. Por seu intermédio, como *médium linguístico*, inexistem sentidos dicionarísticos previamente concebidos. Os significantes são edificados endoprocessualmente, a partir de um contexto específico, caracterizado pela narração de fatos. Desse modo, um ambiente plurissubjetivo como o processo, as prognoses de um sujeito devem tomar em consideração as expectativas e os comportamentos dos demais. Diante disso, o demandante possui o *ônus*, simétrico ao *dever* imanente à jurisdição (art. 489, § 1º do CPC), de exarar analiticamente os porquês de determinada escolha normativa ao caso vertido (sem necessidade de prolixidade, mas se acautelando para não ser lacônico), bem como, e em que extensão, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, princípios, postulados, enunciados sumulares e precedentes incidem na matéria deduzida em juízo.

A ontologia e o alcance da demanda, portanto, é saber em torno do que se desenvolve o litígio, isto é, sobre aquilo que se projeta a atividade das partes (*res de qua agitur*), representada pela *res in iudicium deducta*. Não se trata de mera elucubração teórica, “ou de estéril especulação doutrinária, mas de tema de grande preocupação justamente pela repercussão imediata que tem no cotidiano forense

A esse propósito, exsurgem duas teorias aparentemente contrapostas que intentam justificar a causa de pedir, pedido e a própria coisa julgada: (con)substanciação (*Substantierungstheorie*) e individualização (*Individualisierungstheorie*). As duas teorias trabalham fato e direito como entidades dissociadas, cada uma autônoma *per si*. Eis a principal razão para não se amoldarem adequadamente a um processo civil de viés participativo, cujo objeto da tutela jurisdicional não é um ato ou um fato, mas um direito, que precisa ser identificado mediamente seus atos constitutivos. Essa identificação depende das especificidades do direito material.

Conclui-se que inexistente completo albergamento de nenhuma das duas teorias (substanciação e individualização), porquanto o processo civil franqueia – em verdade, exige – a descrição dos fatos e

fundamentos jurídicos, adotando uma posição equilibrada entre as duas vertentes teóricas.

Fato e direito representam duas faces de um mesmo plano. São incidíveis. A pretensão substancial é integrada por um objeto (norma) e por uma causa (fato), sendo que a causa de pedir se consubstancia na *interferência potencial* que induz as partes ao processo: quando se descreve a conduta humana subsumida à hipótese normativa, exsurge a pretensão (*Anspruch*). Afiança-se que a norma abstrata e metafísica aufere sentido em convívio simbiótico com o fato. A norma, sem o fato emanado da realidade concreta e histórica, nada diz.

Com a escolha das questões fático-jurídicas pelo Autor, descabe ao órgão jurisdicional desviar seu pronunciamento das mesmas. E assim o é porque manifestação do contraditório na própria inicial, entre Autor e Estado-Juiz. A ideia encontra eco e inspiração no § 139 da ZPO, aconselhando o julgador a oportunizar a explicação e delimitação das questões jurígenas, em amplo e paritário diálogo. Sem a observância do contraditório participativo (arts. 6º, 7º, 9º e 10 do CPC), a metodologia e a própria pragmática processual isolam “fato e direito no *direito de ação*, no *direito de defesa*, no *direito à prova*, assim como na *fundamentação da decisão*. Nessa hipótese, perde, principalmente, a tentativa de um efetivo enfrentamento do problema jurídico, *significando distanciamento proporcional daquilo que ambicionado como um e por um processo justo*. Tem-se convicção de que, quanto mais distante o tratamento reservado ao fato e ao direito na petição inicial, mais incerto será, se é que venha a ser possível, o trâmite do processo.

Embora fato e direito sejam híbridos ou simbióticos, os fenômenos da preclusão (arts. 278 e 507 do CPC) e da eventualidade (art. 339 do CPC) incidem tão-somente no aspecto fático da demanda, podendo as partes, no transcurso procedimental, amearhar novos fundamentos jurídicos. Inclusive, o próprio Estado-juiz poderá remodelar a capitulação jurídica no ato decisório, embora com mitigação às parêntias *iura novit curia* e *damih facti dabo tibi jus*.

Conclui-se, igualmente, que o objeto litigioso – sobre o qual a jurisdição deve se pronunciar – não abarca tão-somente o *pedido*. É também formado pela causa de pedir e pela defesa indireta de mérito. Portanto, a delimitação fático-jurídica, inicialmente elaborada na petição inicial, vincula o órgão julgador em toda sua extensão. Consectário-

lógico deste posicionamento, a correlação (adstrição ou congruência – art. 492 do CPC) e a regra da demanda (arts. 2º e 141 do CPC) - como garantidoras do contraditório – deve se estabelecer entre, de um lado, a atividade das partes, e de outro, toda a atividade do juiz desempenhada no decisório, desde sua fundamentação, até se atingir o dispositivo. Imprescindível se compreender, portanto, o *eixo imaginário* que liga a *causa petendi* à motivação da sentença, transcorrendo pelos fundamentos de defesa.

Especialmente em relação à defesa, conclui-se que o matiz autocrático de enlaces subordinantes da parte autora frente ao réu não mais condiz com o processo civil no Estado Democrático de Direito de corte participativo. Modernamente, a teoria da defesa, no processo civil, não mais se edifica no estrito âmbito da lei instrumental, porque o contraditório, na concepção simplista de ‘forma antiética à pretensão’, não supõe ‘bilateralidade’ simétrica das partes, refletindo apenas o vetusto balizamento da existência hierárquica de dois polos desbalanceados e antagonicos.

Imperioso o rompimento do ideário estático, bipolar e maniqueísta de atuação processual das partes (*Zweiparteienprinzip*), ensejando verdadeiro *equal footing*. Afinal, a *ação* é plexo composto de situações jurídicas que se imiscui no próprio fenômeno processual – ontologicamente dinâmico.

Nessa toada, a percepção hodierna das garantias fundamentais ao acesso “à ordem jurídica” (art. 5º, inc. XXXV da CRFB), do contraditório participativo (arts. 6º, 9º e 10 do CPC), da ampla defesa (art. 5º, inc. LV da CRFB) e da própria isonomia (art. 5º, inc. I da CRFB e art. 7º do CPC) conduz à inescandível apropinuação entre *ação* e *defesa*: ambas encetam procedimentalmente os métodos para galgar tutela jurisdicional.

Ação e *reação* são interligadas através do contraditório (convergência conteudística), esmaecendo as fronteiras entre as mesmas.

Não se pode adotar, portanto, tão-somente o míope e incompleto prisma do autor para a fixação do mérito (entendido como pretensão) ou objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*). Com o advento do CPC/15, “o juiz decidirá o mérito nos limites *propostos pelas partes*” (arts. 2º e 141 do CPC). Significa dizer que *ambas as partes* contribuem, discursivamente, através da *ação* e da *reação*, em simétrica paridade de armas por intermédio do contraditório participativo, para a formação da *res in iudicium deducta*.

