

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

IGOR RAATZ DOS SANTOS

**AUTONOMIA PRIVADA, (DE)LIMITAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ E
FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL:**

Da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do
caso concreto

**São Leopoldo
2016**

IGOR RAATZ DOS SANTOS

AUTONOMIA PRIVADA, (DE)LIMITAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ E
FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL:
Da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do
caso concreto

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2016

S237a Santos, Igor Raatz dos
Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto / por Igor Raatz dos Santos. -- São Leopoldo, 2016.

668 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.

Orientação: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, Escola de Direito.

1.Processo civil. 2.Autonomia. 3.Juizes.
4.Hermenêutica (Direito). 5.Negócio jurídico processual.
I.Ribeiro, Darci Guimarães. II.Título.


CDU 347.91/.95
347.115
347.962.1

Catálogo na publicação:
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO


A tese intitulada: “AUTONOMIA PRIVADA, (DE)LIMITAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ E FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: DA INSUFICIÊNCIA NORMATIVA DO “PRINCÍPIO DISPOSITIVO” À CONSTRUÇÃO COMPARTILHADA DO CASO CONCRETO”, elaborada pelo doutorando **Igor Raatz dos Santos**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de março de 2016.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro 

Membro: Dr. Araken de Assis 

Membro: Dr. Artur Luis Pereira Torres 

Membro: Dr. Wilson Engelmann 

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck 

AGRADECIMENTOS

Na construção do texto científico, o único espaço em que se permite ao autor se desvencilhar dos rigores inerentes à pesquisa acadêmica é o espaço reservado aos agradecimentos. Trata-se de um raro momento de liberdade plena que o pesquisador encontra uma espécie de alívio da pressão e das exigências a ele impostas no decorrer da pesquisa. Aqui, a forma é livre e as palavras podem se desenvolver de maneira lúdica, sem nenhuma preocupação. Daí a opção por transformar os agradecimentos numa espécie de confissão e diálogo com pessoas e circunstâncias, que de modo mais ou menos intenso, contribuíram para que fosse possível trilhar o caminho até aqui percorrido.

Quando iniciei o doutorado em 2012 sequer poderia imaginar o quanto desafiador seria tal empreendimento. É verdade que alguns fatores me forneciam certa segurança para encarar o que estava por vir. O mestrado acaba de ter sido finalizado, com a defesa da dissertação no final de dezembro de 2011, sem grande sofrimento. A orientação sempre segura do meu orientador e o apoio que recebi, na fase final do mestrado, da Natascha – ela entrava em minha vida naquele momento para depois vir a se tornar minha esposa e companheira de todas as horas e desafios –, sem dúvida contribuíram para isso. Também o fato de continuar estudando na UNISINOS, seguindo a mesma linha de pesquisa do mestrado fizeram com que eu me sentisse bastante confortável para o desenvolvimento da pesquisa.

Porém, logo foi possível constatar quão árdua viria a ser a tarefa para a qual eu me propunha. Fazer pesquisa acadêmica de modo sério e diligente não é nada fácil, principalmente quando é necessário conciliá-la com a docência, com o trabalho na área jurídica e com as preocupações comuns do dia-a-dia. No meio disso tudo, e no afã de dar cabo à pesquisa, é necessário renunciar muitas coisas. Há quem diga que para alcançar grandes coisas é necessário fazer muitas renúncias. Não creio que a conclusão do doutorado e a elaboração de uma tese possam ser consideradas grandiosas, pois há muito mais na vida que tudo isso. Porém, do ponto de vista estritamente pessoal, significava a realização de um sonho, que em mim havia nascido ainda quando, nos indos de 2004, 2005, ainda cursando a graduação em direito despertava em mim a paixão pela pesquisa e pelo estudo do direito processual civil.

É certo que nesses quatro anos de doutorado o mundo não parou. E acredito que são todas as nossas circunstâncias que fazem com que, por mais difícil que seja, a pesquisa também não tenha parado. Apesar da constante pressão criada pela tese e pelos prazos, muitas coisas maravilhosas aconteceram nesse interregno. Eu e a Natascha tivemos um casamento fantástico no final de 2012, enfrentamos desafios do cotidiano e profissionais, como obras e casa nova, seleções docentes nas quais ambos puderam comemorar, organização de cursos, muitas viagens profissionais e poucas viagens “à passeio”, troca do serviço público no Tribunal pela advocacia. No entanto, ao passo que tantas coisas iam acontecendo existia duas constantes: a pressão da tese e o amor, o qual se traduzia em companheirismo, comprometimento, amizade, noites sem dormir, finais de semana sem descanso, e que servia de estímulo para continuar, de modo que a palavra “desistir” nunca fizesse parte do nosso dicionário.

Por isso, ainda que diversas pessoas tenham sido importantes, de diferentes maneiras, para que pudéssemos ter chegado até aqui – e espero, adiante, nominá-las e agradecê-las do melhor modo possível, por que elas, de fato, merecem – é que, neste momento destes agradecimentos, escrevo na primeira pessoa do plural. Embora científica e academicamente seja este um trabalho escrito por uma única pessoa, devo dizer, **Natascha**, que ele também é teu. Tu sempre conseguiste fazer com que eu não me abalasse. Soube enfrentar tudo isso como se fôssemos uma só pessoa. Esteve do meu lado sempre. Nunca me deixou esmorecer. Foste implacável na revisão do texto, das vírgulas, dos rodapés. Conseguimos! Por mais difícil que tenha sido, preciso repetir, conseguimos! Valeu a pena, não simplesmente por termos conseguido concluir mais essa etapa, mas porque podemos dizer que o amor torna possível as coisas impossíveis, que sonho que se sonha junto vira realidade. Valeu a pena, porque depois de tudo isso ficamos mais forte e nosso amor ainda maior!

Então, por mais que caiba, ainda, agradecer outras pessoas que a seguir serão nominadas, não há como começar estes agradecimentos senão agradecendo a pessoa mais importante na minha vida, a pessoa que esteve do meu lado o tempo todo nessa cruzada, a pessoa que, acima de todas as outras, merece estar aqui. **Natascha**, meu amor, obrigado por tudo. Obrigado por estar sempre ao meu lado. Obrigado por tornar a nossa vida mais doce. Obrigado por estar sempre disposta a lutar. Obrigado por termos chegado até aqui.

Não posso deixar de agradecer também ao meu orientador, o professor **Darci Guimarães Riberio**, por ter me guiado até aqui. A sua importância para conseguir chegar até aqui é incomensurável. A gratidão que tenho para com o professor Darci transcende o auxílio sempre seguro na construção da tese. Ter chegado até aqui é apenas o resultado daquilo que começou na cadeira de Teoria Geral do Processo II, no ano de 2003, quando, ainda sem imaginar que o processo civil seria minha paixão acadêmica, me deparei com os olhares fúnebres dos meus colegas, que ouviam assustados o professor questionar-lhes qual a diferença entre o juiz e o prefeito, abordando o tema a partir da distinção entre jurisdição e administração desenvolvida na teoria clássica do processo. Posso dizer, sem dúvida, que foi naquela classe de teoria geral do processo que me apaixonei não somente pelo processo civil, mas, inclusive, pelo Direito. Foi naquelas primeiras lições do professor Darci que descobri o prazer da pesquisa e do estudo. O resto foi consequência. Especialização, mestrado, doutorado foram os frutos daquela semente plantada quando ainda nem imaginava qual seria o meu caminho no Direito. Felizmente, ao longo dessa jornada, sempre pude contar com os ensinamentos, com os conselhos e com a amizade do professor Darci, um grande homem e um grande professor. Professor Darci, te agradeço não somente pela orientação no doutorado, mas por tudo que fizeste para que eu pudesse chegar até aqui.

Felizmente, a caminhada acadêmica nos faz conhecer grandes mestres e grandes pessoas. Melhor quando encontramos as duas virtudes na mesma pessoa. Durante o mestrado, tive a felicidade de ser aluno do professor **Maurício Martins Reis**, exemplo ímpar de dedicação aos seus alunos e ao Direito. Mesmo após a sua curta passagem no programa de pós-graduação da Unisinos, o professor Maurício sempre se mostrou disposto a dialogar comigo sobre minhas inquietações acadêmicas, me auxiliando com bibliografias e trocas de ideias. Professor Maurício, tu és um exemplo de profissional, que, sem dúvida, vale a pena seguir.

Embora, durante meu período de estudos na Unisinos, ainda não tenha tido a oportunidade de ter uma relação mais estreita com o professor **Lenio Streck**, certamente devo inseri-lo nestes agradecimentos. Explico. Durante o mestrado e doutorado, com suas aulas, tive a felicidade de entrar em contato com a Crítica Hermenêutica do Direito, o que significou uma virada na minha forma de enxergar o

processo civil. Lembro de alguns colegas falarem que suas aulas seriam uma espécie de “divisor de águas” e realmente foram. Muito deste trabalho é fruto do que colhi das suas aulas. E por isso, não posso deixar de lembrá-lo em meus agradecimentos.

Também preciso agracer aos professores que participaram da banca de qualificação do projeto da tese. Ao professor **Anderson Teixeira**, agradeço pelas importantes considerações sobre a estrutura e a metodologia do trabalho, bem como pela leitura atenta da tese e a realização do seu respectivo PPA. Ao professor **Marco Jobim**, agradeço pelas considerações, pelas palavras de estímulo que, sem dúvida, foram muito importantes para continuar apostando na pesquisa que vinha sendo desenvolvida, e pela bibliografia indicada, que muito enriqueceu o trabalho.

Também da academia, seria uma verdadeira injustiça deixar de agradecer o professor e amigo **Felipe Scalabrin**, é verdade que nossos contatos foram muito raros durante o doutorado. Porém, meu caro, muito deste trabalho é fruto das nossas discussões e, às vezes divergências, extremamente produtivas durante o mestrado. E o mais interessante é ver que depois de todo esse tempo o núcleo das nossas inquietações acadêmicas, que impulsionaram as pesquisas iniciadas ainda no mestrado, permanece intacto.

Passando do núcleo de convivência acadêmica para o pessoal, devo registrar que o doutorado leva consigo muito da nossa vida social. Muitas amizades são, por assim dizer, dissolvidas em razão da nossa, justificada, mas pouco compreendida, ausência. Alguns amigos, porém, permanecem firmes, torcendo e incentivando a dura tarefa de prosseguir na pesquisa. Eis a oportunidade de agradecer-los. Em primeiro lugar, devo agracer ao meu amigo **Felipe Boeira da Ressureição**, o qual, mais que um amigo, é como se fosse um verdadeiro irmão para mim. Também preciso agradecer, sempre, ao meu amigo **Alfredo Juan Capovilla**, amigo e irmão que os percalços (ou não) da vida me deram. Tu sabes que, muitas vezes, me deu segurança para continuar apostando. Outro amigo que não posso deixar de lembrar é o **Maximiliano Graña Dias**. É uma pena que sempre fica para depois marcar aquela janta ou aquele sushi, mas é certo que sempre que preciso posso contar contigo e tu sabes que também podes contar comigo (mesmo que eu demore um pouco para dar o retorno). Por fim, preciso agradecer ao meu amigo **Frederico Nascimento**, que continua torcendo por mim e sempre preocupado em dar o conselho certo na hora certa. Meu velho, muito obrigado por ser o amigo que tu és.

Também preciso agradecer aos meus talentosos alunos que, ao longo da convivência acadêmica, se tornaram grandes amigos. Agradeço ao **Marino de Camargo Abreu**, ao **Diogo Stein** e ao **William Galle Dietrich**. Em especial, devo agradecer ao William pela leitura e minuciosa revisão que fez da tese. Ainda, devo registrar que me enche de orgulho te ver, ainda no final da graduação, dialogando sobre temas tão complexos do Direito, com firmeza e profundidade. Tenho certeza que irás longe!

Por fim, cabe registrar meu agradecimento ao núcleo familiar, o núcleo duro da nossa existência aqui neste plano. Agradeço aos meus pais, **Paulino José dos Santos** e **Marizete Raatz dos Santos**, por, desde sempre, terem me incentivado a buscar os meus sonhos, por mais distantes que fossem. Com certeza, isso me ajudou a sempre perseverar. Ao mesmo tempo que agradeço, também peço desculpas pela minha ausência decorrente da pressão do trabalho e principalmente da tese. Apesar disso, de coração sempre estive, estou e estarei com vocês. Agradeço, também, à **Célia** e ao **Rogério Anchieta**, pais “adotivos” que ganhei ao conhecer a Nastascha. Não tenho palavras para agradecer pelo incentivo e pelo esforço de vocês para sempre nos verem bem e alcançando nossos objetivos. Sem dúvida, vocês fizeram e seguem fazendo com o que caminho, por mais tortuoso que seja, tenha lá seus momentos de conforto e carinho.

Agradeço também ao **Anderson** e a **Vanessa**, pela parceria de sempre, que, sem dúvida, ajudou a aliviar a pressão nessa fase final do trabalho.

Agradeço à **Vera Lobens** e ao **Ronaldo César Rodrigues** pela paciência e por todo o auxílio conferido durante o período no doutorado da Unisinos.

Agradeço também a algumas pessoas que, no curso do doutorado, de um modo ou de outro, me ajudaram a chegar até aqui: a Flávia Feijó Rodrigues, o Guilherme Jardim, o Aloise Gawski, o José Luiz Reis de Azambuja, o Carlos Duarte, o Nilo da biblioteca do Tribunal de Justiça assim como o pessoal que trabalha lá, o Paulo Junior Trindade dos Santos e o Marcus Vinícius Madeira.

Agradeço ao professor Ovídio Araújo Baptista da Silva, onde quer que ele esteja, por ter, com suas obras e lições sempre atuais, me inspirado e incentivado a seguir pesquisando longe dos atalhos...

Agradeço, por fim, a Deus, por proporcionar tudo isso.

RESUMO

A presente tese tem como tema central os limites de atuação do juiz e das partes no processo civil contemporâneo e, mais especificamente, tem como problemática as condições de possibilidade para delimitar o âmbito de atuação dos sujeitos no processo e o papel reservado às partes na própria construção do processo. Trata-se de empreendimento investigativo que, embora tenha como pressuposto estudar os limites de atuação do juiz no processo civil, em visível combate ao protagonismo judicial, foca a sua atenção para o poder de autodeterminação das partes. O modo de realização da pesquisa está centrado na matriz hermenêutica, que funciona como método de abordagem dos fenômenos explorados, e não como método no sentido cartesiano-moderno para se chegar à verdade. Desse modo, e partindo do objetivo geral de investigar o espaço de autodeterminação conferido às partes no processo civil contemporâneo, a tese tem por objetivo desconstruir o caráter principiológico do chamado “princípio dispositivo”, apontando sua insuficiência para dar conta do problema de divisão de trabalho entre o juiz e as partes, verificar as possibilidades de conferir à autonomia privada força normativa para fundamentar um novo modelo de processo civil no qual as partes deixam de ocupar um papel secundário na sua estrutura procedimental, identificar, à luz do Estado Democrático de Direito, a posição ocupada pelas partes, a delimitação dos poderes do juiz e, principalmente, determinar, a partir do chamados negócios jurídicos processuais, a amplitude de autodeterminação das partes na construção do procedimento, bem como os seus limites. Busca-se, com isso, trazer à luz um amplo poder de autodeterminação conferido às partes, o qual atravessa tanto o plano do direito material quanto do direito processual, buscando uma superação do modelo de rigidez procedimental por uma possível flexibilização de acordo com as circunstâncias do caso concreto, legitimada pela efetiva participação das partes na construção do caso concreto e do procedimento.

Palavras-chave: Autonomia privada. Negócios jurídicos processuais. Flexibilidade procedimental. Princípio dispositivo. Poderes do juiz.

RIASSUNTO

La presente tesi ha, come tema centrale, i limiti della attuazione del giudice e delle parti nel processo civile contemporaneo e, più precisamente, ha, come problematica, le condizioni di possibilità per delimitare l'ambito di attività dei soggetti del processo e il ruolo riservato per le parti nella costruzione del processo. Si tratta di un progetto di indagine che, nonostante presupponga lo studio dei limiti del ruolo del giudice nel processo, in lotta contro il protagonismo del giudice, concentra la sua attenzione al potere di autodeterminazione delle parti. La realizzazione di ricerca è centrata nella matrice ermeneutica, che funziona come metodo di approccio dei fenomeni sfruttati, e non come un metodo in senso cartesiano-moderno per arrivare alla verità. Pertanto, e sulla base dell'obiettivo generale di investigare lo spazio di autodeterminazione dato alle parti nel processo civile contemporaneo, la tesi mira alla decostruzione del carattere principiologico del cosiddetto "principio dispositivo", indicando la sua incapacità per prendersi cura del problema della divisione di lavoro tra il giudice e le parti, verificare le possibilità di dare all'autonomia privata, forza normativa per sostenere un nuovo modello di processo civile in cui le parti riescono a occupare un ruolo secondario nella sua struttura procedurale, identificare, alla luce dello Stato Democratico di Diritto, la posizione occupata dalle parti, la delimitazione dei poteri del giudice e, in particolare, determinare, sulla base del cosiddetto negozi giuridici processuale, il grado di auto-determinazione delle parti nella costruzione del procedimento così come i suoi limiti. Cerca di portare alla luce un ampio potere di autodeterminazione concesso alle parti, che attraversa il piano del materiale giusto, così come il piano di diritto processuale, in vista di un superamento del modello di rigidità procedurale per una possibile flessibilità secondo le circostanze del caso, legittimata dalla partecipazione effettiva delle parti nella costruzione del caso concreto e della procedura.

Parole-chiave: Autonomia privata. Negozi giuridici processuale. Flessibilità processuale. Principio dispositivo. Poteri del giudice.

ABSTRACT

This thesis is focused on the limits of judge's performance and of the parties in the contemporary civil procedure law and, more specifically, evaluates the conditions of possibility to delimit the scope of performance of the parties in the procedure and the role reserved for parties on the construction of the procedure. This is an investigative paper that, although on presupposed studies the judge's performance limits in civil law, visibly fighting judicial role, It also focuses its attention on the instructive power of self-determination of the parties. The embodiment of research focuses on hermeneutic matrix, which works as an approach method of the exploited phenomena, and not as a method towards modern-Cartesian to tackle it. Thus, and starting from the overview goal to investigate the self-determination spot given to the parties in the contemporary civil procedure, the thesis aims to deconstruct the principled characteristic of the "dispositive device", pointing its failure when it comes to the issue of division of labor between the judge and the parties. It also verifies the possibilities of giving to the private autonomy, the normative powers to support a new civil procedure model in which the parties fail to occupy a secondary role in its procedural structure. It is also a role to this thesis to identify, according to the Democratic State Rule, the position occupied by the parties, delimitation of the judge's powers, mainly to determine, from the so-called procedural legal business, the extent of self-determination of the parties onto the construction of the procedure as well as its limits. Thereby, the aim is also to bring forth a wide discretion granted to self-determination parts, which crosses both the plan of substantive law as the right procedural, seeking overcoming procedural rigidity model through a possible relaxation according to the circumstances of the case, legitimated by the effective participation of the parties in the construction of the case and procedure.

Keywords: Private autonomy. Procedure agreement. Procedural flexibility. Dispositive principle. Judge's powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS E FILOSÓFICOS PARA A COMPREENSÃO DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: A PRIMAZIA DA ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO FENÔMENO JURÍDICO DIANTE DAS INSUFICIÊNCIAS DE UMA ABORDAGEM PURAMENTE ANALÍTICA - O CAMINHO PARA UM CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO	24
2.1 DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	24
2.1.1 Da Hermenêutica como Disciplina Especial para a Interpretação de Textos	26
2.1.2 Da Passagem de uma Hermenêutica Especial para uma Hermenêutica como Teoria Geral da Interpretação	32
2.1.3 Schleiermacher e a Hermenêutica como Ciência Geral da Compreensão Linguística	35
2.1.4 O Projeto Hermenêutico de Dilthey: a Hermenêutica como Base Metodológica para as Ciências do Espírito	44
2.1.5 A Filosofia Hermenêutica de Heidegger.....	50
2.1.6 A Hermenêutica Filosófica de Gadamer.....	66
2.2 A SEMÂNTICA TRADICIONAL E O CAMINHO PARA A VIRAGEM LINGUÍSTICA PRAGMÁTICA	94
2.2.1 O Primeiro Giro Linguístico.....	95
2.2.2 O Caminho Percorrido pela Filosofia da Linguagem Até o Giro Linguístico Pragmático no Segundo Wittgenstein.....	97
2.2.3 O Problema da Indeterminação do Direito na Perspectiva da Filosofia da Linguagem Ordinária	112
2.3 A PRIMAZIA DA ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO FENÔMENO JURÍDICO DIANTE DAS INSUFICIÊNCIAS DE UMA ABORDAGEM PURAMENTE ANALÍTICA DA LINGUAGEM	118
2.3.1 A Diferença entre Texto e Norma Diante do Problema da Interpretação Jurídica.....	120
2.3.2 Crítica a uma Distinção Puramente Analítica entre Texto e Norma.....	127
2.3.3 A Interpretação Jurídica como um Problema Prático-Concreto	134
2.3.4 Da Diferença (Ontológica) entre Texto e Norma.....	140
2.3.5 Do Processo como <i>lócus</i> Privilegiado para a Compreensão do Sentido Prático-Problemático do Direito.....	146
2.4 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO À FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS: DA FUNÇÃO À FORMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO CIVIL	160
2.4.1 O Conceito de Princípio Diante das Primeiras Posturas Positivistas: o Desenvolvimento Teórico dos Princípios Gerais do Direito	160
2.4.2 Imprecisão e Ausência de Normatividade dos Princípios Gerais do Direito	167

2.4.3 Do Desenvolvimento dos Princípios (Gerais e Epistemológicos) no Direito Processual Civil.....	170
2.4.4 Do Reconhecimento do Caráter Normativo dos Princípios: da Superação da Noção de Princípios Gerais do Direito À Força Normativa dos Princípios	173
2.4.4.1 O Conceito de Princípio em Ronald Dworkin	177
2.4.4.2 O Conceito de Princípio em Robert Alexy	185
2.4.4.3 Perspectivas Críticas Acerca do Conceito Contemporâneo de Princípio	193
3 A IMBRICAÇÃO ENTRE PROCESSO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO. O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DO (NOVO) PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO COMO BALIZADOR DA DIVISÃO DE TRABALHO ENTRE O JUIZ E AS PARTES NO PROCESSO CIVIL	208
3.1 DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS À FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E O MODELO DE PROCESSO DESENVOLVIDO NO CURSO DA IDADE MÉDIA	212
3.2 O FIM DA IDADE MÉDIA, O NASCIMENTO DAS PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS DO ESTADO MODERNO COMO ESTADO ABSOLUTISTA E O SEU RESPECTIVO MODELO DE PROCESSO CIVIL.....	223
3.3 AS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO SÉCULO XVIII, A DECADÊNCIA DO ESTADO ABSOLUTISTA E O SURGIMENTO DO PROCESSO CIVIL LIBERAL.....	233
3.4 ESTADO SOCIAL, A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL E O INCREMENTO DOS PODERES DO JUIZ	254
3.4.1 Publicização e Socialização do Processo Civil: a Superação do Privatismo Processual	260
3.4.1.1 O Socialismo Jurídico de Anton Menger	263
3.4.1.2 Franz Klein e a Reforma Processual Austríaca.....	264
3.4.1.3 Chiovenda e o Movimento de Publicização do Processo.....	265
3.4.1.4 A Superação do Privatismo em Oskar Bülow e o Crescimento do Publicismo Processual.....	267
3.5 O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE O PRIVATISMO E O PUBLICISMO PROCESSUAL.....	270
3.5.1 Do Direito À Liberdade no Estado Democrático de Direito como Pressuposto para o Reconhecimento Normativo do Princípio da Autonomia Privada.....	276
3.5.2 O Processo Civil no Estado Democrático de Direito.....	282
3.6 A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO CIVIL E DO PROCESSO CIVIL: APROXIMAÇÕES ACERCA DO CONTEÚDO PRINCIPIOLÓGICO DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	290
3.7 DO “PRINCÍPIO DISPOSITIVO” COMO FACETA LIMITADA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO CIVIL AO RECONHECIMENTO DESTA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	306