Outra conclusão é que o contraditório participativo legitima a mitigação da imutabilidade da *causa petendi* da ação e da reação, esmaecendo a *Eventualmaxime* e a própria estabilidade da demanda, como pretendia inicialmente o CPC/15, no art. 314 do Projeto enviado ao Senado. A leitura dos arts. 329, inc. II e 342, incs. I e III do CPC deve ser feita da forma seguinte, aproximando-se ao Modelo de Stuttgart: mesmo após o saneamento do processo, ambas as partes poderão aditar suas razões fática e jurídicas, em serventia aos arts. 5º, inc. XXXV da CRFB e art. 3º do CPC. Nesse norte, conclui-se que seria mais simples se o CPC replicasse disposição análoga à *mutatio libelli* do processo penal (art. 384 do CPP).

Mormente ao saneamento, conclui-se que se revela como o epicentro da marcha processual. Verdadeira força centrífuga, toda atividade das partes conflui para o mesmo, podendo ser considerado como uma “sentença preparatória”. Na estrutura normativo-dogmática do procedimento comum (art. 318 do CPC), filtra os argumentos e questões que serão *necessariamente* debatidas pelas partes e enfrentadas pelo Estado-Juiz no ato decisório. Nítida relação o saneamento (art. 357 do CPC) possui com o dever de fundamentação analítica (art. 489, § 1º, inc. IV do CPC) e com a própria formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais (art. 503, § 1º do CPC), porquanto o momento adequado - diante dos deveres de informação e prevenção que orbitam o formalismo - para a materialização do contraditório “prévio e efetivo” (arts. 9º e 10 do CPC) é antes de se inaugurar a etapa instrutória.

De igual modo, o saneamento consubstancia-se na sublime materialização do ideal *chiovendiano* da oralidade, participação dos sujeitos processuais e revelação do contraditório na organização procedimental. Em um processo civil de cariz participativa, imperiosa a realização do saneamento em audiência, malgrado a previsão para tanto, limite-se, no atual estágio d’arte, tão-somente às *causas de maior complexidade* (art. 357, § 3º do CPC), infere-se que inexistente vedação à ampliação da audiência para todas as causas em que as partes assim deliberarem, eis que vivente o expediente da *delimitação consensual das questões da causa* (art. 357, § 2º do CPC).

O colóquio assim estimulado deverá subsistir com vantagem a oposição e confronto, dando azo ao concurso das atividades processuais das partes - inclusive do juiz -. Propugna-se, extrusivamente, pela obliteração das decisões “de gabinete”, sem a ingerências dos demais sujeitos processuais. O magistrado, “na medida

do possível, deverá postergar todas as decisões para a audiência de saneamento, num moderno procedimento de ampla colaboração, participação e ética.

Derradeiramente, quanto à sentença, conclui-se que sua fundamentação deve abarcar não apenas a congruência (arts. 2º, 141 e 492 do CPC) com as causas de pedir e pedidos (arts. 322 e ss do CPC) formulados na exordial. Como exortado *supra*, o objeto litigioso é formado em perspectiva, isto é, potencial e virtualmente pela narração unilateral veiculada no libelo. Com a integração do réu, o debate é ampliado (com a inserção de contradireitos, exceções substanciais e objeções processuais), sendo seus contornos definitivamente forjados no momento do saneamento (art. 357 do CPC). Os argumentos e questões que daí emergem devem ser enfrentados (*Rech auf Berucksichtigung von AuBerungen*), porquanto direito da parte e dever do Estado-juiz não apenas conhecer das razões invocadas (*Kenntnisnahmepflicht*), mas considerá-las séria e detidamente (*Erwagungspflicht*), na forma do art. 489, §1º, IV do CPC.

A jurisdição é verdadeiramente *constrangida epistemologicamente* pela facticidade e normatividade narradas pelas partes, eis que a intersubjetividade é condição de legitimidade à decisão. Evidencia-se uma *jurisconstrução* (art. 93, IX da CF e arts. 6º, 7º, 9º 10, 11 e 489, § 1º do CPC) da decisão por todos os sujeitos processuais (policentrismo), primordialmente pela “fundamentação analítica”, que individualiza, valora e enuncia sentidos aos argumentos dialogados encartados através da linguagem. É imprescindível a análise da totalidade argumentativa - assegurando igualdade de chances (*Chancengleichheit*) e de armas (*Waffengleichheit*) -.

Enfim, consagrou-se verdadeira ode à procedimentalidade interacional, dialética e dialógica, onde a participação dos sujeitos processuais se reifica como monumento basilar à edificação do pronunciamento jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 166, dez/2008.

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Comentários ao art. 332. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ABREU, Pedro Manoel. O processo jurisdicional como um locus da democracia, pelo viés da participação. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, 2007.

_____. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. Florianópolis: Conceito, 2011.

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ACKERMAN, Bruce A. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, v. 1.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGAMBEN, Giorgio. *O sacramento da linguagem: arqueologia do juramento*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

AGUIAR E SILVA, Joana. *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina, 2001.

ALBERTARIO, Emilio. *Corso di diritto romano: possesso e quase possesso*. Milano: Giuffrè, 1946.

ALBERTON, Genaceia da Silva. Considerações sobre o princípio dispositivo e o princípio da oralidade segundo Cappelletti. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 21, n. 62, p. 75-86. set.-dez. 1991.

ALCÂNTARA, André Antônio da Silveira. *Saneamento do processo: saneamento e efetividade na audiência preliminar em face da nova tendência processual*. São Paulo: Leud, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

ALVARES, Diovani Vandrei; CASTELUCCHI, Nathália. Responsabilidade civil do Estado e do magistrado em relação às tutelas de urgência e as inovações propostas pelo Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.923. p.145-84. set. 2012.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul*, v. 15, 1998.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, jul. 2006.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista da Ajuris*, n. 70 Porto Alegre, 1997.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. Porto Alegre: *Revista da Ajuris*, n. 33, 1985.

_____. Sentença arbitrária. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 204, fev. 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Medida liminar: hipótese de cabimento para sua concessão, eficácia de medida liminar a caução e responsabilidade, cassação. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia. v.14. n.2. p.15-30. 1985.

ALVIM, José Manoel de Arruda. Dogmática jurídica e o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1976, n. 01.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 38, 1988.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A efetivação da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

_____. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2001.

AMORIM, Letícia Balsamão, Motivação das decisões judiciais. IN: TORRES, Ricardo Lobo et al. (Org.) *Dicionário de princípios jurídicos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ANDOLINA, Italo Augusto. Il ‘Giusto Processo’ nell’esperienza italiana e comunitária. *Annali del seminario giuridico*. Milano: Giuffrè, 2006, v. VI.

_____; VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano: corso di lesioni*. Torino: Giappichelli, 1990.

ANDREWS, Neil. The new english civil procedure rules. In: RHEE, C. H. Van. *European traditions in civil procedure*. Antwerp: Intersentia, 2005.

ANGEL RUSSO, Eduardo. *Teoria general del derecho: em la modernidade y em la posmodernidade*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. São Paulo: Paulus Editora, 1990.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista do TST*, vol. 67, n. 1, jan/mar. Brasília, 2001.

ARAÚJO, Sérgio Luis de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARISTÓFANES. *As vespas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

ARMELIN, Donaldo. Perdas e danos - responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má-fé - forma mais adequada de liquidação - indenização. *Revista de Processo*. São Paulo. v.10. n.39. p.222-37. 1985.

ARMENGAUD, Françoise. *A pragmática*. São Paulo: Parábola Editorial, 2006.

ARNAOUTOGLU, Ilias. *Leis da Grécia antiga*. São Paulo: Odysseus, 2003.

AROCA, Juan Montero. *El nuevo proceso civil*. València: Tirant lo Blanc, 2000.

_____. *Introducción al derecho procesal*. 2ª Ed., Madrid: Tecnos, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 6ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, v. I.

_____. Despacho saneador – o saneador no código de processo civil de 1940. *Revista Justitia*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/4a221d.pdf>>. Acesso em: 27 de junho 2017.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito, marxismo e liberalismo*. Florianópolis: Ed. Cesusc, 2001.

ASCARELLI, Tullio. Litigiosità e ricchezza. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958. v.1.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006). *Revista de Processo*. Ano 31, v. 141, p. 120. Nov. 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2013.

ATIYAH, Patrick. *Pragmatism and Theory in English Law*. London: Stevens and Sons, 1987.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo achapuz de. *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: Fieo-Resenha Universitária, 1980.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses públicos e privados*. Curitiba: Juruá, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.87. n.748. p.32-46. fev. 1998.

_____. A “plenitude de defesa” no processo civil. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Conteúdo da sentença e mérito da causa*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de processo civil*. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I.

_____. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Do processo cautelar*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. In: *Sentença e Coisa Julgada*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1979.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, p. 123-132, out. 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, n. 416. São Paulo: RT, 1970.

_____. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos cíveis. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Aspectos da “extinção do processo” conforme o art. 329 do CPC. In: *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

_____. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Temas de direito processual – Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: *Temas de direito processual - Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista da Ajuris*, vol. 22, n. 64, p. 149-161. Porto Alegre, julho 1995.

_____. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de direito processual - Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Le mistere cautelari nel processo latino-americano. In: *Temas de direito processual – Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Les principes fondamentaux de la procedure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In: *Temas de direito processual - Quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de direito processual – Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O neoprivatismo no processo civil. In: *Leituras complementares de Processo civil*. 7ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual - Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, jan./mar. 2002.

_____. Privatização do processo? In: *Temas de direito processual – Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, p. 165-200, out. 2011.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito processual civil – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 6ª Ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. Conferências – Processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 27, ano VII. 1982.

_____. Da importância da dicção iura novit curia. *Revista de processo*, vol. 1, n. 3, p. 169-177, São Paulo, jul.-set. 1976.

_____. *Der anspruch auf rechliches Gehor*. Archiv fur civilistische praxis. Tubingen: J.C.B Mohr, n. 153, 1954.

_____. Il processo e le correnti culturali contemporane: rilievi attuali sulla conferenza di Franz Klein dal medesimo titolo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1972.

BAYNES, Kenneth. *Rights as critique and the critique of rights*. Stage Publications, v. 28, n. 4, 200.

BECKER, Laércio Alexandre. A estória do processo entre a magia e o absurdo. In: *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos arts. 272 e 273. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *CPC Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito e processo – influências do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1989.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Instrumentalismo e garantismo: visões opostos do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José

Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvado: Juspodivm, 2015.

BENTHMANN, Hollweg. Der germanisch-romanische Zivilprozess im Mittelalter. In: *Der Zivilprozess des gemeinen Rechts*. Bonn: Aalen, 1959.

BERMUDES, Sérgio. *Iniciação ao estudo do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.

BETTETINI, Andréa. *Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della chiesa*. Padova: CEDAM, 2002.

BEZERRA, Júlio Carlos de Miranda. Considerações sobre o poder cautelar Geral do Juiz, In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 14, n. 1, janeiro-dezembro de 1985.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BISCARDI, Arnaldo. *Lezioni sul processo romano antico e classico*. Torino: G. Giappichelli, 1968.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BLANCO, Victor Roberto Obando. *Proceso Civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Perú: Ara, 2011.

BLUMENBERG, Hans. *The legitimacy of the modern age*. Massachusetts: MIT Press, 1985.

BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. In: *O futuro da democracia*. 8ª Ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOHMAN, James. *Public deliberation, compexity, and democracy*. London: MIT Press, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria do estado*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Comentários ao art. 321. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2016.

BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Roma: Instituto di diritto romano, 1934.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Introdução ao processo civil moderno*. São Paulo: Lex, 2010.

BORDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista da Ajuris*, ano 7, n. 20, p. 179, Porto Alegre, 1980.

_____. *Conteúdo da causa de pedir*. São Paulo: RT, 1982.

_____. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 3.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. Da (des)necessidade de oitiva prévia do autor nas hipóteses de sentença liminar de improcedência no NCPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Improcedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *O objeto do processo civil romano*. Belo Horizonte: Lidre, 2007.

BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 3ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil – vol 2*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101°, comma 2° sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2010, v. LXV.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. *Da ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Do despacho saneador. In: *Estudos de direito*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro. In: *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de processo*, v. 47, jul./set. 1987, São Paulo: RT.

CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil. *Revista de processo*, vol. 52, p. 228. São Paulo: RT, 1988.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, volume 404, ano 105, julho/agosto de 2009.

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di diritto processuale*, anno IX, n. 2, pg. 450. Padova: 2005.

_____. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de processo*, vol. 149, p. 344, São Paulo: RT, 2007.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, n. 126, ago/2005.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. *Revista da Ajuris*, n. 33.

CADIET, Loic. Prefácio. In: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Oráculos da Lei ou Bouche de la Loi. Considerações Históricas sobre o papel dos juízes. O perfil do juiz na tradição ocidental. In: *Seminário Internacional*. Lisboa: Almedina, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil III: estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

_____. El respeto de la personalidad en el proceso. In: *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

_____. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Pilares, 2013.

_____. Il giudice e lo storico. In: *Studi sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1947. v. 5.

_____. Il processo come giuoco. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. I.

_____. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

_____. Istituzioni di diritto processuale civile. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1970, v. IV.

_____. La dialetticità del processo. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1956, v. I.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

_____. Direito à solidariedade. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, abr./jun. 2001.

_____. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Jan-março de 1997.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª Ed., v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Da revelia do demandado*. Salvador: Livraria Progresso, 1960.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicado às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. I.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*. Ano 90, vol. 786, abr. 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. La argumentación y el diálogo frente al principio de contradicción. *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, n. 3, p.131-161, abr./jun. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. *O estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPONE, Arturo. *Iura novit curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. Milano: Cedam, 2010.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. In: *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

_____. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, fev. 2011.

CAPPELLETI, Mauro. Ideologie nel processo civile. In: *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

_____. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. Problemas de reformas do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. vol. 318, abr./maio/jun., 1992.

_____. *Processo, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Europa-America, 1974.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile)*, 2ª Ed., Milano: Giuffrè, 1951.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Appunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memória di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982.

_____. Aspetti sociali e politici della procedura civile. In: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *El derecho comparado: método y finalidades. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo: cuatro estudios de derecho comparado*. México: Porrúa, 1993.

_____. El principio dispositivo e sus principales manifestaciones. In: *El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: Ejea, 1973.

_____. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318. Abri./maio/jun. 1992.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo e a evolução do direito. 4ª. Conferência – Adesão ao precedente. O elemento subconsciente no processo judicial. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 57, p. 46, jan./mar. de 1990.