3.7.1 Do Reconhecimento do Princípio da Autonomia Privada como um dos Pilares do Novo Processo Civil Brasileiro	331
3.7.1.1 Do Problema Terminológico Aos Fundamentos Constitucionais do Princípio da Autonomia Privada	339
3.7.1.2 Contornos Dogmáticos e Conceituais da Autonomia Privada	343
3.7.1.3 Autonomia Privada como Princípio Fundamental do (novo) Processo Civil Brasileiro	350
3.7.2 Conclusões Parciais: da Insuficiência Normativa do Princípio Dispositivo Ao Reconhecimento do Caráter Normativo da Autonomia Privada no Marco do Processo Civil Democrático	359
4 AUTONOMIA PRIVADA E ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL: UMA PRIMEIRA TENTATIVA PARA (DE)LIMITAÇÃO DO AGIR DAS PARTES E DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL.....	362
4.1 LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ QUANTO AO MÉRITO DA CAUSA	362
4.1.1 Demanda e Objeto do Processo	362
4.1.1.1 Objeto do Processo: Precisos Terminológicos e Importância Prática do Tema	364
4.1.1.2 Teorias Acerca da Natureza do Objeto do Processo.....	367
4.1.1.2.1 <i>Friedrich Lent</i>	368
4.1.1.2.2 <i>Leo Rosenberg</i>	374
4.1.1.2.3 <i>O Objeto do Processo segundo Karl Heinz Schwab</i>	377
4.1.1.2.4 <i>Walter Habscheid</i>	381
4.1.1.2.5 <i>Correntes Contemporâneas sobre o Objeto do Processo</i>	383
4.1.2 Conteúdo do Objeto do Processo.....	387
4.1.2.1 Pedido	388
4.1.2.2 Causa de Pedir.....	394
4.1.2.2.1 <i>Da Alegação dos Fatos e os Limites de Atuação do Juiz</i>	402
4.1.2.2.2 <i>Limites de Atuação de Ofício do Juiz Quanto À Qualificação Jurídica e Às Consequências Jurídicas dos Fatos</i>	409
4.1.2.3 Exceções Substanciais e Limites da Atuação de Ofício do Juiz.....	416
4.1.2.3.1 <i>Da Exceção Substancial como Contradireito do Réu</i>	416
4.1.2.3.2 <i>Contradireitos e Ampliação do Objeto Litigioso</i>	423
4.1.2.4 Formação Progressiva do Objeto Litigioso.....	429
4.2 LIMITES DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ DIANTE DO OBJETO DO DEBATE	431
4.2.1 Autonomia Privada como Limitador da Atuação de Ofício do Juiz no Âmbito do Objeto do Debate	432
4.2.2 Atuação de Ofício do Juiz Quanto Aos Meios de Prova	434
4.2.3 Atuação de Ofício do Juiz Quanto Aos Meios de Efetivação dos Provimentos Jurisdicionais.....	437
4.2.4 Atuação de Ofício do Juiz Quanto Aos Atos de Impulso e Direção do Processo	440

4.2.5 Atuação de Ofício do Juiz Quanto Às “Matérias de Ordem Pública”	442
4.3 O CONTRADITÓRIO E A BOA-FÉ OBJETIVA COMO BALIZADORES DO EXERCÍCIO DOS PODERES DE OFÍCIO DO JUIZ	455
4.4 DO INSUCESSO DE UM QUADRO RÍGIDO PARA (DE)LIMITAR A ATUAÇÃO DAS PARTES E DO JUIZ COMO PRESSUPOSTO PARA SE PENSAR EM UM NOVO MODELO DE “DIVISÃO DE TRABALHO”	465
5 FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL COMO UMA NOVA PROPOSTA PARA (DE)LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DO JUIZ: AUTONOMIA PRIVADA, CASE MANAGEMENT E CONSTRUÇÃO COMPARTILHADA DO CASO CONCRETO	469
5.1 A RIGIDEZ PROCEDIMENTAL DO CÓDIGO BUZAID: A CISÃO ENTRE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO E O MITO DA ORDINARIEDADE.....	470
5.1.1 As Origens Romanas da Separação entre Cognição e Execução	471
5.1.2 A Manutenção da Separação entre Conhecimento e Execução no Direito da Modernidade e sua Recepção pela Doutrina Processual.....	477
5.1.3 A Estrutura do Processo de Conhecimento e o Mito da Ordinarietàade: da Rigidez Procedimental À Plenarietàade da Cognição.....	479
5.1.4 A Crise da Separação entre Conhecimento e Execução e a sua “Superação” no Curso das Reformas do Processo Civil Brasileiro.....	485
5.1.5 O Panorama Estrutural do Novo CPC.....	489
5.2 TENDÊNCIAS DE SUPERAÇÃO DO MITO DA ORDINARIEDADE: PROCEDIMENTOS ESPECIAIS E TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS	490
5.2.1 Adequação (em Abstrato) do Processo Ao Direito Material: dos Procedimentos Especiais Às Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas.....	490
5.2.2 Da Equivocada Difusão do Termo Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e sua Crise Conceitual.....	494
5.3 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CPC COMO INSTRUMENTO DE ADAPTAÇÃO DO PROCESSO ÀS NECESSIDADES DO CASO CONCRETO.....	500
5.3.1 Do Conceito de Negócio Jurídico	500
5.3.2 Negócio Jurídico Processual como Espécie de Fato Jurídico Processual: uma Breve Análise da Evolução do Tema.....	506
5.3.3 O Panorama Atual dos Negócios Jurídicos Processuais	510
5.3.4 Aspectos Dogmáticos Acerca dos Negócios Processuais	514
5.3.5 Dos Negócios Jurídicos Processuais Típicos	520
5.3.6 Dos Negócios Jurídicos Processuais Atípicos	522
5.3.7 A Questão da Validade (e dos Limites) dos Negócios Jurídicos Processuais	528
5.4 A FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: FASE PREPARATÓRIA E ALTERNATIVAS PARA UMA CONSTRUÇÃO COMPARTILHADA DO CASO CONCRETO.....	542

5.4.1 O Problema da Delimitação do Caso Concreto Diante da Dinamicidade do Processo e do Sentido Hermenêutico do Direito: a Proposta de uma Fase Preparatória nos Sistemas de Direito Comparado e a Construção Compartilhada do Caso Concreto.....	543
5.4.1.1 O Modelo de Fase Preparatória no Processo Civil Inglês	547
5.4.1.2 O Modelo de Fase Preparatória no Processo Civil Francês.....	559
5.4.2 Flexibilidade Procedimental no Novo CPC: Autonomia Privada, Poderes do Juiz e Construção Compartilhada do Procedimento Adequado Ao Direito Material e ao Caso Concreto.....	565
6 CONCLUSÃO	585
REFERÊNCIAS.....	617

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação parte de um questionamento acerca dos “limites de atuação do juiz no processo civil”. Essa pergunta pode ser reformulada em diversas perspectivas, a partir das quais se pode buscar delimitar o que no processo diz respeito às partes e o que diz respeito ao juiz.

Pode-se dizer, diante de tal perspectiva, que a presente tese tem como tema central “os limites de atuação das partes e do juiz no processo civil contemporâneo” e, mais especificamente, sua problemática reside em *questionar as condições de possibilidade para delimitar o âmbito de atuação dos sujeitos do processo e o papel reservado às partes na construção do processo*. Em que pese, num primeiro olhar, o tema se apresente como um empreendimento estritamente dogmático, deve-se deixar registrado, desde já, que não se trata somente de traçar um perfil conceitual da questão dos poderes do juiz e das partes no processo. Em linhas gerais, trata-se de uma questão democrática, que envolvendo a contenção do arbítrio do órgão julgador a partir da sua atuação de ofício e o papel que, no marco do Estado Democrático de Direito, é reservado às partes no processo civil para, dentro de limites constitucionalmente demarcados, participar ativamente da própria construção do processo civil.

O caminho mais comum para lidar com essa temática repousa na tentativa de se estabelecer um marco divisório entre a atuação do juiz e a atuação das partes no processo civil com recurso ao denominado “princípio dispositivo”. Não seria exagerado dizer que esse é o limite da doutrina processual para o enfrentamento do tema objeto da tese: traçar uma linha divisória de atuação das partes e do juiz a partir de um “princípio” construído ainda no século XIX, cuja recepção pelo novo modelo de direito instituído pelo Constitucionalismo contemporâneo é sobremaneira duvidosa. Soma-se a isso a existência de um Novo Código de Processo Civil no direito brasileiro, o qual entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. É imperioso saber se esse esquema conceitual, fundado no denominado princípio dispositivo, se sustenta no marco paradigmático do Novo Processo Civil brasileiro.

Aqui é importante deixar claro que o empreendimento investigativo não se limita à uma repriminção daquilo que, em sede doutrinária, já é desenvolvido à luz do chamado “princípio” dispositivo. Procura-se dar uma roupagem nova ao problema da

divisão de trabalho entre o juiz e as partes, questionando em que medida a estruturação do processo, fundada em um esquema legal-estatal abstrato, pode ceder em favor de um novo modo de estruturação, no qual o papel das partes assume especial relevância ao ponto de elas próprias autodeterminarem a sua própria estrutura procedimental. Nessa linha de investigação, é imprescindível perquirir os elementos que fundamentam essa virada na forma de encarar o processo civil e suas consequências práticas, sejam elas positivas, sejam elas negativas.

Com efeito, partindo do objetivo geral que é “investigar o espaço de autodeterminação conferido às partes no processo civil contemporâneo”, tem-se como objetivos específicos (i) desconstruir o caráter principiológico do “princípio” dispositivo; (ii) verificar as possibilidades de conferir à autonomia privada força normativa para fundamentar um novo modelo de processo civil em que as partes deixam de exercer um papel secundário na sua estrutura procedimental; (iii) identificar, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, a posição ocupada pelas partes no processo civil contemporâneo; (iv) determinar, a partir dos chamados “negócios jurídicos processuais” a amplitude da autodeterminação das partes para a construção adequada do processo, bem como os seus limites e (v) a partir desse modo de pensar o papel das partes do processo verificar de que modo é possível superar a noção de rigidez procedimental substituindo-a por um modelo de flexibilidade procedimental legitimado pela atuação das partes e do juiz, numa espécie de “construção compartilhada do caso concreto”.

Esse ponto de partida levou a outros meandros e a novas interrogações, as quais nem sempre pareciam predispostas a oferecer uma resposta afeiçoada às inquietações iniciais da pesquisa que redundou na presente tese. Isso não deveria ser uma surpresa, afinal, como bem lembra Gadamer, saber formular a pergunta certa constitui uma tarefa extremamente difícil¹. Porém, quanto mais se questionava, mais o foco da pesquisa parecia modificar-se, sem, com isso, abandonar a linha inicial que era, em termos gerais, o “problema da divisão de trabalho entre o juiz e as

¹ Nesse sentido, refere Gadamer que “uma das mais importantes intuições que herdamos do Sócrates platônico é que, ao contrário da opinião dominante, perguntar é mais difícil do que responder”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 473.

partes”². E, talvez, no estágio inicial das indagações formuladas, a que mais se acentuava era a seguinte: por que “princípio” dispositivo? O que faz com que o dispositivo seja um princípio, e não uma regra? Qual a importância do seu caráter normativo para delimitar adequadamente o âmbito de atuação das partes e do juiz no processo?

Conceituar regras e princípios é algo extremamente difícil, mesmo para aqueles autores que transitam com muita facilidade no campo da filosofia e da teoria do direito. Desse modo, a interrogação a respeito do caráter principiológico ou não do “dispositivo” demandava o aprofundamento de algumas questões que são muito caras para o desenvolvimento arrojado de grandes temas do direito. Era necessária uma “base teórica” a partir da qual fosse possível caminhar na resolução das questões originariamente suscitadas. Para tanto, elegeu-se a matriz hermenêutica-filosófica como matriz teórica do presente trabalho, estando o trabalho inserido nas investigações da linha da pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do Programa da Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

Nessa senda, o presente trabalho oferece, no seu primeiro capítulo, uma breve introdução à hermenêutica filosófica e à filosofia hermenêutica, tendo por objetivo não somente eleger essa matriz hermenêutica como metodologia de trabalho, mas, também, apontar as insuficiências de uma abordagem puramente analítica do fenômeno jurídico. Nesse estágio em que se mergulhava no modo hermenêutico para se desvelar os fenômenos que gradualmente iam surgindo, algumas questões foram aflorando, como, por exemplo, o caráter dinâmico do processo e a sua inaptidão para lidar com as cisões caudatárias do pensamento metafísico, notadamente as cisões entre fato-direito e direito material-processo. De tudo isso construía-se o pano de fundo para o desenvolvimento da tese

Essa abordagem introspectiva, em que pese pareça estranha para a introdução de um trabalho acadêmico, tem o objetivo de servir como uma espécie de “introdução da introdução”. Ela, de certo modo, explica as razões que levaram à escolha em iniciar a pesquisa a partir de uma sólida base teórica e filosófica. É por

² A expressão disseminou-se no direito brasileiro com Barbosa Moreira. A respeito, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. Trata-se, nas palavras de Araken de Assis, do “problema capital do processo civil contemporâneo”. Seu estudo é de suma importância uma vez que “é na ênfase maior ou menor na atividade das partes e na atividade do juiz que se expressa as linhas ideológicas do ordenamento processual”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 894.

isso que o primeiro dos três capítulos que compõem o presente trabalho servirá para o desenvolvimento dos fundamentos jurídicos e filosóficos necessários à compreensão do processo civil contemporâneo. Nessa senda, será apresentada a matriz hermenêutica, indo-se da hermenêutica clássica até a hermenêutica filosófica, passando, no bojo disso tudo, pelos giros linguísticos e, conseqüentemente, pelo desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária. Pretende-se, com isso, tornar mais claras as condições jurídicas e filosóficas que alicerçam o caráter indeterminado do direito, mormente a diferença (ontológica) entre texto e norma, o caráter prático-concreto da interpretação jurídica e a posição privilegiada do processo para a compreensão do sentido prático-problemático do direito. Nessa perspectiva, a realização concreta do direito aparece como sendo o problema metodológico do direito, o que permite resgatar a importância do caso concreto, bem com acentuar a impossibilidade de se trabalhar, no caso concreto, com as cisões fato-direito e direito material-processo. Uma vez estabelecidas essas “premissas teóricas”, ainda será realizada uma abordagem do conceito de princípio, desconstruindo (e reconstruindo) o conceito desde o seu surgimento como “princípio geral” nos primeiros positivismos, passando pela tese da *descontinuidade*, segundo a qual não é possível enxergar os princípios constitucionais como continuação dos antigos princípios gerais do direito. Toda essa construção teórica é imprescindível para que, no curso da tese, o chamado “princípio dispositivo” possa ser interrogado e desconstruído.

No entanto, para dar continuidade a esse empreendimento é necessário assentar o lugar de fala e de problematização do processo civil. A reconstrução da dogmática processual desde uma matriz hermenêutica pressupõe revolver o chão linguístico em que se encontra assentada a doutrina processual contemporânea e, a partir daí, identificar os prejuízos inautênticos que forjaram, por exemplo, a noção de princípio dispositivo. É justamente nessa perspectiva que o segundo capítulo da tese tem como primeiro elemento uma reconstrução da posição jurídica das partes e do juiz no processo desde uma perspectiva histórica, que tem, como fio condutor, o desenvolvimento da noção de Estado. Verificam-se, aí, três modelos básicos de Estado e de processo: o processo civil liberal, social e democrático. Cada um deles imprime ao problema da divisão de trabalho entre o juiz e as partes características que são próprias da organização estabelecida entre Estado, sociedade civil e indivíduos. No caso específico do Estado Democrático de Direito alguns temas

específicos assumem especial relevância, como é o caso da tríade “liberdade, autonomia e democracia”, que pauta o caráter de cooriginariedade estabelecido entre a autonomia privada e a autonomia pública, na medida em que a autonomia pública é garantida por direitos de participação democráticos que se assentam no respeito à autonomia privada. Com isso, é possível repensar o papel que a autonomia privada ocupa no processo, operando-se o seu resgate para que venha a ocupar um papel de destaque, mais consentâneo com o modelo democrático e constitucional de processo.

É possível identificar, já nesse segundo momento da tese, que, sem abandonar a matriz hermenêutica, há uma preocupação em estudar o processo civil fora dos seus aspectos estritamente dogmáticos. Trata-se, aqui, de identificar como se formou o desenvolvimento da dogmática processual e, com isso, identificar em que medida o reforço do papel do juiz com o desprezo do papel das partes liga-se a certos pressupostos teóricos. Isso fica muito claro quando se identifica em Bulow, o denominado “pai da ciência processual”, uma clara ligação com o movimento do direito livre, o que permite explicitar as razões que levaram o jurista alemão a apostar no protagonismo judicial. No ponto, o trabalho está perfeitamente afeiçoado ao Grupo de Pesquisa “O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal do Estado Democrático de Direito”, liderado pelo professor Darci Guimarães Ribeiro, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

Partindo-se do desenvolvimento teórico da autonomia privada, torna-se possível questionar o caráter principiológico do chamado princípio dispositivo, seus fundamentos e contrastá-los com a dignidade principiológica reivindicada na tese à autonomia privada, tendo em vista os contornos da noção de Estado Democrático de Direito. A pergunta, agora, irá se deslocar para a função normativa do princípio dispositivo nas suas duas acepções que foram gradualmente incorporadas na doutrina processual muito por força do pensamento de Mauro Cappelletti, que veio a dividi-lo em princípio dispositivo em sentido material e em sentido processual. O objetivo não será apontar uma inutilidade dessa referida distinção, mas, sim, buscar estabelecer os seus fundamentos, bem como a possibilidade de redimensioná-los a partir da visão revigorada em torno do princípio da autonomia privada. Isso quer dizer que, constatada a insuficiência normativa do então denominado princípio dispositivo, deve-se partir para um novo ângulo visual, em que a autonomia privada

passa a ocupar um lugar fundamental no escopo de barrar o arbítrio judicial ou, em outros termos, delimitar a atuação de ofício do juiz no processo civil.

A pesquisa até então desenvolvida irá se aventurar em oferecer uma primeira hipótese de trabalho diante do questionamento a respeito da delimitação do juiz e das partes no processo civil. Partindo-se da insuficiência normativa do princípio dispositivo e chegando no papel atribuído à autonomia privada, será realizada uma detida análise do tema do “objeto litigioso do processo”, temática que costuma oferecer um excelente ponto de apoio para traçar as linhas divisórias entre a atuação do juiz e a atuação das partes no processo. Tudo indicava, nesse ponto da investigação, que o item 3.8 da tese consistiria no seu desfecho. Afinal, a divisão entre objeto do processo e objeto do debate se afiguraria recheada de elementos que, individualmente analisados, poderiam oferecer uma luz ao problema da delimitação da atuação das partes e do juiz. E, até certo ponto, referido capítulo poderá oferecer algumas hipóteses parciais de trabalho, as quais já reforçam que a autonomia privada não se adstringe ao mérito da causa ou ao direito material. Ela também interfere no plano da técnica do processo e, nessa perspectiva, pode servir de fator limitador da atuação do juiz, como é o caso, só para ficar com um simples exemplo, das convenções acerca do juízo competente para a causa.

Porém, partindo-se do pano de fundo teórico em que a tese se desenvolve – e basicamente do pressuposto de que o processo é dinâmico e que, desse modo, carrega consigo uma indeterminação constante dentro da qual fato e direito estão em permanente imbricação – é facilmente verificável o insucesso de um quadro rígido para (de)limitar a atuação das partes e do juiz no processo. Não é à toa que, ainda no item 3.8, será proposta uma noção de formação progressiva do objeto litigioso, que denota um apagar das linhas divisórias entre a atuação das partes e do juiz na medida em que se abandona a imagem estática do processo e se ingressa no seu aspecto dinâmico. Eis aqui a grande “virada” da pesquisa: torna-se necessário, muito mais do que estabelecer os limites de atuação das partes e do juiz no processo civil, questionar as condições de possibilidade para que se dê tal delimitação, tendo por pressuposto o poder de autodeterminação conferido às partes no processo civil contemporâneo. Dito de outro modo, o problema é mais profundo que uma simples delimitação dos poderes das partes e do juiz, na medida em que diante da dinâmica processual alguns pontos nevrálgicos são de impossível solução uma vez que teorizados a partir do falso pressuposto de que fato e direito estejam

cindidos na dinamicidade do caso concreto. Tudo isso impõe repensar o modelo de divisão de trabalho entre o juiz e as partes a partir do redimensionamento que a autonomia privada recebe no processo no Estado Democrático de Direito.

Consequentemente, a (de)limitação da atuação do juiz e das partes, partindo do caráter principiológico e, pois, normativo da autonomia privada no processo, ganhará, no terceiro capítulo da tese uma especial relevância, na medida em que às partes é dado não somente atuar com base na tríade liberdade-autonomia-democracia quanto ao direito material afirmado na causa, mas, também, quanto ao procedimento estabelecido para a solução do caso concreto. O modelo atual de processo não pode ser desenhado numa perspectiva meramente abstrata, sendo, pois, necessário repensar o procedimento ordinário – e com isso todas as consequências que dele decorrem – de modo a superá-lo por um modelo de elasticidade procedimental, em que o caso concreto seja construído com a ativa participação das partes, respeitando o seu grau de autonomia também quanto ao processo.

Esse panorama irá levar os dois últimos pontos do terceiro capítulo da tese a se ocuparem de duas formas de flexibilização procedimental nas quais a atuação das partes se faz efetiva na construção do caso concreto e no estabelecimento dos respectivos aspectos procedimentais. Ganha relevo, nessa linha, o tema dos negócios jurídicos processuais, os quais permitem, em linhas gerais, às partes construírem o melhor procedimento para lidar com as vicissitudes do caso concreto, impondo, com fundamento direto na autonomia privada, os marcos divisórios da atuação das partes e do juiz no processo, inclusive sumarizando a demanda com a delimitação do objeto litigioso, progressivamente construído no caso concreto. Ao lado dessa vertente em que a autonomia privada se mostra mais intensa, há, igualmente, a possibilidade de que as partes juntamente com o juiz, vale dizer, de modo compartilhado, construam ativamente os lindes do caso concreto, limitando e delimitando os seus respectivos campos de atuação, sem desprezar o caráter dinâmico do processo. Essas alternativas serão apresentadas como modo de explicitar em que medida a autonomia privada se apresenta como elemento balizador da atuação das partes e do juiz.

Pretende-se, após o desenvolvimento de todos os pontos em questão, confirmar as hipóteses de trabalho no sentido de que (i) o princípio dispositivo é insuficiente, do ponto de vista normativo, para lidar com o problema da divisão de

trabalho entre o juiz e as partes; (ii) que, no paradigma do Estado Democrático de Direito o princípio da autonomia privada deve ser reconhecido como princípio normativamente suficiente de estruturar o poder de atuação das partes no processo e, igualmente, delimitar a atuação do juiz no processo; (iii) que, nesse novo paradigma, é conferido às partes um poder muito mais amplo que atravessa tanto as questões pertinentes ao plano do direito material quanto do direito processual, o que (iv) fica evidenciado pelo incremento dos negócios jurídicos processuais no Novo CPC, os quais permitem que as partes construam o procedimento mais adequado para suas necessidades concretas, (v) permitindo-se, ainda, superar o velho esquema de adequação do processo ao direito material, abstratamente pensado à luz dos procedimentos especiais, para falar-se de adequação em concreto sob a ótica de uma construção compartilhada do caso concreto.

2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS E FILOSÓFICOS PARA A COMPREENSÃO DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: A PRIMAZIA DA ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO FENÔMENO JURÍDICO DIANTE DAS INSUFICIÊNCIAS DE UMA ABORDAGEM PURAMENTE ANALÍTICA - O CAMINHO PARA UM CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO

Pretende-se, neste primeiro grade capítulo da tese, abordar os fundamentos jurídicos e filosóficos necessários para a compreensão do processo civil contemporâneo. Grosso modo, trata-se de assentar a matriz teórica a partir da qual será erigida a pesquisa. Para tanto, será realizada uma abordagem da matriz hermenêutica de modo a, num segundo momento, contrapô-la à matriz analítica, procurando explicitar em que medida a matriz hermenêutica se mostra mais completa para lidar com os problemas do processo civil contemporâneo, na medida em que, reconhecer a dupla estrutura da linguagem (*lógos hermenêutico e lógos apofântico*), consegue superar as cisões interpretação-aplicação e decisão-fundamentação.

Num segundo momento, será realizado um diálogo da matriz hermenêutica com algumas posturas arrojadas da teoria do direito, sempre com o cuidado de não realizar mixagens teóricas a partir de perspectivas incompatíveis, para, desse modo, reivindicar ao processo civil o *locus* privilegiado do sentido prático-problemático do fenômeno jurídico, abrindo-se espaço, a partir disso tudo, para refletir sobre o conceito de princípio jurídico a partir da “tese da descontinuidade”, segundo a qual os princípios constitucionais decorrentes do segundo pós-guerra não devem ser vistos como uma continuação dos princípios gerais do direito e dos princípios episteológicos desenvolvidos no bojo da matriz positivista.

2.1 DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

De um modo geral, costuma-se utilizar, no Direito, o termo “hermenêutica” sem grandes preocupações com o seu significado. Pode-se dizer que, em muitos escritos jurídicos, a palavra hermenêutica é utilizada como sinônimo de interpretação

ou como teoria da interpretação³. No processo civil, as coisas não costumam ser diferentes. Apenas excepcionalmente os autores preocupam-se em explicitar aquilo que pretendem dizer com a palavra hermenêutica, o que acaba por gerar uma série de equívocos, impedindo um adequado tratamento das questões teóricas desenvolvidas em suas obras⁴.

Diante desse quadro, no presente capítulo será realizada uma breve incursão na história da hermenêutica, partindo do seu surgimento como teoria da exegese bíblica até chegar nas concepções filosóficas, a partir das quais é possível falar de uma filosofia hermenêutica e de uma hermenêutica filosófica. Somente a partir daí é que será possível explicitar o sentido que, ao longo da tese, será atribuído à concepção hermenêutica do direito.