CARNACINI, Tito, Tutela gúrisdicione e tecnica de processo. In: *Studi in onore de Enrico Redenti*, V. II. Milano: Giuffrè, 1951.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1933.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, vol. I, 1936.

CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al codice di procedura civile*. 7ª Ed., Milano: Cedam, 2012.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO NETO, Menelick. Prefácio. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, José Maurício de. *Filosofia da cultura: Delfin Santos e o pensamento contemporâneo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

CARVALHO, Milton Paulo de. Esforço histórico do direito processual civil brasileiro. In: *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CASATILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. México: UNAM, 1974, v. II.

CASTANHEIRA NEVES, António. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 1.

_____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. Matéria de facto – matéria de direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2008, v. 3.

_____. *Questão de facto, questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. V. I. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRONOVO, Carlo. L'avventura delle clausole generali. *Rivista critica del diritto privato*, 1986, ano IV, n. 1, p. 24.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.3, ns. 5 e 6, p. 164, 1º e 2º sem. 2000.

CERINO CANOVA, Augusto. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. In: ALLORIO, Enrico. *Commentario del código di procedura civile*. Torino: Utet, 1980, v. 2, t. 1.

CERQUINHO, Galvão. O despacho saneador. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. LXXXVI, ano XXXVIII, fascículo 454, abr. 1941.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHAVES-TANNÚS, Marcio. *A ética de Pedro Abelardo: um modelo medieval de aplicação da lógica à moral*. Uberlândia: EDUFU, 1996.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LXII, marzo 2008. Milano: Giuffrè.

_____. La sentenza “della terza via” in cassazione: um alto caso di formalismo delle garanzie? *Giurisprudenza italiana*, Utet, v. I, 2002.

_____. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, ano 41, n. 3, set/2007.

_____. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 176, out. 2009.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona – le garanzie fondamentali*. 3^a Ed., v. II, Milano: Giuffrè, 1984.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas*. São paulo: Quartier Latin, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. III.

_____. Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium". In: *Saggi di diritto processuale civile*, v. III. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3^a Ed., São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I.

_____. L'azione nel sistema dei diritti. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. I.

_____. La idea romana en el proceso civil moderno. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949.

_____. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In: *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.

_____. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. In: *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.

COHEN, Joshua. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip. *The good polity: normative analysis of the State*. Oxford/New York: Basil Blackwell, 1989.

COLESANTI, Vittorio. Eccezione (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*. Padova: CEDAM, 1965, v. XIV.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 4ª Ed., Bologna: Il Mulino, 2006, v. 1.

_____. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004.

_____. Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli a confronto). *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Il 'giusto processo' civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*, n. 116. São Paulo: RT, 2004.

_____. Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica. In: *Giusto processo. Atti del Convegno*. Roma, Marco 2002. Roma: Accademia Nazionale del Lincei, 2003.

_____. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.

_____. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 6, p. 1.530, 2008.

_____. Voce: contraddittorio (principio del). *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997.

COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulatório*. Coimbra: Coimbra, 2003.

COSTA E SILVA, Paula. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

COSTA, Adriano Soares. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo e neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, v. 72, out./dez.2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Antecipação de tutela: irreversibilidade, caução e responsabilidade objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo. v.29. n.115. p.55-73. maio/jun. 2004.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 311. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

COSTA, Miguel do Nascimento. *Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 13, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Tese (Concurso da Cadeira de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1964.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

_____. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: *Estudios de derecho procesal civil*. 3ª Ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. v. 1.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, s/d.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A causa petendi no processo civil*. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2009.

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. Causa de pedir e intervenção de terceiros. *Revista dos Tribunais*, vol. 662, p. 50, São Paulo: RT, 1990.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2016.

_____. Comentários ao art. 6º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa). *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 39. São Paulo: Dialética, 2006.

D'ORS, Álvaro. *Elementos de derecho privado romano*. 2ª Ed., Pamplona: Universidad de Navarra, 1975.

DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação no CPC/2015: hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DALL'AGNOL JR. Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

_____. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *LEX: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 24, n. 119, p. 11-26, jan.-fev. 1990.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Ivo. *Ciência política: teoria do poder e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

DEGENSZAJ, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites da modificação da causa petendi*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DENTI, Vitorino. Sul concetto di funzione cautelare. In: *Studi giuridici in memória di Pietro Ciapessoni*. Pavia: Tipografia del Livro, 1948.

_____. L'eccezione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, ano XV.

_____. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

_____. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1968, v. XXIII.

_____. *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DEZALAY, Ives; TRUBEK, David. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

DIAS, Luciana Drimel. Julgamento de improcedência liminar no Novo CPC – uma questão de tempo. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Improcedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Improcedência*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, n. 127. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, n. 198. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Gênese – revista de direito processual*, n. 29, jul./set., 2003, Curitiba.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2, 4ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O regime jurídico das medidas urgentes. In: *A nova era do processo civil*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DOURADO, Sabrina. O julgamento liminar de mérito em causas repetitivas. In: In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclate Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Procedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

DRYZEK, J. *Deliberative democracy and beyond*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2000.

DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola, 1986.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambridge, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2005.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

ELIADE, Mirea. *Mito y realidad*. Barcelona: Labor, 1983.

ENGELMANN, Arthur. The medieval german procedure. In: *A history of continental civil procedure*. New York: Kelley, 1969.

_____. The roman procedure. In: *A history of continental civil procedure*. New York: Kelley, 1969.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 203, jan. 2012.

EURÍPEDES. *Os Heráclitas*. São Paulo: Edições 70, 2000.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista da Ajuris*, vol. 2, n. 5, Porto Alegre, novembro 1975.

_____. O papel do juiz na preservação do Estado Democrático de Direito. In: *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. O juiz não é só de direito: ou a função jurisdicional e a subjetividade. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. Campinas: Millenium, 2002.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Lo “sumario” y lo “plenario” em los procesos civiles y mercantiles espanoles: pasado y presente*. Madrid: San José S.A., 2006.

FALZEA, Angelo. Sistema Culturale e Sistema Giuridico. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, ano XXXIV, n. 1, gen.-feb. 1988.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

FAVERO, Gustavo Henrichs; RESCHKE, Pedro Henrique. Função criativa do juiz e sistema de precedentes. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Panorama atual do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. A demanda e a causa de pedir no processo civil romano. *Unoesc & Ciência – ACSA*, v. 7, n. 2, p. 146, jul./dez. 2016. Joaçaba: Editora Unoesc.

_____. O Código Beviláqua como instrumento do paradigma individualista. *Revista da ESMESC*, v. 24, n. 30, p. 285-304, 2017.

FAYT, Carlos. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967.

FAZZALARI, Elio. Azione civile (teoria generale e diritto processuale). In: *Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 1991, v. 2.

_____. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, p. 869, 1968.

_____. *Instituzioni di diritto processuale*. 8ª Ed., Padova: Cedam, 1996.

_____. La dottrina processualística italiana: dall “azione” al “processo”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1994.

_____. La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo. In: *La sentenza in Europa*. Padova: Cedam, 1988.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Valori permanenti del processo. *Rivista di diritto processual*. Padova: Cedam, 1989.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do “processo social” e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. Disponível em: < http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02717_02752.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2017.

FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDEZ, Elizabeth. Atenuação do princípio do dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, São Paulo, v. 49, n. 286-288, p. 279-292, jul.-dez. 2000.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3ª Ed., Madrid: Trotta, 1998.

_____. *Derechos fundamentales: los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAND, Frédérique. Ideological background of the Constitution, constitutional rules and civil procedure. In: *International Association of Procedural - Law Seoul Conference 2014*. Seoul: IAPL, 2014.

FERREIRA, William Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. *Revista de Processo*. São Paulo. v.35. n.188. p.9-51. out. 2010.

FERRI, Conrado. Sull’effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, ano XLII, n. 3, set/1988.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed., v. 4, t. II. São Paulo: RT, 2007.

FILHO, Vicente Greco. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2. 19ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

FISCH, Max. Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism. In: LAINE, Kenneth; KLOESEL, Christian. *Peirce, semeiotic and pragmatism*. Bloomington: Indiana University Press, 1986, 6-18.

FISHKIN, J. *Democracy and deliberation*. New Haven: Yale. 1991.

_____; LASLETT, P. *Debating deliberative democracy*. Stuttgart: GB Verlag, 2002.

FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANCHI, Giuseppe. Processo civile italiano e diritti dell'uomo. Studi parmensi. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. In: *Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, v. 18.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo. Entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996.

FREITAS, Raquel Barradas de. *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1990.

FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise*; A história do movimento psicanalítico; O futuro de uma ilusão; O mal-estar na

civilização; Esboço de psicanálise. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. *Totem e tabu*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, vol. VII.

FRITZSCHE, Hans. Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zurich. In: TROLLER, Alois. *Os fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

FUX, Luiz. O Novo Processo Civil, In: *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans Georg. *L'inizio della filosofia occidentale*. 5ª Ed., Milano: Angelo Guerini, 2001.

GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 249, p. 117-139, nov. 2015.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos*. 2ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, vol. 1.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law. *Revista de Processo*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 163, set. 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: FREIRE, Rodrigo da Cunha; CALDEIRA,

Adriano. *Terceira etapa da reforma do código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

GALVEZ, Juan F. Monroy. Y al final del día, qué es el garantismo procesal civil? *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires, ano 06, n. 09, 2006.

GANUZA, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladoilid: Lex Nova, 2000.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARDIES, Jean-Loius. La rationalité du droit chez Leibniz. In: *Archives de philosophie du Droit*. Paris, 1978.

GASBARRINI, Elisabetta. Osservazioni in tema di modifica della domanda. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, dic. 1995.

GAVIORNO, Gracimeri, Vieira Soeiro de Castro. O contraditório, as partes e o juiz. *Revista de processo*, ano 32, n. 148, jun/2007, São Paulo: RT.

GEISLER, Herbert. Die gewahrleistung rechlichen Gehors in den Tatsacheninstazen: hinweise fur den erfolgreichen zivilprozess. *Anwalt blatt*, v. 3, 2010.

GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2009.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006.

GHIRALDELLI JR., Paulo. *O que é pragmatismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GIBBON, Edward. *Os cristãos e a queda de Roma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. 4ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIOFFEDI, Carlo. *Contributi allo studio del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1974.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, 1998.

GIRONA, Martin Segú. O Código de Direito Canônico é necessário na Igreja de Cristo? *Revista de Cultura Teológica*, São Paulo, v. 15, n. 58, jan./mar. 2007.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di Prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. Ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988.

GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. Filosofia del diritto. In: Enciclopedia del *Diritto*, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*, vol. 1. Campinas: Bookseller, 2003.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariz. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 160, jun. 2008.

GOMES, Camila de Magalhães. História do processo – perspectiva histórico-cultural do direito processual. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Gustavo Gonçalves. *Juiz participativo: meio democrático de condução do processo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo. Tese de Doutorado. PUC-SP, São Paulo: 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, William Couto. *Filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio. In: *Horizontes de la filosofía del derecho: libro en homenaje al Professor Luis Garcia San Miguel*. Tomo II. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares, 2002.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 172, jun. 2009.

_____. Breves considerações acerca da audiência preliminar de tentativa de conciliação no processo civil brasileiro (enfoque comparatístico). *Revista da Esmape*, Recife, v. 13, p. 316, 2001.

_____. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Ano XXI, n. 4, p. 591. Padova: Cedam, 1976.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Contraditório, o princípio do [verbetes]. In: BARRETO, Vicente de Paula. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos-Renovar, 2009.

_____. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. O princípio do contraditório. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 24, mar./2005.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 164, out. 2008.

GREGER, Reihard. Cooperação como princípio processual. *Revista de processo*, ano 37, v. 206, abr./2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 27.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990.

_____. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GROSSI, Paolo. Dalla società di società alla insalubrità dello Stato fra medioevo ed età Moderna. *Revista Sequência*, [S.I], n. 55, p. 20, dez. 2007.

_____. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GUEDES, Cintia Regina, A estabilização da demanda no Direito Processual Civil. In FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In: DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao estudo do direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Processo autoritário e regime liberal. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

GUNTHER, Klaus. The sense of appropriateness: application discourses. In: *Morality and law*. New York: State University of New York, 1993.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 18ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUTTERIDGE, H.C. *El derecho comparado: introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABSCHEID, Walter. As bases do direito processual civil. *Revista de processo*, n. 11, p. 141, jul./set. 1978. São Paulo: RT.

_____. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*, n. 35, p. 455, Padovam: Cedam, 1980.

HADOT, Pierre. *O que é filosofia antiga?* São Paulo: Edições Loyola, 1999.

HART, Herbert. *Conceito de direito*. 2ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HEERS, Jacques. *História medieval*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. 5ª Ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1998.

_____. *Conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Que é metafísica?* São Paulo: Abril Cultural, 1989.

_____. *Ser e tempo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

HERRERO, Francisco Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo de. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2ª Ed., Petrópolis: Vozes, 2001.

HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, processo e Constituição: tendências do direito processual civil à luz do neoprocessualismo*. Florianópolis: Conceito, 2013.

HESPANHA, Antônio Manoel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d.

HIRSCHBEGGER, Johanne. *História da filosofia na antiguidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

HOFFMANN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? Porto Alegre: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 73, jan/abril de 2013.

_____. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HONDIUS, Ewoud. Precedent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxelles, Bruylant, 2007.

HONNETH, Axel. El entramado de la justicia: sobre los límites del procedimentalismo. In: PEREIRA, Gustavo. *Perspectivas críticas de justiça social*. Porto Alegre: Evangraf, 2013.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HOYOS, Arturo. Justicia contencioso-administrativa y derechos humanos. Panamá: Instituto Panameno de Derecho Procesal, 1991.

HRUSCHKA, Joachim. *La costituzione del caso giuridico: il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2009.

IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IHERING, Rufolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: José Bastos Editores, 1964.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica*. 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2011.

JAEGGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JAMES, William. *Pragmatismo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

_____. O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno. *Revista de Processo*, v. 11, n. 44, p. 166-175, out.-dez. 1986.

JAUERNING, Othomar. *Zivilprozessrecht*. 28ª Ed., Munique: Beck Verlag, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatrós, 1954.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Teoria, história e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JODLOWSKI, Jerzy. Gli orientamenti della riforma della procedura civile polaca. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1988.