³ Sobre a problemática da imprecisão decorrente da utilização do termo hermenêutica, mostra-se bastante pertinente a lição de Grondin: “a palavra hermenêutica, no uso linguístico atual, vem carregada de uma enorme imprecisão, a qual – o que vale para quase todos os filosofemas – deve ter contribuído para sua hiperconjuntura. Conceitos como hermenêutica, explanação, explicação, exegese, interpretação, são frequentemente empregados como sinônimos [...]. Recomenda-se, pois, em função da delimitação terminológica, usar o conceito de hermenêutica num sentido mais restrito e entender com ele, em primeiro lugar, uma *teoria* da interpretação. Neste caso, pode permanecer indeterminado o significado da teoria, pois cada hermenêutica tinha também uma concepção diversa daquilo que deve ser esperado de uma teoria hermenêutica. Para alguns, esta teoria deveria ser uma doutrina sintética (Schleiermacher), isto é, uma metódica indicação de regras para lidar com textos, cuja tarefa era predominantemente de natureza técnico-normativa. Ela queria ensinar o modo como se deve interpretar, para eliminar a arbitrariedade no universo da interpretação. Para outros, a hermenêutica deve renunciar a esta tarefa técnica, para assumir a forma mais abrangente de uma análise filosófica ou fenomenológica do fenômeno originário da interpretação e, respectivamente, da compreensão. Em seu modo fenomenológico de funcionar, a hermenêutica, aparentemente, não mais ensina como se deve interpretar, porém, como de fato se interpreta. Basicamente, não se pode lidar nem com uma hermenêutica metódico-normativa, nem com uma hermenêutica fenomenológica”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 48.

⁴ Dada a sua evolução histórica, o campo de abrangência da hermenêutica pode ser definido de diferentes maneiras. Richard Palmer, por exemplo, afirma que, numa ordem cronológica pouco rigorosa, o campo da hermenêutica tem sido interpretado como “1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão lingüística; 4) uma base metodológica dos Geisteswissenschaften; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e iconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 43. Lenio Streck esboça os três estágios pelos quais a hermenêutica teve que passar do seguinte modo: “de disciplina especial para interpretação de textos (sacros, profanos e jurídicos) – também chamada *hermenêutica especial*; para uma teoria geral da interpretação – com DILTHEY e seu projeto de emancipação metodológica das Ciências do Espírito; e uma hermenêutica fundamental – enquanto reflexão cravada nas estruturas existenciais concretas do ser humano, tal qual descrevem Heidegger e Gadamer”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 237.

2.1.1 Da Hermenêutica como Disciplina Especial para a Interpretação de Textos

A história da hermenêutica⁵ desenvolveu-se por um longo período sem ter consciência de si. Até o século XVII sequer tinha nome⁶. É por volta desse período que se situam os principais marcos da constituição da hermenêutica, que surge atrelada à interpretação bíblica⁷, ou, nas palavras de Palmer, como uma teoria da

⁵ A palavra hermenêutica atrelada à noção de interpretação estava presente, ainda que de modo não sistemático, em inúmeros textos vindos da antiguidade. Suas raízes residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por interpretar, e no substantivo *hermeneia*, que pode ser traduzido por interpretação. Segundo Palmer, “a palavra *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?). E é significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação – transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão. Os Gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita – as ferramentas que a compreensão humana utiliza para chegar ao significado das coisas e para o transmitir aos outros [...]. Assim, levada até à sua raiz grega mais antiga, a origem das actuais palavras ‘hermenêutica’ e ‘hermenêutico’ sugere o processo de ‘tornar compreensível’, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência neste processo. Este processo de ‘tornar compreensível’, associado a Hermes enquanto ele é mediador e portador de uma mensagem, está implícito nas três vertentes básicas patentes no significado de *hermeneuein* e *hermeneia*, no seu antigo uso. As três orientações, usando a forma verbal (*hermêneuein*) para fins exemplificativos, significam: 1) exprimir em voz alta, ou seja, ‘dizer’; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzir, como na tradução de uma língua estrangeira. Os três significados podem ser expressos pelo verbo português ‘interpretar’, e, no entanto, cada um representa um sentido independente e relevante do termo interpretação [...]. Podemos, no entanto, notar que o ‘processo Hermes’ originário, está em acção: nos três casos, há algo de diferente, de estranho e de separado no tempo, no espaço ou na experiência, que se torna familiar, presente e compreensível; há algo que requer representação, explicação ou tradução e que é, de certo modo, ‘tornado compreensível’, ‘interpretado’. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 24-25. Também Coreth leciona que o termo “hermenêutica” significa declarar, anunciar, interpretar ou esclarecer e, por último, traduzir: “apresenta, pois, uma multiplicidade de acepções, as quais, entretanto, coincidem em significar que alguma coisa é ‘tornada compreensível’ ou ‘levada à compreensão’. Isso acontece em qualquer enunciado linguístico, que pretenda despertar uma compreensão, tornando algo inteligível. É o que sucede, principalmente, na interpretação ou esclarecimento de um enunciado obscuro, de difícil compreensão, como, por exemplo, um texto histórico ou literário, cujo (1) sentido não aparece imediatamente, mas deve antes ser tornado compreensível. E, por último, tal coisa ocorre na tradução de um texto, visto que toda tradução consiste na transposição de um complexo significativo para outro horizonte de compreensão linguística”. CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 1-2.

⁶ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 27.

⁷ DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 157. A hermenêutica bíblica, denominada por Gadamer como pré-história da hermenêutica moderna das ciências do espírito -- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed.. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 242 -- é precedida por – e, de certo modo, também constitui – aquilo que Grondin considerou como sendo as “eras axiais da hermenêutica”, vale dizer, experiência de quebra da tradição que faziam germinar o problema da interpretação e de

exegese bíblica⁸. Dilthey menciona que a obra mais importante e talvez a mais profunda nesse sentido tenha sido a *Clavis* de Flacius (1567), na qual, pela primeira vez, surge um sistema organizado por um conjunto de regras de interpretação a partir do postulado segundo o qual, procedendo-se tecnicamente de acordo com tais regras seria possível obter uma compreensão indiscutível dos textos⁹. Embora ainda faltasse na obra de Flacius a palavra hermenêutica, pode-se falar, pela primeira vez, de uma teoria hermenêutica, consubstanciada na sua intenção de oferecer uma chave para se decifrar as passagens obscuras da bíblia¹⁰.

Na verdade, o pano de fundo do desenvolvimento sistemático da hermenêutica é a reforma protestante¹¹, na qual estavam inseridos Lutero, seu principal expoente, e Flacius, discípulo de Lutero, responsável por semear as premissas de uma revolução hermenêutica, que recebia um novo impulso, na medida em que os reformadores apregoavam a volta à literalidade da Sagrada Escritura¹² ou, como afirma Coreth, “à pura palavra da Escritura”¹³. É controversa, no entanto, a afirmação de que o próprio Lutero tenha desenvolvido alguma espécie de teoria hermenêutica¹⁴.

sua teoria hermenêutica para um renovado destaque: “assim, por exemplo, foi desenvolvida, na filosofia pós-aristotélica, uma teoria da interpretação alegórica dos mitos, para submeter os mitos desconhecidos e chocantes a uma valorização racionalizante, que transformava um sentido estranho numa nova atualidade. O nivelamento da quebra da tradição ocorria, então, com muita frequência, pelo preço da violência expositiva. Da mesma forma, o anúncio de Jesus, que parecia pospor a tradição judaica, devia despertar uma particular reflexão sobre os princípios da interpretação. Para a Idade Média em geral, a interpretação devia assumir um lugar privilegiado, já que todo o seu saber repousava sobre a exegese da Sagrada Escritura e dos escritores da Antiguidade. A transformação da hermenêutica medieval pela norma da ‘sola scriptura’ por ocasião da Reforma, tornou-se um novo incentivo para a reflexão hermenêutica”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 50.

- ⁸ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 45.
- ⁹ DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 157.
- ¹⁰ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 85.
- ¹¹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 26.
- ¹² GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg.. *Verdade e método II*. 1986. p. 114. Também afirma que cabe normalmente a Lutero o mérito de uma descoberta ou revitalização da hermenêutica, GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 27.
- ¹³ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 7.
- ¹⁴ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 81. Conforme Grondin, a “hermenêutica” de Lutero se esgotava plenamente na sua interpretação da Sagrada Escritura: “como professor, ele só dava lições exegéticas, o que para aquela época significava algo novo. Concentrado de tal maneira sobre a Escritura e sua palavra, Lutero era sabidamente avesso à filosofia ou à teorização, que ele

De acordo com a reforma, a Bíblia não deveria ser exposta segundo o ensino tradicional da Igreja, mas compreendida por si mesma. Ela era “*sui ipsius interpres*”, ou seja, intérprete de si mesma¹⁵. O surgimento de uma teoria hermenêutica capaz de dar conta das questões envolvendo a interpretação da bíblia, inserida no contexto da Reforma, decorria da necessidade de se buscar uma outra justificativa para a interpretação da bíblia que não estivesse reduzida àquela imposta pela Igreja¹⁶. A intenção básica de Lutero era, aqui, que o sentido literal bem entendido já continha, por si, um significado espiritual¹⁷, independente do magistério da Igreja. Para a compreensão adequada da Escritura a tradição era desnecessária, pois sua literalidade possuía um sentido unívoco, que deveria ser por ela mesmo mediado sem a utilização da doutrina do quádruplo sentido da escritura¹⁸. Com efeito, o critério da interpretação correta da Escritura não era mais a concordância com a tradição eclesiástica, mas o consenso interno da própria escritura¹⁹. O princípio

tendia a equiparar com uma escolástica vazia. Sua concepção hermenêutica deve ser deduzida unicamente de seu método de exegese das Escrituras”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 81.

- ¹⁵ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 7.
- ¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 237.
- ¹⁷ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 82. Conforme Grondin, “o conhecido dito de Lutero, segundo o qual a Escritura seria *sui ipsius interpres*, ou sua própria chave, significa precisamente que a palavra, como auto-oferta de Deus, espera por uma concretização que, no crente, deve resultar uma compreensão da Escritura. Expressando-o de outra forma: uma palavra da Escritura está sempre orientada para uma interpretação, que somente a própria apropriação do Verbo pode realizar, enquanto ela deixa vibrar simultaneamente o todo libertador do significado que ela quer expressar pela graça. A palavra, percebida corretamente, isto é, de acordo com sua tendência interior, já é espírito. A orientação para a palavra preenche tudo o que a Escritura tem para revelar. É esta, para o protestantismo, a forma do universalismo hermenêutico”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 82-83.
- ¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 242. Para a doutrina do sentido quádruplo da escritura, estabelecida primeiro por João Cassiano (cerca de 400 d.C.), a interpretação bíblica estava centrada em quatro níveis de significação (o histórico, o alegórico, o tropológico e o anagógico). Em síntese, tratava-se da antiga distinção alegórica entre sentido literal e – outro – sentido espiritual: “o sentido espiritual, o *sensus spiritualis*, agora é desdobrado, de acordo com a área de aplicação, como alegórico (o que deve ser criado), tropológico ou moral (como se deve agir) e anagógico (o que se deve pretender alcançar)”. GUNNEWEG, Antonius H. *Hermenêutica do antigo testamento*. Tradução de Ilson Kayser. São Leopoldo: Sinodal, 2003. p. 40.
- ¹⁹ SCHNELLE, Udo. *Introdução à exegese do Novo Testamento*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 157. Como bem destaca Grondin, “a intenção básica de Lutero era, aqui, que o sentido literal bem entendido já continha, por si, um significado espiritual. Da correta compreensão do verbalizado emerge o espírito das Escrituras. O espírito não é um além da palavra, espiritualisticamente dissolvido, ele vem ao nosso encontro na concretização da palavra pela fé. A palavra permanece

luterano da *sacre scriptura sui ipsius interpretes* continha, pois, uma clara recusa da tradicional dogmática da Igreja Romana²⁰. Buscava-se uma nova compreensão daquilo que havia sido corrompido, na Bíblia, pela tradição da Igreja²¹.

Para atingir o seu objetivo de permitir uma compreensão dos textos sagrados independente da tradição eclesiástica, a hermenêutica teológica de cunho protestante valeu-se de “princípios racionais” como os elementos gramaticais e históricos²², notadamente a partir de Flacius e Semler. Para Flacius, tendo sido a escritura concedida por Deus para a salvação do homem, seria uma “blasfêmia contra a filantropia divina afirmar que ela seria obscura e insuficiente para salvar os cristãos”. Desse modo, as obscuridades da Escritura eram devidas à falta de conhecimento de gramática e de línguas, de que a Igreja católica se tornara devedora²³. Não é por acaso, pois, que na sua *Clavis*, Flacius explica que as dificuldades de interpretação da Sagrada Escritura estariam todas ligadas à obscuridade da própria linguagem, decorrente da deficiente formação gramatical do intérprete. O meio gramatical deveria ser dominado para se avançar para o espírito, para o objeto da Escritura²⁴. Com Semler, quebrou-se a unidade canônica do Novo Testamento, a partir da ideia de que seria necessário compreender as diferentes Escrituras em função do seu caráter local, dando-lhes, desse modo, uma nova unidade, a qual estava fundada numa concepção histórica viva das lutas primitivas entre o cristianismo judaico e o cristianismo mais livre, razão pela qual a

sendo letra morta, se ela não for experimentada em sua concretização, num olhar para a transformação espiritual que ela prenuncia – uma concepção que deve alertar para a doutrina de Agostinho sobre o Verbo”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 82-83.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 117.

²¹ GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 115. Segundo Coreth, “o princípio da ‘Scriptura sola’ representa um novo princípio hermenêutico, contra o qual a Igreja católica declara expressamente no Concílio de Trento que cabe à Igreja a interpretação da Escritura: ‘competelhe o julgamento acerca do verdadeiro sentido e da explicação da Sagrada Escritura’ – outro princípio hermenêutico que exige ser a Escritura compreendida a partir de todo o contexto da vida e da doutrina da Igreja. CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 7.

²² DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 158.

²³ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 86.

²⁴ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 86.

interpretação também deveria basear-se em circunstâncias históricas²⁵. A hermenêutica desvencilhava-se das limitações dogmáticas e libertava-se para alcançar “o significado universal de um *organon* histórico”²⁶.

Porém, além do apelo ao uso gramatical e histórico, tinha-se que o sentido literal da Escritura não podia ser compreendido de modo unívoco em todas as passagens nem a todo momento. Diante disso, Lutero e seus seguidores desenvolveram um princípio geral de interpretação de texto segundo o qual “todos os aspectos individuais de um texto devem ser compreendidos a partir do *contextus*, do conjunto, e a partir do sentido unitário para o qual o todo está orientado, o *scopus*”²⁷. Não se tratava, certamente, de algo novo. A exigência de se compreender o individual a partir do todo retomava a relação de *caput* e *membra* que a retórica antiga tinha como paradigma²⁸.

²⁵ DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 158.

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 243-244. Conforme Gadamer, “isto ocorreu no século XVIII, quando homens como Semler e Ernesti reconheceram que, para compreender adequadamente a Escritura, pressupunha-se conhecer a diversidade de seus autores, e abandonar, por consequência, a unidade dogmática do cânon. Com essa ‘emancipação da interpretação do dogma’ (DILTHEY), a reunião das Escrituras Sagradas da cristandade assume o papel de reunir fontes históricas que, na qualidade de obras escritas, devem se submeter a uma interpretação não somente gramatical, mas também histórica. A compreensão a partir do contexto do todo requer agora, necessariamente, também a restauração histórica do contexto de vida a que pertencem os documentos. O velho princípio interpretativo de compreender o particular a partir do todo já não podia reportar-se nem limitar-se à unanimidade dogmática do cânon, mas dirigia-se à abrangência conjuntural da realidade histórica, a cuja totalidade pertence cada documento particular”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 243.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 243. Trata-se daquilo que Dilthey considera como sendo, em Flacius, o princípio psicológico ou técnico, segundo o qual uma passagem isolada deverá ser interpretada em função da intenção e da composição da obra inteira. DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 158.

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 117. Como o próprio Gadamer afirma em outra obra ao falar da obra dos protestantes, “naturalmente, o sentido literal da Escritura não pode ser compreendido univocamente em todas as suas passagens nem a todo momento. Pois o que guia a compreensão do individual é o todo da Escritura Sagrada, assim como que, por outro lado, só se pode alcançar esse todo tendo percorrido a compreensão do individual. Em si, essa relação circular do todo e das partes não é nenhuma novidade. A retórica antiga já sabia disso; ela comparava o discurso perfeito com um corpo orgânico e com a relação entre a cabeça e os membros. Lutero e seus seguidores transferiram essa imagem oriunda da retórica clássica para o procedimento da compreensão”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de

No cerne dessa doutrina, o elemento gramatical era ultrapassado pela intenção que lhe estava na base, o que denotava em Flacius um influxo da tradição alegórica²⁹. A aplicação conflituosa da exigência de compreender o individual a partir do todo³⁰, com a sobrevivência do pensamento alegórico vieram a comprovar a impossibilidade de se desenvolver uma hermenêutica meramente gramatical, “que significasse uma ruptura com a práxis mais antiga, sobretudo a impossibilidade de livrar-se da fascinação da doutrina sobre a alegoria”. Afinal, aparentemente é difícil aceitar o pensamento de que a letra poderia bastar-se a si própria, na medida em que é muito mais acessível escutar, junto com a letra, uma totalidade de sentido.

Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 243.

²⁹ Conforme Grondin, “a práxis de uma interpretação alegorizante dos mitos consistia, pois, no seguinte: em encontrar, atrás do chocante sentido literal, um significado mais profundo [...]. Heráclito definiu a alegoria como um ‘tropos’ retórico, que possibilita dizer algo e, ao mesmo tempo, aludir a algo diverso. A alegoria não é a primeira a designar o ato intelectual da interpretação, pois este já está domiciliado na linguagem. Ele também é inerente à função declarativa da linguagem, à sua capacidade de evocar, por algo afirmado, algo diferente. É indubitável que a distinção estoica entre um ‘lógos proforikós’ e um ‘lógos endiáthetos’ abriu caminho para esta formação conceitual retórica. O discurso expressado não basta a si próprio, ele indica algo diverso, de que é sinal. Na interpretação e na compreensão trata-se, evidentemente, deste Lógos interior, e não da palavra em si. A linguagem convida, portanto, a reconhecer o Logos literário em suas limitações e ultrapassá-la. Antes que ela se tornasse uma técnica da interpretação, a alegoria era simplesmente uma forma de discurso (o que também vale para a ‘upónoia’), de natureza retórica, já que o fazer retórico tem a ver com a mediação de sentido. Dessa forma, tornou-se usual, na pesquisa, estabelecer uma distinção entre a *alegoria*, como figura discursiva originária, direcionada ao supra-literário, e a *alegorese*, que significa o processo explícito de interpretação, a recondução da letra à vontade de sentido que nela se comunica (a rigor: a conversão da alegoria)”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 58-59.

³⁰ Conforme Gadamer, “em Flacius, esse princípio hermenêutico alcança sua aplicação mais conflituosa, uma vez que a unidade dogmática do Cânon, de que ele lança mão contra a interpretação individual dos escritos neotestamentários, restringia em muito o princípio luterano do primado da Escritura”. GADAMER, Hans-Georg. *A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 117. Essa conflituosidade do pensamento de Flacius e de Lutero – melhor dizendo, a rejeição desse à alegorese – é bem retratada por Grondin: “Flacius inspirou-se fortemente, não apenas em Agostinho, mas também na tradição da retórica. A sua afamada doutrina do ‘scopus’, da intenção a ser respeitada, a intenção na qual um livro foi concebido, é um empréstimo direto da retórica. Em seu cerne, o aspecto gramatical é ultrapassado pela intenção que lhe está na base. Com isto, Flacius dá testemunho do horizonte relativo do meramente gramatical, que deve ser descerrado pelo seu ‘scopus’, diga-se: por um Lógos inominado, aspecto pelo qual se conecta com a doutrina mais antiga do ‘verbum interius’ e, não por último, com sua esotérica sedução. Pode muito bem ser apontado, em Flacius, um influxo da tradição alegórica. Na ‘Clavis’ encontram-se, não raro, traços esotéricos, que lembram diretamente Orígenes. Já que eles, como é evidente, parecem ser dificilmente conciliáveis com o princípio reformador da universalidade gramatical, foram eles raramente realçados [...] com o objetivo de fornecer à Reforma uma chave universal para o esclarecimento das passagens obscuras, Flacius ofereceu uma composição sincrética de uma antiga seriedade hermenêutica, que realçava o aspecto gramatical, mas também assumia certos motivos da alegorese. Questiona-se, até que ponto esta síntese, e a manutenção de partes da tradição alegórica, podem ser conciliadas com a rejeição da alegorese por Lutero. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 87-88.

Diante desse quadro, segundo Grondin, “o despertar da palavra hermenêutica já não podia ser aguardado por mais longo tempo”³¹.

Ainda sob o prisma de uma hermenêutica especial, tem-se uma notável evolução no que diz respeito ao emprego do termo hermenêutica, que antes encontrava-se restrito à teologia. Foi com a renascença e com a revalorização do estudo dos clássicos gregos e latinos que a hermenêutica deixou de ficar adstrita aos textos religiosos. O estudo de antigos escritores, mormente a partir do século XVI, encontrava-se presente no quadro de uma disciplina que recebia o nome de “*ars critica*”. Também outras profissões passavam a ver-se diante da interpretação, principalmente os juristas, que precisavam interpretar a lei, e os médicos, cuja função básica era interpretar os sintomas³². Esse era o quadro no qual se formava uma hermenêutica especial, vocacionada à interpretação de textos sacros, profanos e jurídicos. Tratava-se de uma hermenêutica não unitária, que funcionava como uma disciplina para interpretação de textos em cada um dos mencionados campos do conhecimento³³. A hermenêutica estritamente bíblica transformava-se em um conjunto de regras gerais da exegese filológica, em que a bíblia era apenas um, dentre outros objetos de aplicação dessas regras³⁴.

2.1.2 Da Passagem de uma Hermenêutica Especial para uma Hermenêutica como Teoria Geral da Interpretação

Foi em 1654 que, pela primeira vez, a palavra hermenêutica apareceu como título de um livro³⁵. A obra “*hermeneutica sacre sive methodus exponendarum sacrarum litterarum*”, escrita por Johann Conrad Dannhauer, muito mais que a primeira em que a palavra hermenêutica vem posta como título, constitui o marco da

³¹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 88-89.

³² GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 93.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 238.

³⁴ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 49.

³⁵ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 44. GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 113.

distinção entre uma hermenêutica teológico-filológica e uma hermenêutica jurídica³⁶. Nela, Dannhauer encarrega-se de mostrar que, na propedêutica de todas as ciências, deveria existir uma ciência universal do interpretar. Para ele, somente poderia existir uma hermenêutica, cujos objetos seriam sempre particulares: uma hermenêutica universal a ser elaborada a partir do solo da filosofia, a qual deveria permitir às outras faculdades (Direito, Teologia, Medicina), interpretar afirmações propostas por escrito³⁷. Daí surgiram, notadamente nos séculos XVII e XVIII por parte dos seguidores do racionalismo, diversas hermenêuticas especiais, cujo objetivo era estabelecer diretrizes de como interpretar³⁸.

Nesse estágio do desenvolvimento da hermenêutica – na evolução de uma hermenêutica especial para uma hermenêutica como teoria geral da interpretação – dois autores ainda podem ser mencionados: Friedrich Ast (1778-1841) e Friedrich August Wolf (1759-1824).

Em Ast, a tarefa hermenêutica era a de clarificar a obra através do desenrolar interno do seu significado e a de relacionar cada uma das partes entre si e mais latamente com o espírito da época. Essa tarefa encontrava-se dividida em três partes ou formas de compreensão: (i) a compreensão histórica, relativa ao conteúdo da obra; (ii) a compreensão gramatical, vale dizer, a compreensão na sua relação com a linguagem; e a (iii) compreensão espiritual (*geistige*) que corresponde a compreender a obra na sua relação com a visão total do autor e com a visão total da época (com o espírito da época)³⁹. Esses três níveis seriam o tema, a forma e o espírito da obra, sendo que este revelaria tanto o espírito geral da época, quanto a individualidade (o gênio) do autor⁴⁰. Além disso, Ast supera a hermenêutica filológica

³⁶ GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 113.

³⁷ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 95-96.

³⁸ Importante registrar que a metodologia hermenêutica de Dannhauer estava direcionada a esclarecer aquilo que o autor queria dizer, sem considerar a sua exatidão do ponto de vista lógico. Há, em seu pensamento, uma distinção entre uma verdade objetiva (lógica) e uma verdade hermenêutica. Nesse sentido, a hermenêutica preocupava-se em estabelecer o sentido pensado como tal, independente do fato de ser esse sentido verdadeiro ou falso a partir das coisas. A respeito, ver GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 94-97.

³⁹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 85.

⁴⁰ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 86. Registre-se que, paralelamente aos três níveis de compreensão, existiria, para Ast, três níveis de explicação: “a hermenêutica de letra, a hermenêutica de sentido e a hermenêutica do espírito. A hermenêutica da letra é concebida dum modo bastante mais lato, pois inclui quer a explicação das palavras (que aparentemente envolve a compreensão gramatical) quer a

e teológica ao encarar o processo de compreensão como uma repetição (reprodução) do processo criativo, fundando uma base para que se tornasse possível relacionar o processo criativo do artista com o do leitor⁴¹.

Wolf⁴² concebeu a hermenêutica como uma ciência das regras pelas quais se reconhece o sentido dos signos, regras estas variáveis de acordo com o objeto, o que tornava possível falar em uma hermenêutica para a poesia, para a história, para o direito, etc. Tais regras deveriam ser buscadas através da prática, de modo que a hermenêutica consistiria muito mais em uma pesquisa prática, que histórica. A hermenêutica consistiria numa espécie de diálogo com o autor, sendo necessário ao intérprete uma leveza de espírito capaz de permitir-lhe entrar no universo mental da

explicação do contexto factual (*Versthen der Sach*), como a do cenário histórico (compreensão histórica). Este primeiro tipo de hermenêutica exige não só um conhecimento factual do meio histórico, como também um conhecimento da língua, das suas transformações históricas e das suas características individuais. A hermenêutica do sentido ou do “significado” refere-se à exploração do génio da época e do autor. Determina o sentido pois toma uma direcção específica devido ao lugar em que ocorre. Por exemplo, um juízo em Aristóteles pode ter um sentido diferente de um juízo literalmente muito semelhante em Platão e mesmo dentro da mesma obra, duas passagens literalmente semelhantes podem variar no seu sentido ou significado consoante o lugar que ocupam relativamente à obra como um todo. Devido à complexidade de tais determinações, é preciso que haja um conhecimento da história literária, da forma particular que foi utilizada, e da vida e outras obras do autor, de modo a que se possa captar exactamente o sentido de uma determinada passagem. O terceiro nível, a hermenêutica do espírito, procura a ideia que controla a visão da vida e a concepção básica que encontra a sua expressão ou incorporação na obra”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 87. Também em Wolf se apresentam três níveis de interpretação, quais sejam, a *interpretatio grammatica, historica e philosophica*: “A gramática lida com tudo aquilo que a compreensão da língua pode fornecer para ajudar na interpretação. A hermenêutica histórica preocupa-se não só com os factos históricos da época, mas também com um conhecimento factual da vida do autor, de modo a chegar a um conhecimento daquilo que o autor sabia. Obviamente que os factos históricos gerais são importantes, mesmo quando se trata de conhecer os caracteres físicos e geográficos de um país. Resumindo, o interprete deverá possuir todo o conhecimento histórico possível. O nível filosófico da interpretação serve de verificação lógica ou de controle para os outros dois níveis”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 88-89.

⁴¹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 87-88.

⁴² Wolf costuma ser considerado o precursor da filologia moderna: “ao matricular-se na Universidade de Götting, Wolf conseguiu fazê-lo como ‘studiosus philologiae’ e não ‘theologiae’, como era de costume. Queria a independência da filologia. Posteriormente, como professor da Universidade de Halle, criou um novo método de interpretação dos clássicos e sua obra *Prolegomena ad Homerum* (Halle, 1795) abalou os meios humanistas da época; exigia maior rigor científico na interpretação dos clássicos. Com *Darstellung der Altertumswissenschaft nach Begriff, Umfang Zweck und Wert* (‘Apresentação da Ciência da Antiguidade segundo Conceito, Abrangência, Finalidade e Valor), Wolf deu início à publicação da Revista *Museum der Altertumswissenschaft* (‘Museu da Ciência da Antiguidade), em 1807; dedicada a Goethe, a *Darstellung* é considerada o manifesto da nova filologia clássica, ainda viva no século XX, segundo testemunho de Saussure”. BASETTO, Bruno Fregni. *Elementos de filologia romântica: história externa das línguas*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2002. p. 34-35. Sobre o tema, ver, também SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye; com colaboração de Albert Riedlinger. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 7.

outra pessoa. O intérprete, pois, deveria estar apto a compreender o tema de modo a explicá-lo a outros⁴³. Desse modo, a hermenêutica conteria duas vertentes, quais sejam, a compreensão e a explicação⁴⁴.

2.1.3 Schleiermacher e a Hermenêutica como Ciência Geral da Compreensão Linguística

Friedrich Schleiermacher parte das lições de Wolf, notadamente da afirmação de que a hermenêutica é a arte de descobrir os pensamentos de um autor, e de Ast, para quem a hermenêutica não seria um mero *organon filológico*, pois ela pratica o seu trabalho em toda parte em que existirem escritores e houver algo estranho que deva ser compreendido⁴⁵. É com ele que, em um contexto filosófico, surge, pela primeira vez o problema do conceito e da questão da hermenêutica⁴⁶. Até então, a hermenêutica restringia-se a um conjunto de regras cujo escopo era estabelecer uma interpretação com validade universal. Indo além dessas regras, Schleiermacher recuou até a análise da compreensão, até o conhecimento da própria ação intencional, e deduziu daí a possibilidade de uma interpretação universalmente válida, assim como os meios, os limites e as

⁴³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 88-89.

⁴⁴ Em Wolf, conforme ensina Palmer, “tal como em Ast, a explicação tem que basear-se na compreensão, e a compreensão distingue-se da explicação. O sentido de uma imagem é captado directamente na compreensão. Avançamos um passo quando damos uma explicação oral ou escrita dessa imagem. Segundo Wolf compreendemos para nós mesmos mas explicamos para os outros. Logo que determinamos que a nossa tarefa é explicar, temos também que saber para quem se esboça a explicação. A forma e o conteúdo de uma explicação variará consoante a interpretação se dirigir a um novato cheio de entusiasmos, a um leitor desinteressado ou a um sagaz erudito interessado nos mínimos cambiantes. A hermenêutica para ele tem duas vertentes: a compreensão e a explicação”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 89.

⁴⁵ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 30-31. Apesar de reconhecer em Wolf e Ast os guias para o desenvolvimento da sua teoria hermenêutica, Schleiermacher procura desvincular-se das suas teorias na medida em que elas limitariam seu projeto hermenêutico. Nesse sentido, afirma: “meus dois guias me limitam de vários modos: um, na medida em que ele fala apenas de escritores, os quais devem ser compreendidos, (como se o mesmo não ocorresse também na conversação e no discurso imediatamente ouvido); o outro na medida em que ele logo limita o estranho àquilo que está redigido em língua estrangeira, e, deste modo, às obras do espírito assim redigidas, o que constitui um domínio ainda mais restrito que aquele dos escritores em geral”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 32.

⁴⁶ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 18.

regras desta⁴⁷. A hermenêutica passa a ser vista como a arte da compreensão. Não se trata, porém, de um mero passo adiante na arte de compreender; agora, é a compreensão como tal que se converte em problema⁴⁸.

Com efeito, o ponto de partida da hermenêutica de Schleiermacher reside na questão de saber como é que toda ou qualquer expressão, falada ou escrita, é compreendida⁴⁹. A premissa da qual reside a interrogação a respeito da compreensão é a de que em todo lugar no qual houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há um problema que apenas pode se resolver com a ajuda da teoria hermenêutica⁵⁰. Dito de outro modo,

⁴⁷ DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 160. Como bem destaca Zaccaria “se tuttavia in una prima fase, che si può considerare conclusa al termine del XVIII secolo, il problema ermeneutico rimaneva ancora delimitato nei confini di una dimensione essenzialmente técnica (identificandosi con l’esigenza di precisare le norme pratiche che debbono presiedere alla corretta esegesi di determinati testi, primi tra tutti quelli giuridici sacri), a partire dal Romanticismo tedesco ed in particolare da quel suo originalíssimo exponente che fu Friedrich Ernst Daniel Schleiermacher, la portata del problema interpretativo da specifico lavoro di interpretazione sui testi si amplia e si costituisce su di un piano universale, assurgendo al rango di vera e própria riflessione filosófica, di teoria generale del comprendere (*Verstehen*), inteso come atto universale”. ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 12-13.

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 246. Conforme Celso Braidá, “Ao invés de perguntar como se interpreta este ou aquele tipo de texto, ele passa a perguntar pelo que significa em geral interpretar e compreender e como isto ocorre. Uma vez respondidas estas questões se poderia, então, derivar as regras gerais e específicas. Trata-se de uma consideração filosófico-teórica da operação hermenêutica, não mais determinada pelo objeto, e, sim, pelas condições, isto é, pelo ‘como’ de sua efetivação”. BRAIDA, Celso. Apresentação da obra. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010.

⁴⁹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 93.

⁵⁰ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 32. É importante advertir, com base em Gadamer, que a hermenêutica, aqui, já começava a se situar diante de uma nova perspectiva: “a questão da hermenêutica penetrou mais fortemente na consciência filosófica do problema não só quando teve que superar em âmbitos particulares uma distância de altura e uma distância de longitude – como era o caso dos documentos religiosos, dos textos legais ou dos clássicos em línguas estrangeiras – mas também quando o todo da tradição histórica se deslocou para uma grande distância. E isso sucedeu à raiz da grande ruptura da tradição que a Revolução Francesa significou, trazendo como consequência a cisão da civilização europeia em culturas nacionais [...]. Pois o passado, enquanto tal, tornara-se estranho. Todo reencontro com a antiga tradição deixou de ser uma simples apropriação, que a recolhia de um modo tão óbvio quanto ao antigo e que teve de superar os abismos que separavam o presente do passado. Deste modo, o Romantismo se converteu em pioneiro da consciência histórica. Seu lema era a volta às fontes originais e, com isso, situou nossa imagem histórica do passado em um terreno completamente novo. Surgiu aqui uma tarefa profundamente hermenêutica. Quando se reconhece que a própria perspectiva é completamente diferente dos pontos de vista dos autores e do sentido dos textos do passado, é necessário realizar um esforço específico para não interpretar mal o sentido

a hermenêutica não está limitada apenas às produções literárias e escritas. Ela se faz presente sempre que não ocorre uma compreensão imediata, sempre que há a possibilidade de um mal-entendido⁵¹. Nesse sentido, a hermenêutica pode ser entendida também como arte de evitar o mal-entendido⁵².

O que faz Schleiermacher é “isolar o procedimento do compreender”, tornando-o autônomo, com uma metodologia própria⁵³. Não mais se discute como interpretar textos desta ou daquela natureza; a generalização e a universalização fazem com que a hermenêutica se transforme na exploração dos fundamentos de toda compreensão⁵⁴. Desse modo, Schleiermacher rejeita a decomposição do processo exegético em interpretação gramatical, histórica, estética e objetiva, que estava em uso na época. É que, para ele, tais distinções somente significam que a explicação pressupõe conhecimentos gramaticais históricos, objetivos e estéticos, que podem influir em todas as operações⁵⁵. Porém, o processo de interpretação – que, para ele, se interpenetra tão intimamente com a compreensão tal como a palavra exterior e interior, de modo que todos os problemas da interpretação passam

desses textos e entendê-los realmente em seu poder de convicção. A mera descrição da estrutura interna e da coerência de um dado texto, bem como a simples reprodução do que o autor diz, não constituem uma autêntica compreensão [...]. Porém, o ponto central de toda compreensão se refere à relação objetiva que existe entre os enunciados do texto e nossa própria compreensão do assunto. Não obstante, no desenvolvimento do procedimento hermenêutico, a época pós-romântica não satisfaz, na verdade este ponto principal. À experiência da alienação que se manifestara na consciência histórica, se ofereceu imediatamente a autocompreensão, que procedia da tradição da teoria da arte: a aprendizagem da capacidade crítica do manejo dos textos”. GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.65-66).

⁵¹ Conforme Gadamer, “o esforço da compreensão surge toda vez que não se dá uma compreensão imediata, e assim toda vez que se deve contar com a possibilidade de um mal-entendido. Este é o contexto a partir do qual se determina a ideia de Schleiermacher de uma hermenêutica universal. Essa ideia nasceu da noção de que a experiência da estranheza (*Fremdheit*) e da possibilidade do mal-entendido são universais. Não resta dúvida de que essa estranheza é maior no discurso artístico e o mal-entendido também é mais provável no discurso artístico do que no discurso desprovido de arte, e torna-se mais aguda no discurso fixado por escrito do que no oral. Na viva voz desse discurso acaba de certo modo tendo sempre uma co-interpretação”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 247.

⁵² SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 381.

⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 255.

⁵⁴ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito: o romantismo*. São Paulo: Rideel, 2012. p. 71.

⁵⁵ DILTHEY, Wilhelm. *Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”*. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 164.

a ser problemas da compreensão⁵⁶ – somente pode se decompor “nos dois aspectos implicados no conhecimento de uma criação espiritual impressa em signos linguísticos”⁵⁷. Vale dizer, na interpretação gramatical e na interpretação psicológica.

Para Schleiermacher a interpretação gramatical é “a arte de encontrar o sentido determinado, pela linguagem e com o auxílio da linguagem, de um determinado discurso”⁵⁸. Não cabe aqui traçar detalhadamente os elementos que perpassam a noção de interpretação gramatical em Schleiermacher⁵⁹. No entanto, é imperioso reiterar que ele toma a questão da interpretação não somente tendo por objeto textos, como fazia a hermenêutica especial. Para ele, a compreensão se estende à totalidade da vida e se aplica a qualquer espécie de discurso e de escrito⁶⁰. Daí que a principal tarefa da interpretação gramatical é, conforme o pressuposto conhecimento do significado, encontrar para cada caso dado o verdadeiro uso que o autor tinha em mente⁶¹. Visa-se, pois, a compreender o

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 248. Embora, como adverte o próprio Gadamer, trata-se aqui apenas da *subtilitas intelligendi*. Na explicação do próprio Schleiermacher, “a interpretação se distingue da compreensão apenas como o discurso em voz alta do discurso interior e se, na tarefa da comunicação, entrasse ainda outra coisa, então, isto apenas poderia acontecer como aplicação das regras gerais da eloquência, mas sem que se acrescentasse algo ao conteúdo ou que qualquer coisa se modifique com isso. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 61.

⁵⁷ DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 164.

⁵⁸ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 70.

⁵⁹ Importante, no entanto, salientar que, para Schleiermacher, “a recuperação objetiva (gramatical) de um discurso consiste na reativação da sua significância a partir do conjunto de regras sintático-semânticas da língua, tal como ela era em geral praticada na comunidade de falantes à qual pertence o seu autor. A regra principal prescreve: tudo o que necessita de uma determinação mais precisa em um dado discurso apenas pode ser determinado a partir do domínio linguístico do autor e de seu público original. Esta regra somente tem sentido quando se concebe a linguagem como algo dinâmico ou histórico, de tal modo que ela nunca está disponível em sua totalidade para um indivíduo qualquer. Esta é a principal origem do distanciamento histórico entre o leitor e um texto, indicando que *a priori* todo texto aparece como indeterminado, pois nada permite esperar uma identidade sintático-semântica”. BRAIDA, Celso. Apresentação da obra. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 8.

⁶⁰ DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984. p. 163.

⁶¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 78.

discurso e a composição a partir da língua⁶². Daí o acerto de Palmer em afirmar que, em Schleiermacher, “a interpretação gramatical pertence ao momento da linguagem”⁶³.

Essa distinção entre interpretação gramatical e interpretação psicológica (também chamada de técnica) somente pode ser bem entendida se levado em conta que, “no pensamento mais tardio de Schleiermacher, há uma tendência crescente para separar a esfera da linguagem da esfera do pensamento”⁶⁴. Porém, ao lado dessa separação, há uma espécie de bifurcação das duas formas de interpretação, ao ponto de se considerar a interpretação gramatical impossível sem a técnica, do mesmo modo que a interpretação técnica impossível sem a gramatical, afinal, questionava Schleiermacher, “onde se conhece o homem senão através do seu discurso, tanto mais que em referência a este discurso?”⁶⁵ A chamada interpretação técnica ou psicológica acabou por marcar o pensamento de Schleiermacher, ao ponto de se afirmar que, para ele, “o objetivo último da interpretação era o de penetrar, por detrás do discurso, até o pensamento interior”⁶⁶.

Cabe referir ainda que, antes mesmo de falar de uma interpretação gramatical e psicológica, Schleiermacher desenvolveu, no estudo da compreensão, os chamados métodos comparativos e divinatorios, os quais igualmente marcam o seu pensamento com meios de eliminação do estranho. Cabe lembrar que, para ele, “a compreensão enquanto arte é voltar de novo a experimentar os processos mentais do autor do texto. É o reverso da composição pois começa com a expressão já fixa e acaba e recusa até a vida mental que a produziu”⁶⁷. Com efeito, se a compreensão

⁶² SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 93.

⁶³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 93.

⁶⁴ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 93.

⁶⁵ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 93.

⁶⁶ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 130.

⁶⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 93. No mesmo sentido, Gadamer afirma que, em Schleiermacher, “a compreensão é, pois, uma reprodução referida à produção original, um reconhecer do conhecido (Boeckh), uma reconstrução que parte do momento vivo da concepção, da ‘decisão germinal’ como o ponto de organização da composição”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 257-258.

segura e completa não se realiza simultaneamente com a percepção, faz-se necessária a utilização dos dois métodos referidos até que surja uma satisfação tão semelhante quanto possível à da compreensão imediata⁶⁸.

O método comparativo estaria atrelado à superação das dificuldades gramaticais, constituindo-se num procedimento mediante o qual o intérprete aproxima alguma coisa já compreendida e semelhante ao ainda não compreendido, encerrando, assim, a não compreensão em limites sempre mais estreitos⁶⁹. O método divinatório, por sua vez, repousa numa espécie de adivinhação espontânea, oriunda de uma empatia viva, de uma vivência naquele que se quer compreender⁷⁰. É, segundo Gadamer, “um transferir-se para dentro da constituição completa do escritor, um conceber o ‘curso interno’ da feitura da obra, uma reformulação do ato criador”⁷¹. Dá-se, com isso, uma transformação do intérprete no autor, de modo a captar o seu processo mental, a fim de ter um acesso mais pleno àquilo que é significado do texto⁷². A apreensão do pensamento do outro, a compreensão correta do discurso alheio, portanto, se realiza através da compreensão da linguagem em que ele expressou o seu pensamento. Isso significa dizer que não há, na teoria hermenêutica de Schleiermacher, outra via de acesso ao que o outro quis dizer senão no uso de uma linguagem que expressar alguma coisa ao ouvinte⁷³.

⁶⁸ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 93.

⁶⁹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 43.

⁷⁰ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 19.

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 257.

⁷² PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 96.

⁷³ BRAIDA, Celso. Apresentação da obra. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 10. Por isso que, de acordo com Gadamer, “a linguagem é um campo de expressão e sua primazia no campo da hermenêutica significa, para Schleiermacher, que ele, como intérprete, considera os textos como puros fenômenos de expressão, à margem de sua pretensão de verdade”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 270.

Esses dois métodos são visualizados numa atuação conjunta⁷⁴, não podendo ser separados um do outro⁷⁵, numa espécie de círculo hermenêutico, no qual, como aponta Coreth, “o momento divinatório significa a projeção espontânea de uma pré-compreensão, graças à qual se guia a elaboração comparativa”⁷⁶. O entrelaçamento entre os métodos desenvolvidos por Schleiermacher e as duas interpretações por ele apregoadas se dá, por sua vez, do seguinte modo: “a abordagem gramatical pode usar o método comparativo e proceder do geral para as particularidades do texto; a abordagem psicológica utiliza tanto o método comparativo como o ‘divinatório’”⁷⁷.

Elemento central do pensamento de Schleiermacher, além dos métodos gramatical e divinatório e da interpretação gramatical e técnica (psicológica) é

⁷⁴ Isso fica bem evidente na seguinte passagem do próprio Schleiermacher: “As pesquisas sobre o significado das palavras e o sentido das frases – pesquisas estas das quais ele sente falta, embora não dolorosamente -, como elas tratam claramente apenas do lado gramatical da interpretação, não podem fazer avançar este senão por um procedimento comparativo. E isso também a tarefa mesma o mostra, quando nós questionamos; pois, todas as dificuldades gramaticais são superadas apenas por um procedimento comparativo, no qual nós aproximamos (sempre de novo) alguma coisa já compreendida e semelhante ao ainda não compreendido, encerrando assim a não compreensão em limites sempre mais estreitos. Mas do mesmo modo, do outro lado, qual é o mais belo fruto de toda a crítica estética das obras de arte do discurso, senão uma elevada compreensão do processo interno dos poetas e outros artistas do discurso, do desenvolvimento completo da composição depois do primeiro esboço até a execução final. Sim, se há qualquer coisa de verdadeiro na fórmula segundo a qual a mais alta completude da interpretação consistiria em compreender um autor melhor do que ele de si mesmo pode dar conta, então certamente não se poderia querer dizer senão isso; e nós possuímos em nossa literatura uma quantidade não insignificante de trabalhos críticos que trabalharam neste sentido com bons resultados. Mas, como seria isso possível, senão por um procedimento comparativo, o qual nos ajuda a perceber corretamente como e por onde um mesmo escritor progrediu mais que um outro e depois foi ultrapassado por um terceiro, e em que o tipo de sua obra se aproxima ou se afasta dos que lhe são semelhantes. Entretanto, é certo que o lado gramatical também não poderá prescindir do método divinatório. Pois, o que faríamos nós a cada vez que caíssemos em uma passagem onde um autor genial pela primeira vez trouxe à luz uma locução, uma composição na língua? Aqui não há outro procedimento que, partindo de modo divinatório da situação da produção de pensamentos, na qual o autor está compreendido, reconstrói corretamente aquele ato criador, (e perceber) como a necessidade do momento pode influir justamente assim e não de outro modo sobre o vocabulário dado vivamente ao autor; e também aqui novamente não há nenhuma segurança, no lado psicológico, sem o emprego de um procedimento comparativo”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 43.

⁷⁵ Segundo Celso Braidá “essa adivinhação do que o outro quis dizer ou pensou numa dada passagem ‘alcança a sua certeza apenas através da comparação, sem a qual ele sempre poderá ser fantasioso’, de tal modo que ‘os dois não podem ser separados um do outro’, pois a comparação pressupõe sempre já uma pré-compreensão imediata do que será comparado. BRAIDA, Celso. Apresentação da obra. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 10.

⁷⁶ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 19.

⁷⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 96.

aquilo que ele chamou de “princípio hermenêutico”, cuja base que tomou para elaborá-lo foi a obra de Ast. Trata-se do princípio, que não era estranho à tradição hermenêutico-retórica, segundo o qual o todo é compreendido a partir do particular e também o particular apenas pode ser compreendido a partir do todo⁷⁸. É certo que tal postulado já era aplicado para a compreensão gramatical de toda e qualquer frase, seja para a sua integração no contexto do todo de uma obra literária, seja para o todo da literatura ou seu respectivo gênero literário. Schleiermacher, porém, vem a aplicá-lo também à chamada compreensão psicológica, que deveria compreender toda formulação do pensamento como um momento vital no contexto total desse mesmo homem⁷⁹. Desse modo, compreender é sempre mover-se nesse círculo, de modo que o constante retorno do todo às partes e das partes ao todo torna-se essencial. Esse círculo apresenta-se em constante ampliação, uma vez que o conceito do todo é relativo e a integração em contextos cada vez maiores afeta sempre a compreensão individual⁸⁰. Daí o caráter provisório da compreensão⁸¹.

⁷⁸ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 47

⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 261.

⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 261. Abordando o círculo hermenêutico desde Schleiermacher, ensina Palmer que “com a sua imagem espacial, o círculo hermenêutico propõe uma área de compreensão compartilhada. Visto que a comunicação é uma relação dialógica, presume-se desde o início uma comunidade de sentido, partilhada por quem fala e por quem ouve. Isto parece envolver outra contradição: aquilo que tem que ser compreendido já deve ser sabido. Mas não será esse caso? Não será vão falar de amor a quem não conheceu o amor, ou das alegrias de aprender a quem renunciou a elas? Temos que previamente possuir, até certo ponto, um conhecimento do tema em causa. Isso pode ser designado como o conhecimento prévio, minimamente necessário à compreensão, sem o qual não podemos saltar para o círculo hermenêutico. Tomemos um exemplo comum, a experiência da ininteligibilidade inicial para quem lê um grande autor, digamos um Kierkegaard, um Nietzsche ou um Heidegger; o problema é captar a orientação global do autor, sem a qual as asserções individuais e mesmo as obras completas não tem significado. Por vezes uma simples frase esclarecerá e construirá num todo significativo tudo o que previamente era incoerente, precisamente porque sugere ‘toda a coisa’ sobre a qual o autor tem vindo a falar. O círculo hermenêutico então opera, não só a nível linguístico como também a nível do tema em causa. Tanto o que se fala como o que se ouve devem partilhar a linguagem e o tema do seu discurso. Tanto a nível do *medium* do discurso (linguagem) como da matéria do discurso (tema), o princípio do conhecimento prévio – ou o círculo hermenêutico – opera em todo o acto de compreensão”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 94-95.