JORGE, Flávio Cheim. O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz. *Revista de Processo Civil*, n. 87/186. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. *Revista da Esmape*. Recife. v.7. n.15. p.265-95. jan./jun. 2002.

JUNOY, Joan Picò. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. *Metafísica dos costumes*. 2ª Ed., São Paulo: Edipro, 2008.

KAPLAN, Abraham; LASSWELL, Harold. *Poder e sociedade*. 2ª Ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: UnB, 1990.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

KLEIN, Franz. *Zeit und geistesstromungen im prozess*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan-fev 2001.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2013.

KOLTAI, C. *Totem e tabu: um mito freudiano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KUGLER, Klaus. *Die kooperationsmaxime – Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame weg zum richtigen Prozessergebnis*. Linz: Johannes-Kepler-Universitat, 2002.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª Ed., São Paulo: Perspectiva: 1994.

LA CHINA, Sergio. Giusto processo, laboriosa utopia. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2006.

LACAN, Jacques. *O Seminário: livro 20: mais, ainda*. 2ª Ed. Versão brasileira de M. D. Magno. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, 7ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1953.

_____. Limites ao poder cautelar geral e à concessão de liminares. *Doutrinas essenciais - direito processual civil*, v.5, São Paulo: RT, 2011.

_____. O código e o formalismo processual, *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 28, jul/1983.

_____. Processo e Cultura. *Revista de Processo*. São Paulo, ano II, v. 3, janeiro-junho de 1961.

_____. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: consequências para o escopo de sistematização. *Revista de Processo*, v. 29, n. 118. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Considerações sobre a tutela de urgência no Relatório Barradas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

_____; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Florianópolis: Conceito, 2010.

LANES, Julio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Lisboa: Estampa, 1984, vol. II.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

_____. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, R. G. Jurgen Habermas. In BARRETO, V. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia do processo na teoria neoinstitucionalista. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005.

_____. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

_____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

_____. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Los elementos de derecho natural*. Madrid: Ed. Tecnos, 1991.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Napoli: Morano, 1962.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido. O direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. São Paulo: Vozes, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 552-565, 1960.

_____. *Diritto costituzionale e processo civile*. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. *Eficiência e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, p. 75-97, -out. 2011.

_____. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di Diritto Processuale*. v. 29. Parte I. 1974.

LIMA, Alcides de Mendonça. As providências preliminares no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 26-42, jan.1976.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria geral do processo judicial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Iura novit curia* no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 251, p. 127-158, jan. 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1970.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUCCA, Rodrigo Ramiro de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora da UNB, 1980.

LUIISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2ª Ed., Torino: Giappichelli, 2006.

_____. Principio di eventualità e principio della trattazione orale. In: *Studi in onore di Elio Fazzalari: diritto processuale generale*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2.

_____. Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: uma sentença revolucionária? *Rivista mensile di giurisprudenza*, v. III, t. II, 2002.

LUIZ, Fernando Vieira. A força dos precedentes na improcedência liminar do pedido. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Panorama atual do Novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes do deferimento de tutelas de urgência em ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo. v.34. n.171. p.213-41. maio. 2009.

MACHADO, Antônio Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil. Relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAITLAND, Frederick; MONTAGUE, Francis. *A sketch of english legal history*. London: Elibron Classics, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996.

MARINHO, Rodrigo Saraiva; ROMÃO, Pablo Freire. Contraditório e julgamento liminar de improcedência: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do Novo CPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes*

temas do Novo CPC: Improcedência. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. A responsabilidade do requerente da medida cautelar e a ação que visa a apurar as perdas e danos. *Jurisprudência Brasileira: cível e comércio*. Curitiba. n.165. p.88-90. 1992.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *A antecipação da tutela*. 11ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

_____. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada. A questão da relativização da coisa julgada*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2010.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *Revista baiana de direito*, Salvador, ano 01, n. 1, jan/jun 2008.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. Precedentes obrigatórios. 4ª Ed., São Paulo: RT, 2016.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela inibitória*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. I, Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. *Manuscritos econômicos*. São Paulo: Boitempo, 2004.

MATURANA, H e VARELA, F. *De máquinas e seres vivos - autopoiese: a organização do vivo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MAUS, Ingeborg. *Justiz as gesellschaftliches uber-ich – Zur funktion von rechtsprechung in de ‘vaterlosen Gesellschaft’*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZOTTI, Marcelo. *As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei*. Barueri: São Paulo, Minha Editora, 2010.

MAZZARESE, Tecla. Dubbi epistemologici sulle nozioni di “quaestio facti” e “quaestio juris”. *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, vol. 69, n. 4, p. 294-320, La Rioja, 1992.

MEDEIROS, Maria Lucia de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2016.

MELAMED, Rabino Meir Matzliah. *A lei de Moisés e as “Haftarot”*. 6ª Ed., São Paulo: Templo Israelita Brasileiro Ohel Yaacov, 1996.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947.

MERRYMANN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e exceção no processo civil, o dilema da escolha entre a reconvenção e a exceção e*

o problema da falta de exercício do direito de reconvir. Coimbra: Almedina, 2009.

MICHELI, Gian Antonio. *Juria novit curia*. *Rivista di diritto processuale*, vol. 16, p. 576-605. Milano, 1961.

MIGNET, F. A. *A historia da revolução franceza*. Tomo primeiro. São Paulo: Empreza Editora de São Paulo, 1899.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, s/d.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 250, p. 265-286, dez. 2015.

_____. *Novíssimo sistema recursal*. 2ª Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MITIDIERO, Daniel, ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entre o Passado e o Futuro: Uma Breve Introdução às Incertas Dimensões do Presente em Direito Processual Civil. In: *Introdução ao estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

_____. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Colaboração no processo civil como prêta-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, abr. 2011.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Comentários ao art. 294. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Kooperation als modell und prinzip im zivilprozess. *Zeitschrift fur zivilprozess international*, n. 18. Koln: Wolters Kluwer, 2014.

_____. O Processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010.

MITIDIERO, Vanessa Kerpel Chincoli. O direito fundamental ao contraditório no processo civil: conceito e possíveis aplicações. In: MITIDIERO, Daniel. *O processo civil no estado constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 2.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. São Paulo: Aide, 1992.

MONTEIRO, João. *Curso de processo civil*. São Paulo: Cia. Industrial, 1999.

MONTESANO, Luigi. Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Padova: Cedam, 1993.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'. *Rivista di diritto processuale*, n. 4, p. 936, 2000.

MORAIS, José Luis Bolsan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do Poder (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile: della competenza; principii generali della procedura*. 2ª Ed., Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, [s.d.], v. II.

MOTTA, Cristina Reindeolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2012.

MUNCK, Thomas. *La Europa del siglo XVII: estados, conflictos y orden social em Europa*. Madrid: Ediciones Akal, 1994.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

NASI, Antonio. *Disposizione del diritto e azione dispositiva – contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1965.

NEDEL, Antônio. *Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015.

_____. *Atualidades sobre o processo civil: A reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ed. Revista dos Tribunais, 1996.

NEUMANN, Franz. *El estado democratico y el estado autoritario; ensayos sobre teoria politica y legal*. Buenos Aires: Paidos, 1968.