⁸¹ Nesse sentido, afirma Schleiermacher que, “progredindo pouco a pouco desde o início de uma obra, a compreensão gradual, de cada particular e das partes do todo que se organiza a partir delas, sempre é apenas provisória; um pouco mais completa, se nós podemos abarcar com a vista uma parte mais extensa, mas também começando com novas incertezas (e como no crepúsculo),

O princípio do círculo hermenêutico, com efeito, assenta, a partir da interpretação gramatical e psicológica, a compreensão entendida como processo de reconstrução dos processos mentais do autor do texto. A reprodução deve ser entendida como fenômeno distinto da produção, o que torna inteligível o postulando do qual se vale Schleiermacher de que importa compreender um ator melhor do que ele próprio se compreendeu. O ato de compreensão é a realização reconstrutiva de uma produção, e deve ser capaz de tornar o intérprete consciente de algumas coisas que ao produtor original podem ter ficado inconscientes⁸².

Em que pese as críticas decorrentes do psicologismo presente no pensamento de Schleiermacher, é inegável que este ofereceu uma contribuição decisiva na evolução da hermenêutica, ultrapassando a visão que a concebia como um conjunto de métodos específicos e como disciplina auxiliar, para concebê-la como uma arte geral da compreensão anterior a qualquer arte especial de interpretação⁸³.

A hermenêutica de Schleiermacher, no entanto, deixava entrever um limite muito preciso, na medida em que se restringia à compreensão do discurso e da tradição escrita, em especial da tradição bíblica, o que deixava “sua teoria hermenêutica muito longe de uma historiografia que pudesse servir de *organon* metodológico às ciências do espírito”⁸⁴. É por isso que, com Dilthey, a hermenêutica dará o seu passo seguinte, e o conceito de compreensão passará a ser entendido como fundamento das ciências do espírito⁸⁵.

quando nós passamos a uma outra parte, (porque então) temos diante de nós um novo começo, embora subordinado; no entanto, quanto mais nós avançamos, tanto mais tudo o que precede é esclarecido pelo que segue, até que no final então cada particular como que recebe de um golpe sua plena luz e se apresenta como contornos puros e determinados”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010. p. 51.

⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 263.

⁸³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 101.

⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 270.

⁸⁵ SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 382.

2.1.4 O Projeto Hermenêutico de Dilthey: a Hermenêutica como Base Metodológica para as Ciências do Espírito

É preciso deixar claro que, após a morte de Schleiermacher, em 1834, “o projeto de desenvolver uma hermenêutica geral esmoreceu”. Foi somente no final do século XVIII que Dilthey, um talentoso filósofo e historiador literário, começou a ver na hermenêutica o fundamento para as chamadas ciências humanas (*Geisteswissenschaften*), vale dizer, para todas as disciplinas que interpretam as expressões da vida interior do homem, expressões estas que poderiam ser gestos, atos históricos, leis codificadas, obras de arte ou de literatura⁸⁶. Nisso já fica evidente algo que marca a hermenêutica de Dilthey: para ele “não somente as fontes chegam a nós como textos, como a própria realidade histórica é em si um texto que deve ser compreendido”⁸⁷.

Dilthey foi o primeiro a formular a dualidade de ciências da natureza e ciências do espírito (também denominada ciências humanas ou culturais)⁸⁸, distinguindo-as, respectivamente, por um método analítico-esclarecedor e um procedimento de compreensão descritiva⁸⁹. Ao tentar delimitar as ciências humanas,

⁸⁶ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 105.

⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 271. Conforme Gadamer, “se Dilthey se propôs a fornecer uma base epistêmica para as *Geisteswissenschaften*, ele se via não tanto como um filólogo que se põe a compreender um texto, mas como um teórico do método de uma escola histórica que não via a ‘compreensão de textos ou de outros fragmentos do passado como o seu objetivo último’. Estes são vistos como meios para o reconhecimento da realidade histórica que eles tornam acessível. Para DILTHEY a filologia também é modelo norteador. O seu ideal é decodificar o livro da História. Esse é o método pelo qual Dilthey espera poder justificar a auto compreensão das *ciências interpretativas* e sua objetividade científica. Assim como se pode compreender um texto porque ele contém um ‘sentido puro’, também a história pode, em última instância ser compreendida. A hermenêutica é o método universal das ciências históricas”. GADAMER, Hans Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 11-12.

⁸⁸ Aqui os termos ciências do espírito, ciências humanas e ciências culturais são utilizados indistintamente, como ocorre na maioria das obras que versam sobre o tema. A respeito da terminologia utilizada, é importante a advertência realizada por Marco Casanova, tradutor da obra de Dilthey para o português: “traduzido literalmente, o termo *Geisteswissenschaften* não significa ‘ciências humanas’, mas ‘ciências do espírito’. Como DILTHEY se vale logo em seguida da palavra *Geist* (espírito) na explicitação de sua compreensão do termo, achamos por bem inserir a tradução literal de *Geisteswissenschaften* entre parênteses. No todo, porém, evitamos a tradução por ‘ciências do espírito’ a fim de aproveitar a expressão corrente em português para designar um tal conjunto de ciências”. DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 28, nota 3.

⁸⁹ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 20. Ou, como o próprio Dilthey afirma, nas ciências humanas “um objeto espiritual surge no compreender”, enquanto nas

afirmou que, ao lado das ciências naturais, e partindo das tarefas da própria vida, teria se desenvolvido, espontaneamente, um grupo de conhecimentos ligados uns aos outros pela comunhão de seu objeto, qual seja, a espécie humana, fato em relação ao qual essas ciências formariam conceitos e teorias, narrariam, descreveriam e julgariam. Dentre essas ciências, estariam a história, as ciências econômica, jurídica e do Estado, a ciência da religião, o estudo da literatura, da poesia, da arquitetura, da música, das visões do mundo, dos sistemas filosóficos e da psicologia⁹⁰.

Enquanto nas ciências naturais o seu objeto surge do conhecer⁹¹ – e os conceitos por meio dos quais se realiza são construções auxiliares que o pensamento cria com esse fim, na medida em que a natureza é algo estranho, transcendente para o sujeito, acrescentada, no pensamento, a esse sujeito, por meio de construções auxiliares, àquilo que é fenomenalmente dado⁹² –, nas ciências humanas o seu objeto surge na medida em que estados humanos são vivenciados, em que esses estados ganham expressão em manifestações vitais e essas expressões são compreendidas⁹³. Essa conexão existente entre vida, expressão e compreensão não abarca, contudo, apenas gestos, expressões faciais e termos por meio dos quais os homens se comunicam: “a unidade psicofísica da vida também é conhecida por si mesma por meio da mesma relação dupla entre vivenciar e

ciências naturais o objeto físico surge no conhecer. DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 27. Também sobre a importância de DILTHEY na autonomização das ciências humanas, ensina Streck que “no século XIX, com a emergência da discussão envolvendo a autonomia das Ciências Humanas – também chamadas de Ciências do Espírito (*Geisteswissenschaften*), o filósofo alemão Wilhelm Dilthey passará a empregar o termo hermenêutica para designar a exploração e formação da estrutura metodológica destas ciências, que estão baseadas num processo de *compreensão*, enquanto que as Ciências Naturais – que receberam seu fundamento filosófico a partir da *Crítica da Razão Pura* de Kant – estariam baseadas em processos de *explicação*, desenvolvidos através de uma sistemática que envolve *causas e efeitos*”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235.

⁹⁰ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 19-20.

⁹¹ Conforme Dilthey, “a construção das ciências naturais é determinada pelo modo como o seu objeto, a natureza, é dado. Imagens vêm à tona em uma alternância constante; essas imagens são ligadas a objetos, esses objetos preenchem e ocupam a consciência empírica e formam o objeto da ciência natural descritiva”. DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 33.

⁹² DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 35.

⁹³ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 28.

compreender”⁹⁴. Com efeito, a conexão entre vivência, expressão e compreensão mostra-se por toda parte com o procedimento por meio do qual a humanidade existe para o homem como objeto das ciências humanas. Consequentemente, uma ciência somente pertence às ciências humanas se o seu objeto é acessível por meio do comportamento fundado na conexão entre vida, expressão e compreensão⁹⁵.

A partir desse breve desenvolvimento das ciências humanas, Dilthey vai afirmar que nelas realiza-se a construção do *mundo histórico*, expressão figurada a partir da qual ele procura designar “a conexão ideal na qual, estendendo-se sobre a base da vivência e da compreensão em uma série de níveis de realizações, o saber objetivo do mundo histórico tem a sua existência”⁹⁶. O problema da compreensão do homem era, pois, para Dilthey um problema de recuperação de consciência da historicidade da própria existência, que teria se perdido nas categorias estáticas da ciência⁹⁷. Isso constituía uma conquista tão relevante para o devir da hermenêutica e da filosofia, que Gadamer veio a considerar o aparecimento de uma tomada de consciência histórica como a mais importante revolução pela qual se passou desde o início da época moderna⁹⁸. Trata-se de um privilégio e talvez um fardo que jamais se impôs a nenhuma geração⁹⁹.

Desse modo, Dilthey, ao abandonar o modo com que as ciências da natureza construíam o seu objeto, para assentar a premissa de que o objetivo das ciências do espírito não deveria ser a compreensão da vida em termos de categorias exteriores à vida, mas, sim, a partir de categorias intrínsecas da própria vida, dela derivadas: “a vida deveria ser compreendida a partir da experiência da própria vida”¹⁰⁰. Conforme

⁹⁴ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 29.

⁹⁵ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 29.

⁹⁶ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 29.

⁹⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 107.

⁹⁸ Tamanha é a importância dada por Gadamer à consciência histórica, que ele chega a afirmar que o “o seu alcance espiritual provavelmente ultrapassa aquele que reconhecemos nas aplicações das ciências da natureza, que tão visivelmente transformaram a face do nosso planeta”. GADAMER, Hans Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 17.

⁹⁹ GADAMER, Hans Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 17. Gadamer entende por consciência história o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião. GADAMER, Hans Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 17.

¹⁰⁰ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 109.

Palmer, “Dilthey notou desdenhosamente que ‘nas veias do sujeito cognoscente construído por Locke, Hume e Kant não corre verdadeiro sangue’”, uma vez que, neles, a cognição era tratada como sendo separável do contexto histórico da vida interior do homem¹⁰¹. Isso significa que as categorias da vida não se enraízam numa realidade transcendente, mas na realidade da experiência vivida¹⁰². O homem individual particular em sua existência baseada em si mesmo é um ser histórico, sendo ele determinado por sua posição na linha do tempo, por seu lugar no espaço, por sua posição na ação conjunta dos sistemas culturais e das comunidades¹⁰³.

Em Dilthey, a palavra experiência tem um significado muito mais próximo de experimentação¹⁰⁴. Experiência de vida compreende, desse modo, os princípios que se formam em algum círculo de pessoas ligadas umas às outras e que são comuns a elas: “trata-se de enunciados sobre o transcurso da vida, juízos de valor, regras de condução da vida, definições de metas e bens”¹⁰⁵. Sucede que a experiência não deve ser construída como o conteúdo de um ato reflexivo da consciência; subsequentemente ela pode tornar-se objeto de reflexão, mas então deixa de ser experiência imediata e torna-se objeto de outro encontro. Assim postas as coisas, a experiência não tem nem consegue ter ciência de si mesma e também não é um dado da consciência, pois se assim fosse teria que se defrontar contra o sujeito como um objeto que lhe tivesse sido dado¹⁰⁶.

¹⁰¹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 109. Nesse ponto já é possível verificar que a construção das ciências do espírito em Dilthey volta-se contra a teoria do conhecimento desenvolvida nas ciências da natureza a partir da cisão entre sujeito e objeto: “na medida em que a teoria do conhecimento teve de início esta construção das ciências da natureza como o seu objeto mais insigne, surgiu a partir daí a conexão entre os seus problemas. O sujeito pensante e os objetos sensíveis que se encontram diante dele estão mutuamente cindidos; os objetos sensíveis possuem um caráter fenomenal, e, até o ponto em que a teoria do conhecimento permanece no âmbito do saber sobre a natureza, ela nunca pode superar essa fenomenalidade da realidade que se lhe encontra aqui contraposta. Na ordem segundo leis que é atribuída pelas ciências naturais aos fenômenos sensíveis, as qualidades sensíveis são representadas por meio de formas do movimento que se ligam a essas qualidades”. DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 36.

¹⁰² PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 109.

¹⁰³ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 95.

¹⁰⁴ Nesse sentido, Palmer afirma que, em alemão, há duas palavras para experiência: *Erfahrung* e *Erlebnis*, a qual é mais limitada e específica, sendo formada a partir do verbo *erleben*, que significa experimentar, especialmente em circunstâncias especiais. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 113.

¹⁰⁵ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 91.

¹⁰⁶ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 114. Isso fica bem evidente na noção de apreensão objetiva e experiência que, em

A experiência, desse modo, não é algo estático. A temporalidade da experiência já está nela implícita. Sua unidade de sentido tende a alcançar e a abranger tanto sua conexão com o passado e a antecipação do futuro no contexto total de significado. Passado e futuro constituem uma unidade formal com o caráter presente da experiência e esse contexto temporal é o horizonte inevitável dentro do qual qualquer percepção presente é interpretada¹⁰⁷.

Por outro lado, o termo compreensão, para Dilthey, é tomado como o processo mental pelo qual se compreende a experiência humana viva¹⁰⁸. Na vivência se abre a unidade da vida, pela qual se há de compreender cada uma das manifestações vitais, de modo que a compreensão se funda na vivência¹⁰⁹. Não se trata, portanto, de um modo de esclarecimento¹¹⁰. Ela tem um valor em si mesma, ao contrário do que ocorre na “compreensão” e explicação meramente científicas¹¹¹. Por isso que, Grondin, ao discorrer sobre o pensamento de Dilthey, menciona que “a compreensão, própria das ciências do espírito, consiste num retorno do manifestado para o interior, ou mais precisamente, para a auto-reflexão, que se dá a conhecer na expressão”¹¹². Assim, “vivência e compreensão formam os dois lados do processo

Dilthey, não consegue dar conta da temporalidade: “a apreensão objetiva transcorre no tempo. Assim, reproduções da memória já estão contidas nela. Na medida em que o vivenciado se amplia constantemente com o avanço do tempo e se retrai para um ponto cada vez mais distante, surge a lembrança do próprio transcurso da vida. Do mesmo modo, as lembranças de seus estados e as imagens existenciais das diversas situações formam-se a partir da compreensão. E, mais especificamente, em todas essas lembranças, a circunstancial idade está sempre ligada com o seu meio ambiente por estados de coisa exteriores, acontecimentos e pessoas. A partir da generalização daquilo que assim se reúne, forma-se a experiência de vida do indivíduo. Ela surge nos modos de procedimento que são equivalentes àqueles da indução. O número de casos, a partir dos quais essa indução estabelece conclusões, cresce constantemente no transcurso da vida; as generalizações que se formam continuam sendo incessantemente retificadas. A segurança que advém à experiência de vida pessoal é diversa da validade universal científica, pois essas generalizações não se realizam metodicamente e não podem ser expressas em fórmulas fixas. DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 91.

¹⁰⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 116.

¹⁰⁸ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 120.

¹⁰⁹ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 19.

¹¹⁰ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 19.

¹¹¹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 120.

¹¹² GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 152. Nesse sentido, “cada expressão ou enunciado brota de um aconselhar-se a si mesmo, que procura reviver a compreensão. Mas, esta compreensão não é algo psicológico, acentua agora Dilthey, porém um retorno a uma configuração espiritual [...]. A investigação do processo da palavra interior, que se encontra por

lógico, dois lados que se interpenetram mutuamente”¹¹³. Nesse aspecto fica bastante claro que a hermenêutica de Dilthey vai além dos escritos e do discurso, para abarcar as manifestações da vida. Ela é sempre exigida quando há algo estranho que deve ser apropriado pela arte do compreender¹¹⁴.

A questão da temporalidade também se apresenta no âmbito da compreensão. É que, para o homem que vive no presente, o passado é tanto mais estranho e indiferente quanto mais ele fica para trás, embora os restos do passado estejam presentes junto ao homem como algo cuja conexão está dilacerada. A compreensão surge como apreensão dos resíduos do passado. Aqui fica evidente a noção de círculo hermenêutico – que já estava presente em Schleiermacher – notadamente quando Dilthey diz que o que é comum a todos esses resíduos é o movimento contínuo, que sai da apreensão de partes indeterminadas-determinadas e prossegue em direção à tentativa de captar o sentido do todo, a qual se alterna com a de estabelecer as partes mais firmemente a partir desse sentido. Essa tentativa de determinação consiste em um nunca chegar ao fim, numa alternância entre parte e todo¹¹⁵.

É justamente por isso que a história também não pode ser concebida como um objeto com o qual o homem se defronta¹¹⁶. E, do mesmo modo, o significado não

detrás da expressão e para o qual toda a tradição hermenêutica desde a Stoa até Schleiermacher estava orientada, torna-se, agora, tarefa central de todas as ciências do espírito que pretendem compreender. É-lhes comum a ‘orientação para a auto-reflexão’, para o colóquio interior, que produz qualquer expressão”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 152.

¹¹³ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 213.

¹¹⁴ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 214.

¹¹⁵ DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 216.

¹¹⁶ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 122. A partir dessa afirmação e do desenvolvimento do sentido da historicidade na hermenêutica de Dilthey, Palmer tece as seguintes considerações: “Na teoria hermenêutica, o homem é visto na sua dependência relativamente a uma interpretação constante do passado, e assim, quase poderíamos dizer que o homem é ‘o animal hermenêutico’ que se compreende a si próprio em termos de interpretação de uma herança e de um mundo partilhado que o passado lhe transmite, uma herança constantemente presente e activamente em todas as suas acções e decisões. A moderna hermenêutica encontra a sua fundamentação teórica na historicidade”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 123.

pode consistir em um conceito lógico, mas como expressão da vida, no sentido já referido. Assim, a própria vida se auto-interpreta. Ela tem estrutura hermenêutica¹¹⁷.

2.1.5 A Filosofia Hermenêutica de Heidegger

Tem-se em Heidegger o passo decisivo no desenvolvimento da hermenêutica. Foi ele, segundo Gadamer, que “que forneceu à hermenêutica pela primeira vez a sua significação filosófica fundamental”¹¹⁸. Sua obra filosófica é extremamente complexa, razão pela qual a abordagem que dela será feita aqui limitar-se-á aos seus elementos centrais, de modo a permitir que o leitor possa visualizar suas conexões com o pensamento de Gadamer.

Um tema que perpassa o pensamento de Heidegger é a diferença entre *essência* e *existência* presente, desde a antiguidade, na metafísica. Vale dizer, a distinção entre “o que algo é” e o “fato de algo ser”. Essa distinção, para Heidegger, seria a história do esquecimento do ser, que teria nela se velado¹¹⁹. Note-se que, em Aristóteles o problema da verdade, por exemplo, estava centrado na ideia de adequação, de modo que a sua sede estava no juízo, na proposição. Com essa determinação de verdade da metafísica clássica a *existência* recebia uma nova determinação, já que os entes existentes, que são o objeto da verdade, ficam fora da cabeça. Dito de outro modo, a verdade na mente se diz do ente fora da mente. A existência aristotélica passa a ser o ente que existe fora da mente. As afirmações são feitas sobre o ente e a verdade se situa na afirmação¹²⁰. Com o advento da modernidade, a questão a respeito do fundamento transportar-se para o sujeito. Assim, o homem vai procurar unicamente em si mesmo uma base segura e um ponto de partida para o conhecimento filosófico¹²¹. Entra em cena a questão do

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 305.

¹¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. v. 1: Heidegger em retrospectiva, p. 94.

¹¹⁹ STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p.92-93. Não é à toa que, “para Heidegger, a história da civilização ocidental, vista das duas perspectivas cruciais da metafísica, na esteira de Platão, e da ciência e tecnologia, depois de Aristóteles e Descartes, é nem mais nem menos do que a história de como o ser acabou sendo esquecido”. STEINER, George Albert. *As ideias de Heidegger*. São Paulo: Cultrix, 1982. p. 39.

¹²⁰ STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 99.

¹²¹ ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008. p. 66. Conforme Stein “quando, no começo da metafísica moderna, é procurado um *fundamentum inconcussum e absolutum*, que como ente verdadeiro bate para fundamentar a

método, como caminho seguro para obtenção da verdade¹²². A cisão entre sujeito e mundo fica cada vez mais latente e a busca por um fundamento absoluto encontra no sujeito o elemento limitador do conhecimento. A análise, a observação e o cálculo, ativados por qualquer indivíduo em direção a algum objeto, conferem ao indivíduo o estatuto de *subjectum*, sujeito, fundamento do seu saber resultante do seu esforço de entendimento¹²³.

Essa cisão do mundo na natureza e do mundo mental já tinha sido, antes de Heidegger, criticada por Husserl, como consequência conceitual da modelaridade do método científico-natural¹²⁴. Em Heidegger, o mundo é anterior a qualquer separação da pessoa e do mundo num sentido objetivo; é anterior a qualquer objetividade. É também anterior à subjetividade, dado que tanto a objetividade como a subjetividade são concebidas dentro do esquema sujeito-objeto¹²⁵. Mais do que isso, Heidegger vai superar a subjetividade do pensamento moderno¹²⁶, para a qual a linguagem funcionava como uma terceira coisa, que se interpunha entre o sujeito e o objeto como técnica, como processo por meio do qual o homem toma conhecimento dos entes, a fim de exercer sobre eles o domínio¹²⁷.

essência da verdade, com o sentido de *certitudo cognitionis humanae*, então se pergunta por um *subiectum*, que, em qualquer representação e para qualquer representação já subjaz e que, na esfera da representação indubitável, seja o constante subsistente, então surge a subjetividade humana como sendo este fundamento". STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 99.

¹²² ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008. p. 73.

¹²³ SCHNEIDER, Paulo Rudi. *Experiência e linguagem*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 26.

¹²⁴ HUSSERL, Edmund. *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental: uma introdução à filosofia fenomenológica*. Tradução de Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 48. Segundo Husserl, com a modernidade ou, em outras palavras, no começo da racionalidade científico-natural, "o mundo e filosofia receberam, correlativamente, uma feição completamente nova. O mundo tem de ser em si um mundo racional, no novo sentido da racionalidade, tomada da matemática e da natureza matematizada e, correspondentemente, a filosofia, ciência universal do mundo, tem de ser construída como teoria *more geométrico* unitariamente racional". HUSSERL, Edmund. *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental: uma introdução à filosofia fenomenológica*. Tradução de Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 49.

¹²⁵ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 137.

¹²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. v. 1: Heidegger em retrospectiva, p. 108.

¹²⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 203. Conforme Manfredo Araújo de Oliveira, "essa concepção, hoje universalmente vigente, é o que, para Heidegger, caracteriza a essência da técnica, que é um modo de desvelar uma fórmula, portanto de ver uma forma de verdade. A técnica revela o real em seu caráter de manipulável. Nessa perspectiva, a informação é o modo como a natureza se revela por meio da técnica. Não a natureza como ela é em si mesma, mas a natureza enquanto

Os dualismos próprios da metafísica clássica e moderna são quebrados por Heidegger. Isso fica bastante claro no modo como ele lida com a questão do “ente” e do “ser”. Para ele, “ente é tudo de que falamos, tudo de que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também nós mesmos”. Por sua vez, “ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado (Vorhandenheit), no teor e recurso, no valor e validade, na pre-sença, no ‘há’”¹²⁸. O homem, nesse sentido, “é um ente constituído pelo seu próprio ser”¹²⁹. Na expressão “constituído pelo”, segundo Stegmüller, “repousa, antes de qualquer reflexão teórica, a relação duradoura consigo mesmo. É nessa relação que se manifesta a existência”¹³⁰. Esta, porém, não se deixa fixar em determinações precisas, razão pela qual somente pode ser abordada através do seu “como”. Este “como” da existência, no entanto, não é nada mais do que sua essência, razão pela qual seria fundamentalmente falso separar existência da essência: “aquilo que o homem é não são propriedades existentes de uma coisa existente, mas possíveis maneiras de ser”¹³¹.

Torna-se mais claro, a partir dessas considerações, que “compreender, escolher e aceder são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, *daquele* ente que nós mesmos, os que questionam, sempre somos”. Daí que, para Heidegger, “elaborar a questão do ser significa, portanto, tornar transparente um ente – o que questiona – em seu ser”. Esse ente, que é o homem, e que dentre outras possibilidades, possui em seu ser a possibilidade de questionar é designada por Heidegger de *Dasein* (pre-sença, *ser-aí* ou existência)¹³².

submetida às perguntas do homem, enquanto relacionada a ele, enquanto manipulável por ele. Nesse sentido, a categoria informação se transforma para Heidegger numa das características da civilização contemporânea, pois o que constitui nossa epocalidade é a predominância dessa forma de desvelamento do real: *a informação é a mediação do saber necessário à manipulação*”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 203).

¹²⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 32.

¹²⁹ STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 116.

¹³⁰ STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 116.

¹³¹ STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 115-116.

¹³² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 33. Bastante controversa é a tradução do termo *Dasein*, utilizado por Heidegger para designar o ente que compreende a si mesmo no seu ser. Na edição brasileira de *Ser e Tempo*, traduzida por Marcia Sá Cavalcante Schuback, utiliza-se a expressão pre-sença.

Para Heidegger, *a compreensão do ser é em si mesma uma determinação do Dasein*¹³³. Heidegger não nega a visão de Dilthey orientada para a experiência, mas a coloca num contexto ontológico¹³⁴. Compreender é o caráter ontológico original da própria vida¹³⁵, é um modo de ser, por força do qual o homem situa-se no mundo¹³⁶. Trata-se, conforme Coreth, “de uma compreensão original, que antecede a dualidade de ‘explicar’ e ‘compreender’ – como modos típicos do conhecimento de várias ciências – e é dado com o próprio ‘ser da existência’, na medida em que a existência (ser-aí) é marcada com a compreensão do ser”¹³⁷.

Essa compreensão constitui o homem enquanto homem, daí ser considerada o existencial fundamental, já que o *Dasein* sempre se movimenta numa compreensão do seu próprio ser e dos outros seres¹³⁸. Sob o modo da existência o ser significa ontologicamente ser *a priori conforme* o mundo. Não ocorre ao *Dasein* ser primeiramente um ente livre do mundo para depois assumir uma relação de conhecimento como o mundo; não há compreensão fora do mundo, porque *Dasein* é ser-no-mundo¹³⁹. Nesse sentido, Heidegger vai dizer que a compreensão do ser, própria do *Dasein*, inclui de maneira igualmente originária a compreensão de mundo e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo¹⁴⁰.

Indo mais a fundo no tema, deve-se mencionar que Heidegger vai falar de uma analítica existencial do *Dasein*, como uma ontologia fundamental de onde todas as outras podem originar-se. Nessa senda, o *Dasein* possui um primado múltiplo

¹³³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 38.

¹³⁴ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 137.

¹³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 348. De acordo com Rudolf Bultmann, “com clareza decisiva, o problema do compreender foi iluminado por Heidegger, quando ele mostrou ser o compreender um elemento da existência e ao analisar a interpretação como sendo a formação da compreensão, sobretudo por meio da análise do problema da história e da interpretação da *historicidade do ser-aí*”. BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender*: ensaios selecionados. Ed. rev. e ampl. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélcio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 302.

¹³⁶ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 161.

¹³⁷ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 22.

¹³⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 203, 210.

¹³⁹ FREIRE, Sônia Barreto. A determinação ontológica do mundo: um perfeito a priori. *Aprender*: caderno de filosofia e psicologia da educação, Vitória da Conquista, ano 6, n. 10, p. 102-103, jan./jul. 2008.

¹⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 40.

frente a todos os outros entes. O primeiro é o primado *ôntico* – o *Dasein* é um ente determinado em seu ser pela existência; o segundo, é o ontológico – com base em sua determinada existência, o *Dasein* é em si mesmo ontológico, pertencendo a ele, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutivo da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser do *Dasein*; o terceiro, é a condição *ôntico-ontológica* da possibilidade de todas as ontologias – assim, o *Dasein* se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro¹⁴¹. Desse modo, a analítica ontológica do *Dasein* constitui a *ontologia fundamental*; o *Dasein* se evidencia como o ente a ser, em princípio, previamente interrogado em seu ser. Contudo, o *Dasein* não é apenas o ente a ser interrogado primeiro, ele é, sobretudo, o ente que, desde sempre, se relaciona e comporta com o que se questiona nessa questão: “a questão do ser não é senão a radicalização de uma tendência ontológica essencial, própria do *Dasein*, a saber, da compreensão pré-ontológica”¹⁴².

O mundo, nessa senda, é mais do que apenas o campo das operações pré-conscientes da mente quando da percepção, na medida em que caracteriza o campo em que as atuais resistências e as possibilidades da estrutura do ser moldam a compreensão. É nele que a temporalidade e a historicidade do ser estão radicalmente presentes e que o ser se traduz em significação, em compreensão e interpretação. É o campo em que o ser se tematiza enquanto linguagem. Para Heidegger a significação é algo mais fundo que o sistema lógico da linguagem, na medida em que se funda sobre algo anterior à linguagem. Desse modo, a *compreensão tem de ser vista e inserida neste contexto, e a interpretação é simplesmente tornar explícita a compreensão*. Mesmo na compreensão as coisas no mundo são vistas como isto ou como aquilo¹⁴³. Esse “como” é a dimensão antepredicativa, anterior, portanto, ao discurso¹⁴⁴.

Desse modo, para Heidegger, o homem nunca tem uma relação direta com o objeto, mas uma relação com o significado. No mundo tudo é algo como algo. A coisa num certo estado, sob um certo ponto de vista, num certo *como* que é de

¹⁴¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 40.

¹⁴² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 41.

¹⁴³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 138-139.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 210.

caráter *a priori*. Está é uma marca que vem da ideia de mundo, vai da compreensão até a estrutura dos enunciados, onde se situa o algo como algo como ser-verdadeiro¹⁴⁵. Dito de outro modo, o acesso aos objetos somente se dá através do significado¹⁴⁶. A linguagem deixa de ser instrumental para se tornar condição de possibilidade¹⁴⁷. É por isso que Heidegger vai dizer que “nenhuma coisa é onde falta a palavra”, que “é a palavra que confere ser às coisas”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ STEIN, Ernildo. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras: a aporia da filosofia analítica. In: SULIANI, Antônio (Org.). *Etnias & carisma: poliantéia em homenagem a Rovílio Costa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 438-439. Nas palavras do próprio Heidegger, “o que se interpreta reciprocamente na circunvisão de seu ser-para como tal, ou seja, que se *explicita* na compreensão, possui a estrutura de *algo como algo*. À questão da circunvisão que pergunta: o que é esse manual determinado, a interpretação da circunvisão responde do seguinte modo: ele é para... A indicação do para-quê não é simplesmente a denominação de algo, mas o denominado é compreendido *como* isto, que se deve tomar como estando em questão. O que se abre na compreensão, o compreendido, é sempre de tal modo acessível que pode explicitar-se em si mesmo ‘como isto ou aquilo’. O ‘como’ constitui a estrutura da explicitação do compreendido; ele constitui a interpretação. O modo de lidar da circunvisão e interpretação como o manual intramundano que o ‘vê’ *como* mesa, porta, carro, ponte, não precisa necessariamente expor o que foi interpretado na circunvisão numa *proposição* determinante. Toda visão pré-predicativa do que está à mão já é em si mesma uma compreensão e interpretação. Mas será que a falta desse ‘como’ não constituirá a natureza pura e simples de uma pura percepção? O ver dessa visão já é sempre compreensão e interpretação. Já traz em si a explicitação das remissões referenciais (do ser-para) constitutivas da totalidade conjuntural, a partir da qual se entende tudo que simplesmente vem ao encontro. A articulação do que foi compreendido na aproximação interpretativa dos entes, na chave de ‘algo como algo’, *antecede* toda e qualquer proposição temática a seu respeito. O ‘como’ não ocorre pela primeira vez na proposição. Nela, ele apenas se pronuncia o que, no entanto, só é possível pelo fato de já se oferecer para ser pronunciado. O fato de a simples visão poder não exprimir uma proposição, não significa que ela não disponha de nenhuma interpretação articuladora e, por conseguinte, da estrutura-come. A simples visão das coisas mais próximas nos afazeres já traz consigo tão originariamente a estrutura da interpretação que toda e qualquer apreensão, *por assim dizer livre* da estrutura-come, necessita de uma certa transposição. Ter simplesmente diante de si uma coisa é somente fixá-la *como uma não* compreensão. A apreensão livre da estrutura-come priva-se de qualquer visão meramente compreensiva. Deriva-se dela e não é mais originária. O fato de o ‘como’ não ser pronunciado onticamente não deve levar a desconsiderá-lo enquanto constituição existencial a priori da compreensão. [...] O que acontece é que, no que vem ao encontro dentro do mundo como tal, a compreensão já abriu uma conjuntura que a interpretação expõe”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 205-206.

¹⁴⁶ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 18. Nesse sentido, ensina Stein que “a estrutura do mundo é clivada pelo *algo como algo* e num outro nível o enunciado possui a estrutura de *algo como algo*. Podemos examinar a linguagem, que trata do mundo através do sentido, através do significado, ela que trata do mundo através de instrumentos que podem ter vários nomes, mas todos vão remeter finalmente à linguagem enquanto o *como* de sua manifestação. [...] Quando dizíamos que o ser humano só conhece através dos conceitos, só conhece através da linguagem, estávamos dizendo que o ser humano somente é racional porque seu acesso ao mundo se dá via sentido, via significado, via conceitos, via palavras, via linguagem”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 16.

¹⁴⁷ Conforme Vattimo, “las cosas no son fundamentalmente cosas por estar presentes en el ‘mundo exterior’, sino que lo son en la palabra que las nombra originariamente y las hace accesibles hasta en la presencia temporoespacial”. VATTIMO, Gianni. *Introducción a Heidegger*. Traducción Alfredo Baéz. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 117.

¹⁴⁸ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2003. p. 125-126. A propósito, bastante esclarecedora é a lição de Manfredo de Oliveira: “agora se

Dito de outro modo, “não é como se lá fora houvesse inicialmente coisas nuas, que receberiam, de nossa compreensão ‘subjéitiva’ e cautelosa, determinada coloração”¹⁴⁹. O que existe, de início, é, segundo Grondin, “nossa relação com o mundo, no ‘modus’ de pré-esboços da compreensão”¹⁵⁰. Nesse primário, portanto, “tudo vem ao nosso encontro e nos importa”¹⁵¹. Por isso, “não há compreensão ou interpretação que não implique a totalidade dessa estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas ler ‘o que está aí’ e extrair das fontes ‘como realmente foi’”¹⁵². Diante desse quadro inexorável a hermenêutica de Heidegger vai buscar “um explícito esclarecimento dessa pré-estrutura historicamente dada. Este esclarecimento é por ele chamado de interpretação”¹⁵³. Assim, ele vai dizer que, para “se preencher as condições fundamentais de uma interpretação possível, não se deve desconhecer as suas condições essenciais de realização”¹⁵⁴.

Antes de Heidegger, portanto, “a hermenêutica era o compreender de textos, compreender determinados universos culturais, era, no fundo, um interpretar que

manifesta, com mais clareza ainda, que a linguagem não pode ser reduzida a puro instrumento, pois, em todo saber de nós mesmos, como em todo saber do mundo, já sempre estamos envolvidos pela linguagem, em que se dá a clareira do ser, onde se manifesta a compreensão do ser e onde fala a ‘voz do ser’. O evento do ser, segundo Heidegger, é entendido como um *evento linguístico*, o que significa dizer que nosso ser-no-mundo é sempre mediado por um ‘mundo linguístico’ determinado. Em suma, aprendemos a nos conhecer, a conhecer os homens e o mundo na medida em que aprendemos a falar. Aprender a falar é, portanto, ter o acesso originário ao mundo enquanto tal. Se a linguagem é a casa do ser, então ela é nossa morada, porque somos ser-no-mundo: nossa compreensão do mundo é, sempre, linguisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós [...]. O ser não é dito por meio de sentenças empiricamente verificáveis, mas se diz nas sentenças enquanto *horizonte* que torna essas sentenças possíveis. Na forma de linguagem, revelam-se os entes à luz do ser que ocorre como fenômeno na linguagem. Nesse caso, a filosofia não entra em concorrência com os métodos científicos, pois sua tarefa é tematizar o espaço hermenêutico, ou seja, levantar e elaborar a questão do sentido do ser, pressuposto sempre em toda ciência. A filosofia, assim, não pode ser nunca um sistema de sentenças no mesmo nível das teorias científicas. A ciência é pesquisa de entes; à filosofia cabe a explicitação do universo do sentido, não a partir de uma construção semântica, que é uma instância derivada, mas do ser-no-mundo, do ser engajado, numa práxis determinada”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 203, p. 216.

¹⁴⁹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 163.

¹⁵⁰ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 163.

¹⁵¹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 163.

¹⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 351.

¹⁵³ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 163.

¹⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 210.

tratava de objetos”. A partir dele “o compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender do mundo, mas não de um mundo como um continente de conteúdos, mas de um mundo que é a própria transcendência”¹⁵⁵. Sob esse ponto de vista, o compreender é a articulação de uma relação originária com o mundo, de um projeto que se possui antes de encontrar as coisas particulares e os textos. Trata-se de um projeto destinado a renovar-se incessantemente, que gradualmente vai substituindo o quadro inicialmente esboçado com conceitos sempre mais profundos e adequados¹⁵⁶. Assim, conforme Stein, “vai-se formar a chamada estrutura da circularidade, isto quer dizer, na medida em que já sempre somos mundo e ao mesmo tempo projetamos mundo. Estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos”¹⁵⁷.

A noção de círculo hermenêutico desenvolvida por Heidegger é, pois, diferente daquela apresentada por Wolf, Schleiermacher e Dilthey. As teorias que lhe precedem se situam em relação a uma abordagem puramente formal entre o todo e as partes¹⁵⁸. Heidegger vai dizer que “o círculo da compreensão” pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial do *Dasein* enquanto compreensão que interpreta: “o ente em que está em jogo seu próprio ser como ser-no-mundo possui uma estrutura de círculo ontológico”¹⁵⁹. Desse modo, não é possível sair do círculo, pois ele é ontológico, ele pertence a um modo de ser que é simplesmente dado. Daí a sua célebre frase segundo a qual “o decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado”¹⁶⁰. Equivale dizer que “continua sendo a tarefa prioritária e permanente de uma autêntica interpretação, elaborar para si mesma e levar à interpretação suas próprias concepções”¹⁶¹. É que, no círculo da compreensão, “se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e

¹⁵⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 61.

¹⁵⁶ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 32.

¹⁵⁷ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 61.

¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. Traducción e introducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Editorial Tecnos, 1993. p. 106.

¹⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 210.

¹⁶⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 210.

¹⁶¹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 166.

última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e ‘chutes’¹⁶².

Por isso é comum dizer que Heidegger inverte a relação teleológica que se dava entre interpretação e compreensão. É que, para a hermenêutica tradicional, a interpretação funcionava como meio para a compreensão. O objetivo da interpretação era produzir a compreensão¹⁶³. A interpretação não queria dizer mais que o remontar-se do signo à significação, da palavra à coisa que ela designa¹⁶⁴. A hermenêutica, no estágio anterior à Heidegger, era *metodológica*. Ela partia do equivocado pressuposto segundo o qual o sentido é algo fixado que aguarda o momento adequado para ser desvelado, para ser extraído¹⁶⁵. Na verdade, ela encontrava-se impregnada pelo vício insuperável do método e fundava-se na separação sujeito-objeto. Justamente essa separação entre sujeito e objeto – enquanto “segreta metafísica” sobre a qual se fundava a ciência moderna, nas palavras de Zaccaria¹⁶⁶ – que vai rejeitada a partir de Heidegger¹⁶⁷, na medida em que responsável para concepção de objeto como qualquer coisa que o sujeito deve

¹⁶² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 210.

¹⁶³ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 165.

¹⁶⁴ VATTIMO, Gianni. *Introducción a Heidegger*. Traducción Alfredo Baéz. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 121.

¹⁶⁵ ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008. p. 41. A distinção entre uma hermenêutica metodológica e uma hermenêutica filosófica está muito bem explicada em Rohden: “enquanto arte, técnica, doutrina ou ciência da interpretação, a hermenêutica metodológica pode ser designada de *instrumental* ou epistemológica, ao se restringir à atividade de conhecer para dissecar a estrutura e o conteúdo de determinados objetos. Nessa ótica, ela segue os passos do procedimento metodológico das ciências naturais. É metodológica ao pretender *analisar* e *dissecar* um objeto como se faz com um fóssil ou com um corpo qualquer [...]. Denominamos de hermenêutica metodológica porque parte de uma concepção de conhecimento *dualístico* (seja o caso do dualismo metafísico grego-clássico ou do moderno), que supõe e conserva a cisão entre um objeto, por um lado, e um sujeito, por outro. Corpo e alma, teoria e práxis, idealismo e realismo constituem os diferentes dualismos pressupostos do conhecimento instrumentalizado da hermenêutica metodológica [...]. Ao decompor as partes de um todo, a hermenêutica metodológica pretende *extrair o sentido* como se esse fosse seu objeto exclusivo. Nesse caso, parte-se equivocadamente, do pressuposto segundo o qual o sentido é algo dado, fixo, que aguarda o momento adequado para ser des-velado, des-coberto, extraído. A atividade interpretativa metodológica parte do pressuposto equivocado segundo o qual a existência do sentido, como se fosse uma entidade nos moldes tradicionais da *ousia* ou do *eidos*”. ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008. p. 40-41.

¹⁶⁶ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 27.

¹⁶⁷ Como bem destaca Rohden “a hermenêutica filosófica possui a pretensão de superar o dualismo metafísico subjacente ao projeto epistemológico”. Porém, “superar não significa eliminar nem ignorar as polaridades próprias do real e de nós mesmos. Significa pensá-las, num todo, relacionalmente”. ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008. p. 51.

apropriar-se para se assenhorar. Conseqüentemente, compreender não poderia mais ter o significado para o indivíduo de apropriar-se definitivamente de um fato, como dono, de um fato pré-constituído, nem e fechado em si mesmo¹⁶⁸.

Com Heidegger, repita-se, a relação se inverte. A primeiríssima tarefa de qualquer interpretação será a de explicitar a própria pré-estrutura da compreensão. Assim, esclarece Grondin, para interpretar textos de maneira correta, exige-se que primeiro se torne transparente a própria situação hermenêutica, de modo que o estranho do texto possa fazer-se valer antes de tudo, sem que os preconceitos não esclarecidos do intérprete exerçam sua despercebida dominação, velando o específico do texto. O retorno reflexivo à própria pré-estrutura da compreensão tornaria primariamente possível controlar parcialmente a interpretação de fundo, para que a diversidade das coisas a serem desvendadas possa, em face dela, vir à tona¹⁶⁹.

A hermenêutica, desse modo, se constitui como teoria da compreensão e das condições nas quais a compreensão é possível¹⁷⁰. Compreender não é um modo de conhecimento, mas um modo de ser e de relacionar-se com o ser. Toda interpretação é uma interrogação constante destinada a incluir e a investir o sujeito que interpreta e a sua experiência presente e futura. Por isso que todo compreender é para o sujeito um compreender-se¹⁷¹. Isso permite que se diga que não há interpretação em abstrato. O homem somente compreende porque já conhece em parte algo: “podemos compreender mais e melhor porque fomos projetados a viver num mundo que nos compreendeu, que nos plasmou antes que soubéssemos disso.

¹⁶⁸ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 27.

¹⁶⁹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 166.

¹⁷⁰ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 20.

¹⁷¹ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 24-25. Como leciona Coreth: “toda compreensão apresenta uma ‘estrutura circular’, visto que só dentro de uma totalidade já dada de sentido uma ‘coisa’ se manifesta como uma ‘coisa’, e uma vez que toda interpretação – como elaboração da compreensão – se move no campo da compreensão prévia, pressupondo-a, portanto, como condições de sua possibilidade. ‘Toda interpretação, para produzir compreensão, deve já ter compreendido o que se vai interpretar’. Daí resulta ao mesmo tempo a essencial ‘estrutura de horizonte’ da compreensão e interpretação. A existência como ‘ser no mundo’ projeta o ‘mundo’ qual horizonte de sua autocompreensão. Toda compreensão de uma coisa, de um acontecimento ou de um estado de coisas em seu ‘sentido’ exige como condição e sua possibilidade o todo de um contexto de sentido – de uma totalidade de conexões, como diz o filósofo – de um mundo anteprojeto e precompreendido”. CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 23-24.

Não podemos negar o fato de que ‘nascemos a bordo’, na carona da história”¹⁷². Com efeito, essa estrutura circular da compreensão vai estabelecer que sempre nos compreendemos enquanto compreendemos o todo e que enquanto compreendemos o todo já sempre nos compreendemos, de modo a tornar-se impossível uma separação entre sujeito e objeto, “porque, no fato histórico, já sempre estamos, de certo modo, mergulhados, não podemos ter uma distância total, como na observação do fenômeno físico”¹⁷³.

A partir daí pode-se deixar claro que a fenomenologia hermenêutica de Heidegger é muito mais que uma simples análise da linguagem: ela tem a pretensão de poder construir um discurso no quais *os dois aspectos da linguagem* estejam presentes. Justamente isso vai produzir a diferença entre a *filosofia analítica* e a *fenomenologia hermenêutica*, uma vez que ela dá atenção aos dois lados do discurso: ao lado hermenêutico e ao lado apofântico, que também pode ser chamado de lógico analítico¹⁷⁴. É nessa dupla estrutura da linguagem que reside um dos pontos chave da teoria hermenêutica. São esses dois elementos – o *logos apofântico* e o *logos hermenêutico* – que irão constituir a distinção que dará material para que se possa depois falar numa hermenêutica filosófica¹⁷⁵.

Segundo Heidegger “na medida em que a proposição (o ‘juízo’) se funda na compreensão representando uma forma derivada de exercício de interpretação, ela *também* ‘possui’ um sentido”¹⁷⁶. Partindo das três acepções do termo proposição (como de-monstração, como predicado e como comunicação), Heidegger vai dizer que “*a proposição é uma demonstração que determina através da comunicação*”. A demonstração que a proposição faz se dá com base no que já se abriu na compreensão. A proposição necessita de uma visão prévia que desloque o

¹⁷² ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008. p. 38-39.

¹⁷³ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 42. Sobre isso, ainda partido da análise da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, Gadamer vai dizer que “quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. Traducción e introducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Editorial Tecnos, 1993. p. 356.

¹⁷⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 56.

¹⁷⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 27.

¹⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 211.

predicado a ser explicitado e indicado, incluindo-o implicitamente no próprio ente. Uma articulação do significado daquilo que se demonstra pertence, pois, à proposição enquanto comunicação determinante. A questão nodal é saber em que medida a proposição se tornou um modo derivado da interpretação, vale dizer, o que nela se modificou¹⁷⁷. Sobre o ponto, as palavras do próprio Heidegger:

O conteúdo com que a proposição determina algo simplesmente dado é haurido do ser simplesmente dado como tal. A estrutura ‘como’ da interpretação se modificou. O ‘como’ já não basta para cumprir a função de apropriar-se do que se compreende numa totalidade conjuntural. No tocante às suas possibilidades de articular relações de remissão, o ‘como’ separou-se da significância, constitutiva do mundo circundante. O ‘como’ é forçado a nivelar-se com o ser simplesmente dado. Afunda-se na estrutura de mera visão que determina o simplesmente dado. A vantagem da proposição consiste nesse nivelamento que transforma o ‘como’ originário da interpretação, guiada pela circunvisão, no ‘como’ de uma determinação do que é simplesmente dado. Somente assim a proposição adquire a possibilidade de pura visualização demonstrativa¹⁷⁸.

Heidegger diz que “a proposição já não pode negar a sua proveniência ontológica de uma interpretação compreensiva” e, desse modo, vai chamar de “‘como’ hermenêutico existencial o ‘como’ originário da interpretação que compreende numa circunvisão, em contraste ao ‘como’ *apofântico* da proposição”¹⁷⁹, vale dizer, que aponta para o fenômeno, a expressão do fenômeno em locução ou enunciado. O “como” hermenêutico realiza uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí¹⁸⁰. Afirmá-lo é reconhecer que as asserções derivam todas de um nível anterior de interpretação, enraizando-se todas elas nesse nível. Elas somente têm sentido quando consideradas nas suas raízes existenciais¹⁸¹.

A linguagem, dito de outro modo, é sempre marcada por uma *tensão estrutural*, sendo perpassada por uma dimensão de profundidade anterior à instância

¹⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 214-215.

¹⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 216.

¹⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 216.

¹⁸⁰ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 161.

¹⁸¹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 142.

proposicional. Conforme Manfredo de Oliveira, “em nível proposicional falamos dos entes, mas enquanto falamos dos entes, apontamos para o ser que é a condição de possibilidade do nosso falar sobre os entes”¹⁸².

Por conseguinte, a possibilidade de proferir uma sentença de caráter empírico ou de lidar com enunciados assertóricos predicativos pressupõe um certo *como* que é de caráter *a priori*¹⁸³. Essa estrutura prévia de sentido é condição de possibilidade, de modo que o significado só é sustentado porque, ao proferir uma sentença no nível lógico-semântico (apofântico) do discurso já se compreendeu, de antemão, algo que está nesse dizer¹⁸⁴. Assim, na questão da dupla estrutura da linguagem, sempre vai ficar evidenciado que a análise puramente lógica ou semântica é uma análise que esquece uma dimensão do compreender, já que se fixa no puramente presente do compreender¹⁸⁵. É por isso que “a locução coisifica, por assim dizer, a

¹⁸² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 222. Para Heidegger ente e ser já sempre são previamente encontrados a partir da diferença e no seio dela. Nesse sentido, afirma que “nosso pensamento representativo é assim organizado e constituído que ele aplica, por assim dizer antecipadamente, em toda parte, além do uso de seu intelecto e, contudo, dele emergindo, a diferença entre o ente e o ser”. Indo adiante no tema, pode-se dizer que “o ser se manifesta como fenômeno ao modo de uma ultrapassagem para o ente. Contudo, o ser não passa para o outro lado para junto do ente, deixando seu lugar, como se o ente pudesse, subsistindo primeiro sem o ser, ser apenas então abordado por ele. Ser ultrapassa (aquilo) para, sobrevém desocultando (aquilo) que unicamente através de tal sobrevento advém como desvelado a partir de si. Advento quer dizer: ocultar-se no desvelamento; portanto, demorar-se oculto no presente: ser ente. Ser mostra-se como sobrevento desocultante. Ente enquanto tal aparece ao modo do advento que se oculta no desvelamento”. HEIDEGGER, Martin. *Que é isto, a filosofia?: identidade e diferença*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2006. p.68-69). Bem associados os temas que envolvem a dupla estrutura da linguagem e o olhar metafísico, fica mais clara a lição de Heidegger no sentido de que “a metafísica corresponde ao ser enquanto *logos* e é conforme isto, em sua característica principal, em toda parte lógica, mas lógica que pensa o ser doente e de acordo com isto, a lógica, determinada pelo diferente da diferença: onto-teo-lógica. Na medida em que a metafísica pensa o ente enquanto tal, no todo, ela representa o ente a partir do olhar voltado para o diferente da diferença, sem levar em consideração a diferença enquanto diferença”. HEIDEGGER, Martin. *Que é isto, a filosofia?: identidade e diferença*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2006. p. 73-74).