NEVES, Celso. *A estrutura fundamental do processo civil*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NICOLETTI, Carlo Alberto. *Profili istituzionali del processo civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2003.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2000.

NORR, Knut Wolfgang. *Alcuni momenti della storiografia del diritto*. Trad. Rosaria Giordano. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2004.

NOTH, Winfried. *Panorama da semiótica: de Platão a Peirce*. São Paulo: Annablume, 1995.

NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; SILVA, Natanael Lud Santos. *Contraditório como garantia de influência*

e não surpresa no CPC-2015. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas fundamentais: coleção grandes temas do novo CPC*, vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Cossta. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC – doutrina selecionada*. Vol 1. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. O processo como instituição constitucional. In: MOREIRA, Alberto Campinas; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sergio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Juspodivm, 2012.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo (case management) no direito processual civil brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2016.

ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1999.

ORIANI, Renato. *Eccezione. Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*. Turim: UTET, 1991, v. VII.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil em América Latina. *Revista de processo*, n. 173, ano 34, jul./2009, São Paulo: RT.

PACHECO, Silva. *Evolução do processo civil brasileiro. Desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PALACIOS, Juan José Monroy. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002.

PALAZZO, G. *Die Mitte der demokratie: Über die Theorie deliberativer demokratie von Jürgen Habermas*. Nomos Verlag, 2002.

PALLIERI, Giorgio Balladore. Introdução al convegno. *Studi parmensi. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, vol. 18.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8ª Ed., Madrid: Universidad Complutense seccion de publicaciones, 1996.

PARSONS, Talcott. Conceito de poder e política. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política e sociedade*. São Paulo: Editora Nacional, 1979.

PAULA, Jônata Luiz Moreira de. *História do direito processual civil brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri: Manole, 2002.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. 3ª Ed., Barueri: Manole, 2002.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1977.

PEREIRA FILHO, Benedito. Tutela antecipada: concessão de ofício? *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Vol. 95, p. 40, setembro de 2004.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PÉREZ RAGONE, Álvaro J.; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código procesal civil alemán*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

PEREZ UÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5ª Ed., Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Torino: Schientifiche Italiane, 1991.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. Dall'ordo iudicarius al codice di procedura. In: *Modelli storici della procedura continentale*. Napoli: Cedam, 1994.

_____. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, n. 3 Pádua: Cedam, 1988.

_____. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 43, 2004.

_____. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. Processo Civile "diritto moderno". In: *Enciclopédia del diritto* - vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987.

_____; GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.

PICO I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch, 2007.

_____. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PIMENTA, Paulo. *A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

PINTO JÚNIOR, Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007.

PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1977.

_____. Giusto processo e v alre della cognizione piena. In: *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Napoli: Jovene Editore, 2003.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª Ed., Napoli: Jovene, 2002.

_____. *Tutela giurisdizionale differenziata e o nuovo processo del lavoro*. In: *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Audiência preliminar e direito à informação. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 50, 1997.

PODETTI, Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963.

POMMER, Gérard. *Freud Apocalíptico?* Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. IV.

_____. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado das ações*. Tomo I. São Paulo: RT, 1969.

_____. *Tratado das ações*. Tomo II. 2ª Ed., São Paulo: RT, 1974.

_____. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1984, v. 6.

POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. São Paulo: Cultrix, 1980.

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: EDUSP, 1980.

_____. *Conhecimento Objetivo*. São Paulo: Editora USP, 1975.

PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. *Revista da Ajuris*. Ano XXI, n. 62, 2005.

_____. *Motivações ideológicas da sentença*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. *Lições sobre teorias do processo civil e constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Problemas de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PROVERA, Giuseppe. *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Torino: Giappichelli, 1970.

PUGLIESE, William Soares; XAVIER, Marília Pedrosa. Decisões surpresa e inversão do ônus da prova. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 181-196, jul./dez. 2015.

RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e seu reflexo no projeto do CPC. *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 99, jul./set., 2011.

RAGONE, Álvaro Perez. Contornos de la justicia procesal (procedural fairness): la justificación ética del proceso civil. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima: Palestra, 2006, n. IX.

_____; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz; PRUTTING, Hanns; DE FALCO, Sandra. *Código procesal civil alemán [ZPO]*. Berlin-Uruguay: Konrad-Adenauer, 2006.

RAMALHEIRA, Diogo Lemos. *O princípio da proibição das decisões surpresa – contributo para a sua (re)compreensão no direito processual civil português*. Coimbra, 2011. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RANGEL, Rafael Calmon. O agir comunicativo em J. Habermas como premissa para a compreensão do saneamento e organização do processo no CPC/15. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Doutrina selecionada: procedimento comum*. 2ª Ed, Salvador: Juspodivm, 2016.

REALE, Miguel. Conceito de cultura: seus temas fundamentais. In: *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Memórias – a balança e a espada*. São Paulo: Saraiva, 1987.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Modificações objetivas e subjetivas da ação*. São Paulo: Academia, 1993.

REZENDE, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1963, v. II

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, 2006.

_____. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, ano 1988, p.767-791, jan. de 1999, p. 768-769.

_____; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 36, n. 114, p. 94, jun. 2009.

RICCI, Edoardo Flávio. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

RICCI, Gian Franco. “Individuazione” o “sostanzione” nella riforma del processo civile. *Rivista triemstrale di diritto processuale civile*, n. 4, 1995.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3ª Ed., Torino: Giappichelli, 2001.

RIGHI, Eduardo. *Direito fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio: “Introducción” in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (orgs.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRÍGUEZ URRACA, Jose. *Autoridad del juez y principio dispositivo*. Valencia: Universitat de Carabobo, 1968.

RODRIGUEZ, Carlos Eduardo Lopes. A noção de sistema no direito privado: unidade ou pluralidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 9, n. 1, novembro de 1993.

ROMANO NETO, Odilon. O alinhamento à jurisprudência como requisito no julgamento de improcedência liminar. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial: volume II*. São Paulo: RT, 2014.

ROQUE, Andre. Improcedência liminar no Novo CPC: mesmo nome, diferentes veículos. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/improcedencia-liminar-no-novo-cpc-mesmo-nome-diferentes-veiculos>>. Acesso em 19 julho de 2016.

RORTY, Richard. *Pragmatismo e política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RORTY, Richard; ENGEL, Pascal. *Para que serve a verdade?* São Paulo: Editora UNESP, 2008.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 17 Ed., Munique: Beck Verlag, 2010.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Introducción a La edición en castellano. In: ACKERMAN, Bruce. *La justicia social em El estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdiccional*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de Psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MARIN, Jéferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Ação condenatória, pretensão material e a efetividade do processo: as matrizes racionalistas do direito processual sob interrogação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 175, set. 2009.

SALVIOLI, Giuseppe. *Storia della procedura civile e criminale*. Firenze: Gozzini, 1969.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: s/ed., 1979.

_____. *Poder cautelar geral do juiz (no processo civil brasileiro)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Ações repetitivas e julgamento liminar (art. 285-A do CPC). *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 70. São Paulo: Dialética Editora, 2006.

SANTOS, Andrés de La Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada em el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

SANTOS, Ângelo dos. *O estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Minerva, 1970.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 45.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, v. 2.