¹⁸³ STEIN, Ernildo. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras: a aporia da filosofia analítica. In: SULIANI, Antônio (Org.). *Etnias & carisma: poliantéia em homenagem a Rovílio Costa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 438.

¹⁸⁴ STEIN, Ernildo. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras: a aporia da filosofia analítica. In: SULIANI, Antônio (Org.). *Etnias & carisma: poliantéia em homenagem a Rovílio Costa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 438.

¹⁸⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 59. Não somente a filosofia analítica, mas também a hermenêutica clássica se encontra limitada ao *logos* apofântico, como assevera Rohden: “Enquanto metodológica, a hermenêutica reduz sua atividade e validade ao nível do *logos apofântico*, em detrimento do ainda-não-dito. Ela delimita o interpretar ao mundo do dito, ignorando sua outra margem, o não-dito, reduzindo este ao plano do não-ser em sentido parmenidiano. Apenas o convertido ao plano do dito é tido e reconhecido como válido pela hermenêutica metodológica”. ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008. p. 42.

relação originária, i.é, a hermenêutica, de modo que ‘o com quê do ter-de-fazer’ é transformado ‘no sobre quê de uma indicação’¹⁸⁶. Ir além do teorizável, do apofântico, caracteriza o aspecto prático da filosofia hermenêutica¹⁸⁷.

Com isso, se está a dizer da impossibilidade de uma “analiticidade perfeita”. O “como” hermenêutico existe, segundo Stein, “como compensação de uma semântica imperfeita que impede um significado absoluto, uma espécie de elemento anterior, simultâneo, mas anterior como possibilidade de podermos proferir sentenças, enunciados de caráter assertórico predicativo”¹⁸⁸. Em outras palavras, Grondin vai dizer que é uma visão muito restrita da lógica reduzir a linguagem a uma mera predicação, ao processo de atribuir propriedades a um sujeito presente, sem dar-se conta, ao mesmo tempo, do *ser-aí* que também se expressa¹⁸⁹.

O “método”¹⁹⁰ fenomenológico desenvolvido por Heidegger vai ser dar, pois, através do binômio do velamento e do desvelamento: “através do velamento, o sentido mostra que algo sempre já antecipadamente se deu como condição de possibilidade do discurso que, entretanto, é ocultado pelo discurso”. Com efeito, no

¹⁸⁶ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 171.

¹⁸⁷ Conforme Stein: “enquanto que o compreender tem um caráter antecipador. Ele tem o caráter de uma antecipação das possibilidades do indivíduo. Neste sentido o compreender se liga àqueles dois aspectos fundamentais da filosofia que explicitarei, quando dizia que a filosofia se ocupava, ao mesmo tempo, com a verdade das proposições com que se descreve o que é, e com a fundamentação das proposições que descrevem como devemos agir. Heidegger procura dar ao compreender estes dois elementos: o teórico e o prático. O compreender sempre é, ao mesmo tempo, algo que se pode explicitar na linguagem que manifesta algo, mas o compreender também é algo que faz parte do modo de ser-no-mundo. Então o compreender para Heidegger está ligado tanto ao universo cognitivo que se ocupa com as coisas no mundo e faz parte do universo cognitivo que fala sobre o mundo. O compreender faz parte do universo das ciências e faz parte do universo da filosofia. Há sempre estas duas dimensões que se complementam e neste sentido a filosofia não pode saber mais do que a ciência sabe. Porque é a ciência que se ocupa com os objetos através de um compreender determinado”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 59-60.

¹⁸⁸ STEIN, Ernildo. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras: a aporia da filosofia analítica. In: SULIANI, Antônio (Org.). *Etnias & carisma: poliantéia em homenagem a Rovílio Costa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 440.

¹⁸⁹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 173.

¹⁹⁰ Como bem adverte Stein “sempre dispomos de um método provisório para chegar ao objeto. Mas na medida em que vamos desenvolvendo o objeto, podemos ir corrigindo nosso método. Método e objeto vão se corrigindo sucessivamente; e talvez em um momento determinado da investigação se possa dar uma parada que chamaria de metodológica, e nessa parada metodológica fazer uma avaliação do que se conseguiu. [...] A ideia de situação hermenêutica é uma ideia riquíssima. Na medida em que ela sempre implica a posição do pesquisador, a posição do método e a posição da reavaliação do método [...]. Método fenomenológico [...] não é, portanto, o método como procedimento formal, mas é um método que se mantém sob constante controle, em constante revisão e sobretudo, conforme as exigências do objeto, forma, explicitação e descrição dos fenômenos”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 54-55.

nível lógico-semântico de algo, estamos simplesmente pressupondo algo do qual não tratamos, mas que está presente, algo que, de certo modo, está velado¹⁹¹. A

¹⁹¹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 56. A perspectiva metodológica de Heidegger vai permitir a ele desenvolver uma noção de “verdade” distinta daquela concebida pela metafísica clássica e pela metafísica moderna, ambas presas à noção de representação. Isso tudo está bastante claro nas lições de Richard Palmer: “em ‘a doutrina da verdade em Platão’ Heidegger aborda a famosa alegoria da caverna. Em todos os seus aspectos a alegoria sugere que a verdade é desocultação, pois saímos da caverna, para a luz, e regressamos à caverna; mas a concepção de verdade como ‘correspondência’ acabou por predominar sobre a concepção mais dinâmica da verdade como desocultação. A verdade transformou-se em visão correcta e o pensamento transformou-se numa questão de colocação de ideias face à visão da mente, isto é, transformou-se em manipulação adequada de ideias [...]. Heidegger sustenta que, à medida que tudo se ordena de acordo com a concepção das ideias e com a ideação, e, mais importante ainda, de acordo com o conceito de razão, vai-se perdendo a concepção primitiva da verdade como revelação. O homem ocidental já não sente o ser como algo que constantemente aparece e desaparece do seu alcance; antes o vê sob a forma da presença estática de uma ideia. A verdade torna-se algo que se vê: «orthotes, correcção da percepção e da asserção» O. Isto significa que o pensamento que visa a verdade, não se fundamenta na existência, mas sim na percepção de uma ideia: o ser não é concebido em termos de experiência vivida mas em termos de ideia — estaticamente, como presença constante e atemporal [...]. Numa conferência realizada em Junho de 1938, intitulada ‘A fundamentação da imagem moderna do mundo pela metafísica’, Heidegger traça as conseqüências que teve esta abordagem geral da verdade e do pensamento quando unida com a perspectiva cartesiana, pois com Descartes, o pensamento ocidental sofre uma nova e decisiva viragem. A verdade para Descartes, é mais do que mera adequação entre aquele que conhece e o que é conhecido, é a *certeza racional que o sujeito tem* desta adequação. Tal facto, traz como conseqüência o facto de o sujeito humano ser considerado como o último ponto de referência no que se refere ao estatuto de tudo aquilo que é visto. Isto significa que cada ser apenas o é em termos da polaridade sujeito-objecto entre a consciência e os objectos da consciência. Aquilo que é conhecido não é visto, em última instância, como uma entidade ontologicamente independente que se apresenta tal qual «é», revelando-se-nos e manifestando-se-nos no poder que tem de existir; aquilo que é conhecido antes é encarado como objecto, como algo que o sujeito consciente apresenta a si próprio. Porque o estatuto do mundo se fundamenta na subjectividade humana passa a centrar-se no sujeito, e a filosofia passa a centrar-se na consciência [...]. Subjectivismo é um termo mais lato do que subjectividade pois significa que o mundo é considerado como sendo essencialmente medido pelo homem. Nesta perspectiva o mundo tem sentido apenas relativamente ao homem, cuja tarefa é dominar o mundo”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 147-149. Em *Ser e Tempo* já é possível verificar que Heidegger critica a noção de verdade como correspondência: “A ideia de concordância não é, de forma alguma, a ideia primária do conceito de alethéia. O ‘ser verdadeiro’ do *logos* enquanto discurso diz: retirar de seu velamento o ente sobre o que se discorre [...] e deixar e fazer ver o ente como algo desvelado, em suma *descobrir*. Do mesmo modo, o ‘ser falso’ diz enganar no sentido de *en-cobrir*: colocar uma coisa na frente de outra (deixar e fazer ver) e assim propô-la *como* algo que ela *não* é [...]. Justamente porque ‘verdade’ tem este sentido e o *logos* é um modo determinado de deixar e fazer ver, o *logos não* pode ser apontado como o ‘lugar’ primário da verdade. Quando, hoje em dia, se determina a verdade como o que pertence “propriamente” ao juízo e se faz remontar a tese a Aristóteles, comete-se um duplo equívoco, pois essa atribuição a Aristóteles não é correcta e, principalmente, deturpa-se o conceito grego de verdade. Em sentido grego, o que é ‘verdadeiro’, de modo ainda mais originário do que o *logos* acima mencionado, é a simples percepção sensível de alguma coisa. ‘Verdadeiro’, no sentido mais puro e originário, isto é, no sentido de só poder des-cobrir e nunca poder en-cobrir, é [...] a percepção que percebe singelamente as determinações mais simples do ser dos entes como tais. [...] a ‘verdade do juízo’, porém, é um fenómeno de verdade *derivado em muitos aspectos*. Tanto o realismo como o idealismo se equivocam no que respeita ao sentido grego de verdade. Somente nesse conceito é que se poderá compreender filosoficamente a possibilidade de uma ‘teoria das ideias’”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 63-64. A filosofia hermenêutica trabalha com um conceito

analiticidade encontra, diante do mundo prático, o seu limite. É que o mundo – contexto prático no qual o homem se move – não pode ser descrito em enunciados verdadeiros ou falsos. Ele é pressuposto como uma estrutura prévia de sentido que garante a possibilidade do significado¹⁹².

Por isso que, aquele que quer entender hermeneuticamente um assunto linguístico deve sempre considerar conjuntamente o que não é expresso de imediato por ele, mas que é pensado com ele. Grondin esclarece muito bem esse ponto, afirmando que “a orientação do olhar hermenêutico não se direciona contra a linguagem. O seu objeto também não paira ‘antes’ da linguagem, em qualquer sentido trivial, mental ou esotérico. Ela só quer que a linguagem seja recebida por sua vontade de expressão, contra o sentido potencialmente objetivante, que se fixa no conteúdo meramente lógico do que foi expresso”¹⁹³.

de verdade distinto daquele própria da filosofia analítica. É nesse sentido que Stein vai dizer que é possível falar em duas verdades. Existe, segundo ele, “verdade como propriedade das proposições pelas quais nos comunicamos e existe a verdade como fundamento da verdade das proposições. Esta segunda não precisamos chamar de verdade, podemos dar-lhe, por exemplo, o nome de sentido. O sentido sustenta a verdade das proposições. Os lógicos darão a essa segunda verdade outros nomes. Quando falam em sentido irão explicar o sentido de uma maneira muito diferente, de tal forma que este sentido não levaria ao surgimento da hermenêutica. Podemos imaginar imediatamente que, se a verdade como propriedade das sentenças é analisada pela lógica, temos uma verdade que se dá pela análise lógica, enquanto a outra verdade se dá pela interpretação. A interpretação, desse ponto de vista dos lógicos, é o modo deficiente de acesso à realidade. É o modo deficiente para a eficácia lógica do discurso que comunica. Se, no entanto, não houvesse esse modo *deficiente* anterior, não teríamos o discurso lógico”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 27-28.

¹⁹² STEIN, Ernildo. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras: a aporia da filosofia analítica. In: SULIANI, Antônio (Org.). *Etnias & carisma: poliantéia em homenagem a Rovílio Costa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 441. Explica Stein que “as formas puras não são formas que estão no mundo, independente do mundo concreto do ser humano. Se não houvesse esse mundo da compreensão no segundo sentido, não teríamos também a compreensão no primeiro sentido, no sentido lógico. Portanto, essa primeira compreensão é condição de possibilidade da segunda. É claro que esta primeira compreensão não resulta de uma análise lógica do discurso, dos enunciados que compõem um discurso, mas resulta da descrição daquilo que é condição de possibilidade do discurso. Esse segundo conteúdo é onde sujeito e objeto não se separam inteiramente porque, justamente, a unidade que se faz no nível lógico através da união entre sujeito e objeto ou entre termo singular e termo geral numa sentença, essa síntese que se faz, pressupõe algo que a possibilite. E isso que a possibilita é exatamente o mundo da compreensão enquanto produto de um elemento hermenêutico. Podemos então dizer que, no nosso discurso comum, filosófico, científico, encobrimos esse segundo discurso, porque não precisamos explicitamente dele. Mas ele está dado [...]. Justamente a hermenêutica teve como novidade abrir mundo onde se dá uma compreensão que não se reduz lógico-semântico, mas que não o dispensa [...]. Sempre que utilizamos o discurso do nível lógico-semântico, estamos pressupondo algo mais profundo. Olhamos isso a partir de uma expressão contemporânea que se usa na antropologia: ela estuda a *estrutura do sentido*”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 28-29.

¹⁹³ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 172.

2.1.6 A Hermenêutica Filosófica de Gadamer

Se em Heidegger a filosofia passa a ser hermenêutica, em Gadamer a hermenêutica toma o lugar de substantivo e, partindo da herança heideggeriana, torna-se filosófica. Como bem adverte Stein, “para Heidegger, a hermenêutica será basicamente, um adjetivo, cuja função é qualificar a fenomenologia e, em sentido mais amplo, a filosofia. Em Gadamer, ao contrário, o que importará é afirmar o substantivo *hermenêutica* na linha de sua tradição histórica, acrescentando-lhe o adjetivo *filosófica*”¹⁹⁴. Essa inversão entre adjetivo e substantivo operada por Gadamer deixa bastante claro que sua hermenêutica filosófica tem como pressuposto o pensamento de Heidegger, notadamente os conceitos de compreensão e de círculo hermenêutico por ele desenvolvidos. Gadamer “recuou diante das pretensões da filosofia hermenêutica de Heidegger, mas, ao mesmo tempo, ampliou a compreensão da hermenêutica, dando-lhe uma envergadura extraída da própria filosofia”¹⁹⁵.

Deixe-se bastante claro que o objetivo de Gadamer não é fornecer normas técnicas para a interpretação¹⁹⁶, nem articular uma ciência da compreensão como teoria da arte de compreender¹⁹⁷. Antes, pretende esclarecer o próprio fenômeno da interpretação, questionando como é possível

¹⁹⁴ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 14. Lembre-se que “a filosofia, para Heidegger, consistia nessa forma de pensamento que dependia, em sua radicalidade, da distinção entre o propriamente hermenêutico, da analítica existencial, e aquele âmbito que investigava as questões lógicas e da enunciação. Assim o filósofo introduzira um conceito de transcendental ligado ao problema do compreender que era, ao mesmo tempo, um existencial do *ser-aí* como modo de ser no mundo, e remetia para a compreensão do ser”. STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 13.

¹⁹⁵ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 13. Segundo Gadamer, “uma vez que a compreensão sempre é também o atingimento de uma autocompreensão mais ampla e profunda, a hermenêutica é filosofia e, enquanto filosofia, filosofia prática”. GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 77.

¹⁹⁶ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 17.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 227.

a compreensão, não só nas ciências humanas¹⁹⁸, mas em toda a experiência humana sobre o mundo¹⁹⁹. O próprio Gadamer vai dizer que a hermenêutica filosófica, longe de ser um procedimento da interpretação, descreve somente o que sempre sucede e especialmente sucede nos casos em que uma interpretação tem êxito²⁰⁰.

¹⁹⁸ Conforme Zaccaria, “riconoscere e rivendicare l’universalità del problema ermeneutico non assume dunque per Gadamer il significato ottocentesco di un’*actio finium regundorum* tra scienza e filosofia [...] bensì di far avanzare al centro della riflessione l’istanza del significato del procedimento ermeneutico, in quanto tale, non solamente per l’ambito limitato delle scienze dello spirito, ma per la totalità dell’esperienza”. ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 18.

¹⁹⁹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 168. O termo experiência adquire aqui uma amplitude que, de certo modo, substitui aquilo que no universo lógico-semântico se chama dedutivo. Com essa expressão Gadamer quer sugerir a possibilidade de se descrever uma totalidade, que é a totalidade da experiência de mundo: “há, portanto, um universo fundamental do ser humano que pode ser descrito por essa experiência”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 69-70. De acordo com o próprio Gadamer, “quando se considera a experiência na perspectiva do seu resultado, passa-se por cima do verdadeiro processo da experiência. Esse processo é essencialmente negativo. Ele não pode ser descrito simplesmente como a formação, sem rupturas, de universalidades típicas. Essa formação se dá, antes, pelo fato de as falsas universalizações serem constantemente refutadas pela experiência; as coisas tidas por típicas são destipificadas. Na linguagem isso se dá ao falarmos de experiência num duplo sentido; de um lado, as experiências que correspondem às nossas expectativas e as confirmam; de outro, a experiência que se ‘faz’. Essa, a verdadeira experiência, é sempre negativa. Quando fazemos uma experiência com um objeto significa que até então não havíamos visto corretamente as coisas e que só agora nos damos conta de como realmente são. Assim, a negatividade da experiência possui um sentido marcadamente produtivo. Não é simplesmente um engano que é visto e corrigido, mas representa a aquisição de um saber mais amplo”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 461-462. Em outra passagem, Gadamer vai dizer que “experiência é, portanto, experiência da finitude humana. É experimentado, no autêntico sentido da palavra, aquele que tem consciência dessa limitação, aquele que sabe que não é senhor do tempo nem do futuro [...] a verdadeira experiência é aquela na qual o homem se torna consciente de sua finitude. Nela, a capacidade de fazer e a autoconsciência de uma razão planificadora encontram seu limite [...] reconhecer o que toda expectativa e toda planificação dos seres finitos é, por sua vez, finita e limitada. A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 466-467.

²⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 77. Isso fica mais claro ainda no prefácio à segunda edição da obra “Verdade e Método”, em que Gadamer afirma: “o fato de eu ter-me servido da expressão ‘hermenêutica’, que vem carregada de uma longa tradição, conduziu certamente a mal-entendidos. Não foi minha intenção desenvolver uma ‘doutrina da arte’ do compreender, como pretendia ser a hermenêutica mais antiga. Não pretendia desenvolver um sistema de regras artificiais capaz de descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou que pudesse até guiá-lo. Minha intenção tampouco foi investigar as bases teóricas do trabalho das ciências do espírito, a fim de transformar em práticas os conhecimentos adquiridos. Se das investigações apresentadas aqui surgir alguma consequência prática, isso certamente não corre para um ‘engajamento’ não científico, mas em vista da proibição ‘científica’ de reconhecer o engajamento que atua em todo compreender. Minha verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo

O pano de fundo da hermenêutica filosófica de Gadamer é a crítica que este faz à filosofia da consciência e ao método, entendido como caminho para a obtenção da verdade. Gadamer é, segundo Palmer, um crítico ferrenho da rendição moderna ao pensamento tecnológico – radicado na consideração da consciência humana subjetiva – e das certezas da razão que nela se fundam, como se constituíssem um ponto de referência último para o conhecimento humano²⁰¹. Com isso, pretende mostrar que a constituição do sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história²⁰² e que não há um ponto de Arquimedes a partir do qual o sujeito possa, a partir do método, conhecer os objetos²⁰³. Afinal, o método sempre comporta uma objetivação que é uma restrição da experiência real, um recorte com base em critérios pré-constituídos e parciais, abstraído a totalidade das suas reações com o inteiro do mundo histórico²⁰⁴. Daí a ironia do título da sua obra mais conhecida “Verdade e Método”. O que Gadamer quer deixar claro é que o método não é o caminho para a verdade²⁰⁵. Por isso o título da sua obra não deve ser lido como Verdade e Método, nem como Verdade *ou* Método, mas, sim, como Verdade e *não* Método²⁰⁶ ou, como prefere Ernildo Stein, Verdade *contra* o Método²⁰⁷. Verdade e método, dessa forma, “efetuará uma crítica

Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 14.

²⁰¹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 169.

²⁰² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 227.

²⁰³ Conforme Palmer, “a situação interpretativa não é mais a de uma pessoa que interroga e a de um objecto, devendo aquele que interroga construir «métodos» que lhe tornem acessível o objecto pelo contrário, aquele que interroga descobre-se como sendo o ser que é interrogado pelo tema (Sache). Numa situação destas «o esquema sujeito-objecto» é enganador pois o sujeito torna-se agora objecto. Na verdade, o próprio método é geralmente encarado como estando no interior do contexto da concepção sujeito-objecto da situação interpretativa do homem, servindo de fundamento ao pensamento moderno, manipulador e tecnológico”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 170.

²⁰⁴ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 93.

²⁰⁵ No mesmo sentido, Palmer afirma: “O próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de Gadamer é irônico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do homem metódico. A compreensão não se concebe como um processo subjectivo do homem face a um objecto mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão, como processo ontológico — o processo ontológico — do homem. O resultado destas reinterpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica «filosófica» de Gadamer”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 168.

²⁰⁶ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 94.

²⁰⁷ Sobre o ponto, a lição de Ernildo Stein: “gostaria de mostrar porque Gadamer, no seu livro mais importante, fala em *Verdade e método*. Justamente porque na tradição lógico-semântica, toda a

fundamental à obsessão metodológica, revelada na preocupação pela cientificidade das ciências do espírito”²⁰⁸.

Gadamer vai partir, portanto, da estrutura prévia da compreensão desenvolvida em Heidegger e da historicidade intrínseca da existência humana, para desenvolver sua hermenêutica filosófica. Na medida em que, de acordo com a concepção heideggeriana, não compreendemos um dado texto, tema ou situação, com uma consciência vazia, temporariamente preenchida com a situação em causa – mas, sim, mantemos na nossa compreensão e fazemos atuar uma intenção preliminar relativamente à situação, um modo de ser já estabelecido e algumas concepções ideacionais –, torna-se inconcebível uma visão ou uma compreensão pura da história, sem referência ao presente²⁰⁹. Com efeito, sujeito que compreende faz parte da história e este estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por preconceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente²¹⁰.

Consequentemente, tem-se que o sujeito é finito: ele ocupa um ponto no tempo determinado de muitos modos pela história²¹¹. Não se pode olvidar que a hermenêutica da facticidade, resgatada por Gadamer, quer dizer que a “interpretação do mundo é a interpretação da condição fática do ser humano”, o que impele concebê-la também como “a soma de todos os elementos históricos, elementos culturais, nas quais estamos enraizados na história humana”²¹². Conforme ensina Stein, “nós nunca somos um puro projeto, porque já sempre somos

verdade está ligada ao método – método dedutivo e o método indutivo, fundamentalmente. Gadamer quando dá título *Verdade e método* ao livro no qual trata da chamada hermenêutica filosófica, faz isso também como provocação. Ficamos duvidando se é *Verdade e método*, *Verdade ou método ou Verdade contra o método*. Em geral leio o título como *Verdade contra o método*. Por que isso? Porque o autor tenta mostrar, nas três partes do livro, que existem, no nível da experiência da arte, no nível do conhecimento histórico e no nível da linguagem, três verdades que não são verdades produzidas pelo método lógico-analítico. Portanto, ao nível da arte, ao nível da história e ao nível da linguagem, temos um tipo de experiência que produz uma verdade que não é de caráter lógico semântico. Essa, no fundo, é a ideia da obra. É um tipo de verdade à qual temos acesso por caminhos totalmente diferentes dos quais estão estabelecidos pelo conhecimento científico em geral. Nessa obra faz-se o estabelecimento maduro das ideias daquilo que se pode chamar de *hermenêutica filosófica*”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 47.

²⁰⁸ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 182.

²⁰⁹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 180.

²¹⁰ STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em filosofia. *Revista Síntese*, [S.l.], v. 10, n. 29, p. 30, set./dez. 1983.

²¹¹ STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em filosofia. *Revista Síntese*, [S.l.], v. 10, n. 29, p. 30, set./dez. 1983.