SARAIVA, Gastão Grossê. História do processo, até o atual Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Doutrinas essenciais: processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, v. I.

_____. Il formalismo nel processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Padova: Cedam, 1958.

_____. Iura novit curia. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 46, n. 1, p. 380-385, mar. 1992.

_____. *Direito processual civil*. 7ª Ed. v. 1, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 1998.

SAVIGNY, F. Carlvon. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Utet, 1986, v. 5.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária. Limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguillar, 1971.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A teoria geral do processo e a parte geral do novo código de processo civil. In: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC: doutrina selecionada. Parte Geral*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

SCHONKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Barcelona: Bosch, 1960.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el proceso civil*. Buenos Aires: Europa-America, 1968.

_____; GOTTWALD, Peter. *Verfassung und Zivilprozess*. Bielefeld: Giesecking, 1984.

SCHWARTZ, Germano. *A Constituição, a literatura e o direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

SERRA, Marisa. Responsabilidade civil por ato discricionário do juiz em face do poder geral de cautela. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Araçatuba. v.8. n.1. p.246-68. jul. 2008.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título Executivo*, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Arresto cautelar*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SHWEDEN, Richard A.; HAIDT, Jonathan. Cultural psychology of emotions: ancient and new. In: SHWEDEN, Richard A. *Why do men barbecue?* Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. Tese de

Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2001.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado (histórico e contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia do poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. A audiência preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil Portuguesa. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 71, ano 18, p. 178, jul./set. 1993.

SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. *Dicionário de conceitos históricos*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

SILVA, Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. IV.

SILVA, Ticiano Alves e. O contraditório na improcedência liminar do pedido no novo CPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. *Grandes temas do Novo CPC: Improcedência*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVEIRA, João José Custódio. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SNYDER, Christopher. *An age of tyrants. Britain and the Britons*. The Pennsylvania State University Press, 1ª ed, 1998.

SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade*. Coimbra: Almedina, 2009.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada – tutela de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de esclarecimento e complementação no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SOMMAGGIO, Paolo. La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica: Prime riflessioni per una teoria radicale, *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 7/2007, p. 100. Disponível em: <www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=static&option=index&cID=231> . Acesso em: 4 outubro de 2017>

SORACE, Silvio. *Note intorno al problema della individuazione della domanda giudiziale*. Roma: Ed. Ateneo, 1967.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 86, p. 174-184, abr./jun. 1997.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª Ed., Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Comentários ao art. 489. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Hermenêutica, Constituição e processo, ou “de como discricionariedade não combina com democracia”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; MOTTA, José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de processo*, n. 213, nov/2012, São Paulo: RT.

STURNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado – tendências recentes e fundamentais. *Revista de processo*, v. 200, out./2011, São Paulo: RT.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, jul./set. 2002.

_____. O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. *Revista de informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 34, n. 134, p. 137-163, abr./jun. 1997.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente código italiano di procedura civile. In: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

_____. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989.

_____. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie. In: TARUFFO, Michele. *Il vértice ambíguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009.

_____. Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria. In: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid, Marcial Pons, 2009.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1997.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retórica e dialettica. In: *L'attività del giudice: mediazioni degli interessi e controllo della attività*. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

_____. *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979.

_____. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

_____. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.45, n.2, p.420-48, apr./giugno, 1990.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.*, Milano, a. giuffre, v. 60, n.2.

_____. *Lezione sul processo civil*. Bologna: Il Mulino, 1995.

TARZIA, GIUSEPPE. A audiência preliminar do processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 3, p. 721-729, 1996.

_____. L'art. 111 Cost e le garanzie europee del processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2001.

_____. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Problemi del processo di cognizione*. Padova: Cedam, 1989.

_____. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989.

_____. *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*. Padova: Cedam, 1987.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela específica dos direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: Cedam, 1983.

TESSER, André Luiz Bauml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

_____. *Curso de direito processual civil*. 49ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo cautelar*, 18ª Ed., São Paulo: Leud, 1999.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 33, nov/dez 2009.

_____; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*. Vol. 168, p. 117. São Paulo: RT, 2009.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione (problemi di diritto Tedesco e italiano)*. Milano: Giuffrè, 1974.

TROLLER, Alois. *Os fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

TROMBINI, Gabrielle; KELLER, Arno Arnoldo. A responsabilidade civil na reversão da tutela antecipada. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre. v.35. n.112. p.87-100. dez. 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Da contumácia no processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1964.

_____. *Curso de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.III.

UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

ULLMANN, Stephen. *Uma introdução à ciência do significado*. 5ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

USTÁRROZ, Daniel. *A democracia processual e a motivação das decisões judiciais. As garantias do cidadão no processo civil – Relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VALAS, Patrick. *As dimensões do gozo – do mito da pulsão à deriva do gozo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

VALENTIN, Gabriel. *Principio de congruência y regla iura novit curia: em el proceso civil uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2013.

VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y emancipación: ética, política, derecho*. Barcelona: Paidós, 2004.

VERDE, Giovanni. Il processo civile sociale (postilla). *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LIX. N. 2. Aprile-Giugno 2004.

_____. Le ideologie del processo in un recente saggio. *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LVII. N. 3. Luglio-Settembre 2002.

_____. *Profili del processo civile*. 6ª Ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história: Foucault revoluciona a história*. Brasília: UNB, 1998.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Eficácia das medidas cautelares. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo. n.122. p.98-110. maio. 2013.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973.

_____. Giustizia e futuro: conciliazione e class action. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 181, mar. 2010.

VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012.

VILLEY, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

VOGLIOTTI, Massimo. *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*. Torino: Giappichelli, 2007.

WACH, Adolf. Oralidad y escritura. In: *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Buenos Aires: Ejea: 1958.

_____. Vortrage uber die ReichscivilprozeBordnung. In: TROLLER, Alois. *Os fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

WALDNER, Wolfram. *Der Anspruch auf rechtliches Gehor*. Kohl: Otto Schmidt, 2000.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALTER, Gehard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*, n. 3, p. 733. Padova: Cedam, 2001.

_____. The german civil procedure reform act 2002: much about nothing? In: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005, v. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier-formatado.pdf> >. Acesso em: 27 julho de 2017.

_____. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2006.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e acórdão. *Revista de processo*, vol. 168, p. 55. São Paulo: RT, fev. 2009.

_____. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - *civil law e common law*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

_____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista de processo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Vinculação do juiz aos pedidos e o princípio do *iura novit curia*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre, Fabris, 1994.

_____. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. *O direito e sua linguagem*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: Zur theorie und praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied: Luchterhand, 1978.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WINDSCHEID, Bernhard. *La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*. Buenos Aires: Eja, 1974.

_____; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre "la actio"*. Buenos Aires: Europa-America, 1974.

_____. Súmula vinculante. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a justiça na Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, p. 86-138.

XAVIER, Trícia Navarro. A improcedência liminar do pedido e o saneamento do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 252, p. 147-163, fev. 2016. p. 150-151.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Limites à possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional de ofício. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo. n.104. p.24-43. nov. 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, vol. 208, p. 13/20.

ZÉFIRO, Gabriel de Oliveira. O direito à razoável duração da demanda. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *A constitucionalização do direito: a constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZOLO, Danilo. Teoria crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *Estado de direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.