²¹² STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 70.

projetados”, equivale dizer que a facticidade já está determinada por condições anteriores à compreensão do ser, ao projeto da compreensão. E, sendo assim, “na medida em que no compreender está a antecipação do nosso poder ser, então essa pertença, essa vinculação com o problema da tradição que se torna importante na exposição de Gadamer”²¹³. Nessa perspectiva, o filósofo trabalha com um conceito de historicidade que não se confunde com a perspectiva de Dilthey, o qual teria se enredado na aporia do historicismo, na medida em que este, apesar de todo o reconhecimento da historicidade universal do saber humano, tem como objetivo um saber absoluto da história²¹⁴.

O conceito de círculo hermenêutico como sendo ontológico e, pois, universal, permitirá a Gadamer reconhecer que a historicidade do ser não é uma limitação, mas, sim, um princípio da compreensão. Por isso ele vai se esforçar por revalorizar o termo pré-conceito, que, na leitura que Coreth faz de Gadamer, “não significa outra coisa senão uma ‘precompreensão’ historicamente transmitida e ainda cientificamente irrefletida, a qual, independentemente da medida em que alcança o pleno sentido da coisa, já permite um primeiro acesso à compreensão”²¹⁵. A própria noção de círculo hermenêutico deverá levar em conta que a compreensão tem por pressupostos pré-compreensões que nem sempre são visíveis para o intérprete. Nesse sentido, as palavras do próprio Gadamer:

Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”. [...] Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heroica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro

²¹³ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 71.

²¹⁴ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 185. Com Gadamer, “a historicidade não representa mais uma delimitação restritiva da razão e de seu postulado de verdade, sendo, antes, uma condição positiva para o conhecimento da verdade. Com isso, a argumentação do relativismo histórico perde todo fundamento real. A exigência de um critério de verdade absoluta revela-se como um ídolo metafísico abstrato e perde todo seu significado metodológico. A historicidade deixou de evocar o fantasma do relativismo histórico”. GADAMER, Hans-Georg. *A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 125-126.

²¹⁵ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 24-25.

sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido²¹⁶.

Desse modo, Gadamer vai se preocupar em desenvolver a noção de pré-conceito. Em si mesmo, o termo quer dizer “um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão”²¹⁷. O termo, no entanto, não deve ser considerado somente numa conotação negativa, a qual se deve a sua utilização como uma decisão judicial anterior à sentença definitiva em um processo judicial. Por isso as palavras francesas *préjudice* e *praeiudicium* podem ambas significar desvantagem, embora tal negatividade seja secundária, uma vez que “a consequência negativa repousa justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente”²¹⁸. Assim, “pré-conceito” não significa “falso juízo, uma vez que

²¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 355-356.

²¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 360.

²¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 360. No processo civil essa polissemia da palavra prejuízo foi bem apontada por Ovídio A. Baptista da Silva, o qual, inclusive, cuidou de explicar de que modo tudo isso veio a refletir no conceito de decisão interlocutória. Segundo Ovídio, a palavra prejuízo – conceito nuclear do conceito de decisão interlocutória – equivaleria tanto a decisão prévia (prejulgamento), quanto a dano, no sentido de prejuízo material eventualmente sofrido pelo litigante, e que, tanto quanto um julgamento definitivo (no sentido de final e irrevogável), poderá revestir-se de caráter irreparável. No entanto, para se manter fiel aos preceitos que da ordinariedade, o conceito de prejuízo acabou sendo pensando exclusivamente no sentido material, e não como prejulgamento. A decisão interlocutória não prejudica a decisão principal – a sentença –, na medida em que, no plano normativo, será sempre provisória – no sentido de que poderá ser modificada pela sentença, em que efetivamente julgado o mérito. Assim, “antecipar efeitos é possível, o que a ordinariedade não tolera é a antecipação da decisão de mérito”. Com efeito, sob a ótica do sistema brasileiro, a decisão que antecipa a tutela, por não ter aptidão de julgar o mérito de forma definitiva, não passará de uma decisão interlocutória. A questão tem repercussão direta no regime recursal brasileiro, pois o direito brasileiro submete ao mesmo regime recursal as decisões verdadeiramente interlocutórias e os provimentos que, regulando provisoriamente o *meritum causae*, deveriam ser considerados como uma sentença liminar. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Revista da *AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 18, n. 51, p. 137-141, mar. 1991.

seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente”²¹⁹. É nesse contexto que Gadamer vai falar em prejuízos legítimos (pré-juízo) ou pré-conceitos legítimos, num matiz positivo, obscurecida pelo iluminismo a partir do princípio da dúvida cartesiana²²⁰. É a partir dessas considerações que Gadamer vai assentar “os *preconceitos como condição da compreensão*” e desenvolver alguns temas chave do seu pensamento, como a questão da tradição, o significado hermenêutico da distinção temporal e o princípio da história efetual²²¹.

²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 360.

²²⁰ Conforme Gadamer, “o termo alemão *Vorurteil* (pre-conceito) – assim como o termo francês *préjugé* mas de modo ainda mais pregnante – parece ter sido restringido, pela *Aufklärung* e sua crítica religiosa, ao significado de ‘juízo não fundamentado’. É só a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal), que confere ao juízo sua dignidade. Aos olhos do *Aufklärung*, a falta de fundamentação não deixa espaço a outros modos de validade, pois significa que o juízo não tem um fundamento na coisa em questão, que é um juízo ‘sem fundamento’. Essa é a conclusão típica do espírito do racionalismo. Sobre ele funda-se o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los totalmente. Na medida em que escolheu esse lema, a ciência moderna seguiu o princípio da dúvida cartesiana de não aceitar por certo nada sobre o que exista alguma dúvida, junto com a concepção do método que corresponde a essa exigência”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 361. Quando Gadamer aborda a questão do descrédito sofrido pelos preconceitos a partir do iluminismo acaba por deixar mais clara ainda a questão que envolve a obsessão epistemológica do historicismo, a partir da inversão operada pelo romantismo nas premissas do iluminismo: “arremetendo contra a crença na perfeição da *Aufklärung*, que sonha com a plenitude da liberação de toda ‘superstição’ e de todo preconceito do passado, os tempos primitivos, o mundo mítico, a vida ainda não rompida nem dilacerada pela consciência numa ‘sociedade natural’, o mundo da cavalaria cristã, alcançam agora um feitiço romântico e inclusive preferencial com respeito à verdade. A inversão da premissa da *Aufklärung* tem como consequência a tendência paradoxal da restauração, isto é, a tendência de restabelecer o antigo porque é antigo, a voltar conscientemente ao inconsciente etc. e culmina no reconhecimento de uma sabedoria superior nos tempos originários do mito. E é justamente essa inversão romântica do critério de valor da *Aufklärung* que consegue perpetuar a premissa deste, a oposição abstrata entre mito e razão. Toda crítica da *Aufklärung* continuará agora o caminho dessa reconversão romântica do mesmo. A crença na perfectibilidade da razão se converte na crença da perfeição da consciência ‘mítica’ e se reflete em um estado originário paradisíaco anterior à queda no pecado de pensar. Na realidade, a premissa da misteriosa obscuridade, onde se encontra uma consciência coletiva mítica anterior a todo pensamento é tão dogmática e abstrata quanto um estado perfeito de esclarecimento total ou de saber absoluto”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 364.

²²¹ Coreth, embora adote posição similar àquela defendida por Gadamer, prefere utilizar o termo pré-compreensão ao invés de preconceito ou prejuízos em sentido positivo: “a ‘pré-compreensão’ – conceito que sem dúvida procede de Heidegger em seu conteúdo [...] torna-se para Gadamer o ‘prejuízo’, cuja significação positiva ele procura salientar. Embora preconceitos historicamente condicionados permitam um primeiro acesso de compreensão do objeto, e ainda que o termo ‘preconceito’ tenha recebido um sentido negativo e depreciativo só à luz do racionalismo e do iluminismo, perante o ideal de uma ciência sem pressuposições, ou seja, sem preconceitos, a tentativa de Gadamer, de valorizar o conceito, quase não surtiu efeito. De fato, pela palavra (prejuízo ou preconceito) entendemos um juízo ou conceito preconcebido, já fixado de antemão e que, como tal, é fechado em si, não permitindo ao olhar dirigir-se à coisa, mas desfigurando-o. Quanto aos fatos essenciais, a saber, que uma pré-compreensão fica sendo e deve ser aberta,

É preciso enfrentar, primeiramente, a questão da concepção de autoridade como fonte de preconceitos, presente no iluminismo, em que há uma verdadeira oposição excludente entre a autoridade e a razão, essa a base última do conhecimento²²². É verdade que, enquanto a autoridade ocupar o lugar do juízo próprio, ela será uma fonte de preconceitos. No entanto, adverte Gadamer, “isso não exclui o fato de que ela pode ser também uma fonte de verdade, o que a *Aufklärung* ignorou em sua pura e simples difamação generalizada contra a autoridade”²²³. Na verdade, o iluminismo teria deformado o próprio conceito de liberdade, que acabou sendo referido ao posto de razão e liberdade, como uma espécie de obediência cega²²⁴.

A essência da autoridade, no entanto, é algo totalmente diverso. Seu fundamento último reside num ato de reconhecimento e de conhecimento: “reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo”²²⁵. No intuito de afirmar uma noção de autoridade pertencente ao contexto de

que progride e se amplia constantemente, que, à medida que a compreensão se adianta ela deixa refutar e retificar, tudo isso não se exprime por meio de ‘preconceito’, que, antes, sugere a representação contrária. Por isso parece mais indicado e mais justo falar, não de preconceito ou prejuízo, mas de pré-compreensão, a qual, em todo caso, enquanto se exprime num juízo, pode tornar-se preconceito e até mesmo um prejuízo preconcebido, que desfigura o olhar”. CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 87.

²²² Na verdade, o iluminismo divide os preconceitos basicamente em preconceitos de autoridade e por precipitação, pressupondo que o uso metodológico e disciplinado da razão seria suficiente para proteger o indivíduo de qualquer erro. Conforme Gadamer, “esta é a ideia cartesiana do método. A precipitação é a verdadeira fonte de equívocos que induz ao erro no uso da própria razão. A autoridade, ao contrário, é culpada de que não façamos uso da própria razão. A distinção se baseia, portanto, numa oposição excludente entre autoridade e razão. Importa combatermos a fala e prévia aceitação do antigo, das autoridades. A *Aufklärung* considera, por exemplo, que o grande feito reformador de Lutero consiste em ter debilitado profundamente ‘o preconceito da estima humana, sobretudo a estima filosófica (referindo-se a Aristóteles) e a estima ao papado romano...’ Assim, a reforma fomenta o florescimento da hermenêutica que deve ensinar a usar corretamente a razão na compreensão da tradição. Nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda e qualquer imposição”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 368-369. Deixe-se claro que a hermenêutica de que Gadamer fala aqui é a hermenêutica clássica, e não a hermenêutica filosófica por ele desenvolvida.

²²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 370.

²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 371.

²²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 371. Isso implica, segundo Gadamer, “que, se alguém tem pretensões à autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser

uma teoria dos preconceitos e libertada dos extremismos do iluminismo, Gadamer vai defender uma forma de autoridade que tinha sido defendida pelo romantismo, que é a tradição. A grande questão é que aquilo que é consagrado pela tradição e pela herança histórica “possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento”²²⁶.

A tradição, portanto, tem validade sem precisar de fundamentação. Ao lado dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as instituições humanas e comportamentos²²⁷. Ela se apresenta como o contrário abstrato da autodeterminação livre, na medida em que sua validade não necessita de fundamentos racionais, pois, de modo espontâneo, determina o homem. Isso não significa uma noção de tradição nos moldes da crítica romântica, em que aquilo que é transmitido se conserva sem rupturas, a despeito das dúvidas e das críticas: “é, antes, uma reflexão crítica própria, que aqui se volta de novo para a verdade da tradição, procurando renová-la”²²⁸.

Com efeito, a investigação das ciências do espírito não pode ver a si própria em oposição pura e simples ao modo como o homem se comporta em relação ao passado na sua qualidade de ser histórico. No constante comportamento do homem em relação ao passado o que está em questão não é o distanciamento, nem a

alcançada. Ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada. A compreensão correta desse sentido de autoridade não tem nada a ver com a obediência cega a um comando. Na realidade, autoridade não tem a ver com obediência, mas com *conhecimento*”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 371.

²²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 372.

²²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 373.

²²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 373. O conceito de tradição desenvolvido por Gadamer não se confunde com aquele que foi desenvolvido pelo romantismo: “entre tradição e a razão não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional. Por mais problemática que seja a restauração consciente de tradições ou a criação consciente de tradições novas, também a fé romântica nas ‘tradições que vingaram’, ante as quais deveria silenciar toda a razão, acaba sendo preconceituosa e, no fundo, fiel à *Aufklärung*. Na realidade, a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 373).

liberdade frente ao que é transmitido, uma vez que o homem se encontra sempre inserido na tradição, mas não de modo objetivo. Vale dizer, aquilo que a tradição diz não pode ser pensado como estranho ou alheio. Trata-se de um reconhecer a si mesmo no qual o juízo histórico posterior não verá tanto um reconhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição²²⁹.

É por isso que Palmer, ao tratar da obra de Gadamer, vai dizer que “a tradição não se coloca contra nós; ela é algo em que nos situamos e pelo qual existimos; em grande parte é um meio tão transparente que nos é invisível — tão invisível como a água o é para o peixe”²³⁰. Consequentemente, a investigação histórica, desse modo, se sustenta no movimento histórico em que se encontra a própria vida, e não se deixa compreender teleologicamente a partir do objeto a que se orienta a investigação. Nisso, as ciências do espírito vão se distinguir radicalmente das ciências da natureza, pois nelas não há um objeto determinado como aquilo que seria conhecido, já que não faz sentido falar de um conhecimento completo da história. O que merecerá destaque é o fato de que o investigar que se volta para a tradição é motivado pelo respectivo presente e seus interesses. Dito de outro modo, “é pela motivação do questionamento que se estabelece o tema e o objeto da investigação”²³¹.

A desmitificação do conceito de autoridade e de tradição repercute na revitalização que ele dá à teoria hermenêutica, até então excessivamente dominada pela ideia dos procedimentos de um método. Com efeito, Gadamer reivindica o reconhecimento de uma mobilidade histórica não somente no acontecer, mas também no próprio compreender, de modo que a compreensão passa a “*ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente presente e passado*”²³².

²²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 374.

²³⁰ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 180.

²³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 377.

²³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 385.

Na medida em que o intérprete e o texto estão inseridos na tradição, pertencendo, portanto, a ela, ganha relevo a questão relativa à distância temporal. A partir dela, Gadamer vai revitalizar o conceito de círculo hermenêutico, empregado por Schleiermacher e por Ast, na medida em que se trataria de um conceito eminentemente formal²³³. Partindo da ontologia fundamental de Heidegger, Gadamer afirma que o círculo hermenêutico não é objetivo, nem subjetivo; ele descreve a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete:

a antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sobre a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo 'metodológico'; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão²³⁴.

Nessa senda, e sempre tendo por pressuposto que a missão da hermenêutica gadameriana reside em explicitar a compreensão, diferenciando os verdadeiros pré-conceitos dos pré-conceitos inautênticos²³⁵, deve-se dar atenção à distância

²³³ Conforme Gadamer, “é verdade que também a teoria hermenêutica do século XIX falava de estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de seu reflexo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Segundo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos e, quando a compreensão dos mesmos se realiza, este é suspenso. Consequentemente, a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher sobre o ato adivinatório, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí tudo o que é desconhecido e estranho no texto”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 388.

²³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 388-389. Essa relação circular é complementada, segundo Gadamer, pela antecipação de uma coerência perfeita, também chamada “concepção prévia da perfeição”. GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. Traducción e introducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Editorial Tecnos, 1993. p. 106-107.

²³⁵ Nesse sentido afirma Gadamer: “enquanto tais, os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição. O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 391.

temporal e ao seu significado para a compreensão. Com efeito, o fato de a compreensão posterior possuir uma superioridade de princípio face à produção originária não se deve a uma consciência posterior capaz de equiparar o intérprete com o autor original como queria Schleiermacher, mas, ao contrário, descreve uma diferença insuperável entre o intérprete e o autor, que é dada pela distância histórica²³⁶. Afinal, como bem atesta Grondin, na medida em que é quase impossível para uma época descobrir os princípios artísticos propriamente valiosos de seu tempo, é graças a distância histórica que o juízo se torna mais seguro, o que faz valer uma espécie de fecundidade da distância temporal²³⁷. Ela permite distinguir criticamente juízos verdadeiros e juízos falsos, prejuízos verdadeiros à luz dos quais compreendemos, e pré-juízos falsos, que conduzem, ao contrário, ao desentendimento²³⁸. Como um bom heideggeriano, Gadamer sabia muito que “a história atua muito seguidamente de modo encobridor, e por isso, com demasiada frequência se afirmam princípios de interpretação que obstruem o acesso às coisas ou às fontes”²³⁹.

É só com a passagem do tempo, portanto, que se pode alcançar o que diz o texto. É só de maneira gradual que a sua verdadeira significação histórica emerge e começa a interpelar o presente²⁴⁰. A distância temporal é, dessa maneira, a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa. Ela, além de eliminar os pré-conceitos de natureza particular, permite o surgimento

²³⁶ Conforme Gadamer, “cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma. Como se apresenta a seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do seu aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso, pois sempre é determinado também pela situação histórica do intérprete e conseqüentemente por todo curso objetivo da história. [...] O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 392.

²³⁷ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 188-189.

²³⁸ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 55. Nas palavras do próprio Gadamer, “essa distinção temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos *falsos* preconceitos que produzem os *mal-entendidos*”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 395.

²³⁹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 189.

²⁴⁰ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 188.

daqueles que levam à compreensão correta²⁴¹. A consciência histórica da qual fala Gadamer permite, por conseguinte, tomar consciência dos próprios pré-conceitos que guiam a compreensão para que a tradição se destaque e ganhe validade como opinião distinta. É nesse sentido que se fala numa suspensão dos pré-juízos, como um destaque que implica na suspensão da sua validade²⁴².

Como a tarefa hermenêutica consiste num questionamento pautado na coisa em questão e por ela encontra-se determinada, ela deve ser capaz de mostrar a realidade da história na própria compreensão. Essa exigência é denominada por Gadamer como “história efetual”²⁴³. Compreender é, para ele, essencialmente um processo de história efetual, que quer dizer, de maneira simples, “a consciência de que somos determinados pelos fatos históricos”²⁴⁴, que “nossa consciência é, assim, efetuada pela história”²⁴⁵.

Por outro lado, “ela caracteriza uma consciência, a ser sempre reconquistada, desse ser efetuada”²⁴⁶, o que pode significar duas coisas: “em primeiro lugar, a exigência por um esclarecimento dessa nossa historicidade, no sentido da

²⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 395. Segundo a leitura que Zaccaria faz da obra de Gadamer, “il tempo come incremento del senso, di un senso che viene continuamente emergendo nella feconda tensione tra produttività dei pregiudizi e superamento dei fraintendimenti, operato dalla distanza storica, è dunque la dimensione che rende possibile il reciproco implicarsi ed intrecciarsi delle altre due dimensioni della temporalità. Il tempo viene così a realizzare la dimensione di maggiore concretezza e comprensività di quell’esperienza interpretativa, in cui eminentemente si riassume l’esistenza e la storicità dell’uomo. Nel tempo l’evento interpretativo si propone come produzione di senso, quindi si emancipa dalla suggestione ingenua di una palinogenetica attualizzazione-presentificazione del passato”. ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 68.

²⁴² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 395. A questão, portanto, não está, de acordo com Gadamer, “em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para coisa de que nos fala a tradição”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 359.

²⁴³ Como bem adverte Palmer, Gadamer utiliza o termo “Wirkungsgeschichtliche Bewusstsein”, o qual é um desafio a qualquer tradução adequada. Uma tradução predominantemente literal seria, segundo Palmer, uma “consciência em que a história actua constantemente» ou uma «consciência historicamente operativa”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 194.

²⁴⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 72.

²⁴⁵ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 191.

²⁴⁶ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 191.

elaboração de nossa situação hermenêutica, mas também e sobretudo um dar-se conta dos limites estabelecidos para esse esclarecimento”²⁴⁷.

A consciência da história efetual é, conseqüentemente, consciência da *situação hermenêutica*, vale dizer, uma posição que limita as possibilidades de ver. É algo que está atrelado à consciência da própria finitude humana²⁴⁸. Ao conceito de situação pertence, então, o de *horizonte*, vale dizer, “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”²⁴⁹. Ele, no entanto, “aparece como algo aberto à nossa frente, do qual nunca conseguimos nos aproximar e que mais se distancia à medida que avançamos”²⁵⁰. É, nas palavras de Gadamer, “algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho”²⁵¹.

Sucedo que o intérprete não se coloca no lugar do autor do texto como se fizesse uma abstração de si mesmo²⁵². Não existe um horizonte do presente que se forma por si só, à margem do passado, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. Por isso que “*compreender é sempre o processo*

²⁴⁷ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 192.

²⁴⁸ Como bem destaca Stegmüller, “a finitude da existência humana é, pois, totalmente diferente da de uma coisa qualquer. Esta é finita porque se acha cercada por outras coisas e, por isso, limitada em face delas. Uma coisa ‘tem’, portanto, limites, e estes determinam sua finitude”. STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 124.

²⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 399.

²⁵⁰ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 36.

²⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 402. Mais precisamente, “os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda via humana e que se apresenta sob a forma de tradição, que já está sempre em movimento. Não foi a consciência histórica que colocou inicialmente em movimento o horizonte que tudo engloba. Nela esse movimento não faz mais que tomar consciência de si mesmo”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 402.

²⁵² Segundo Gadamer, “compreender uma tradição requer, sem dúvida, um horizonte histórico. Mas não é verdade que alcançamos esse horizonte deslocando-nos a uma situação histórica. Ao contrário, para poder nos deslocar a uma situação precisamos já sempre possuir um horizonte. Pois, o que significa deslocar-se? De certo que não será simplesmente ‘fazer abstração de si mesmo’. É claro que isso é necessário na medida em que precisamos realmente representar-nos uma situação diferente. Mas é preciso que nós próprios nos transportemos até essa outra situação. Somente assim se satisfaz ao sentido de ‘deslocar-se’. Se nos deslocamos, por exemplo, à situação de um outro homem, então vamos compreendê-lo, isto é, tornamo-nos conscientes da alteridade e até da individualidade irredutível do outro precisamente por nos deslocarmos à sua situação”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 403.

de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos²⁵³. Se todo encontro com a tradição experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente, a tarefa hermenêutica vai consistir justamente em não dissimular essa tensão, mas em desenvolvê-la conscientemente. Eis a razão pela qual o comportamento hermenêutico projeta um horizonte que se distingue do presente e a consciência histórica, ao ter consciência da sua alteridade, destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte, sem que isso represente uma superposição sobre uma tradição que continua atuante, na medida em que logo em seguida ela recolhe o que acaba de destacar a fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico assim conquistado²⁵⁴. Assim, o encontro com o horizonte do texto ilumina o horizonte do intérprete e leva à autocompreensão. Esse encontro transforma-se num momento de revelação ontológica, em que algo sai da negatividade²⁵⁵. A tarefa crítica da consciência da história efetual consistirá justamente em controlar a fusão de horizontes, de modo a resolver a tensão que existe entre o texto e o presente, de tal maneira que ambos sejam tomados em consideração e não simplesmente passados por alto ou apenas misturados²⁵⁶.

²⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 404. Sobre o tema, explica Zaccaria: “La comprensione è allora definita da Gadamer con formula suggestiva come *Horizontverschmelzung*, ‘processo di fusione’, mai compiutamente concluso, tra i diversi orizzonti del comprendere propri dell’io e degli altri, del presente (*Heutiges*) e del passato (*Damaliges*) (giacché il nostro orizzonte non può costruirsi in modo indipendente da quello degli altri, così come l’orizzonte del presente, sempre in atto di farsi, non può edificarsi in modo separato da quello del passato)”. ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 34.

²⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 405.

²⁵⁵ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 203-204.

²⁵⁶ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 77-78. O conceito de fusão de horizontes utilizado por Gadamer é alvo de críticas por Coreth, pois para este “assim como nunca é perfeitamente possível ‘transferir-se’ para um outro também nunca poderá perfeitamente acontecer que um horizonte estranho de compreensão se ‘funda’ numa unidade com o nosso próprio. O primeiro princípio foi com razão criticado por Gadamer. Entretanto, também o princípio que ele lhe contrapõe é de um valor apenas limitado. O termo ‘fusão dos horizontes’ é um modo de falar metafórico. Essa locução pode representar figurada e vivamente a ideia que se tem: eis em que consiste seu valor. Mas ela não consegue dar expressão adequada ao pensamento: eis seu limite: Se não se vê este último ponto, cai-se sob a força da impressão da imagem, e esta não descobre, mas sim oculta a coisa de que se trata. Cumpre ter em vista e considerar mais matizadamente o fenômeno em si mesmo, prescindindo de sua expressão figurada. Mostra-se então – primeiramente – que uma fusão de horizontes não é possível no sentido próprio. Conseguimos, sem dúvida, refletindo ou reconstruindo, pesquisar certos conteúdos do fundo ou contexto que entram significativamente num enunciado. Nunca podemos, porém, atingir no todo e exprimir o horizonte alheio de compreensão. Para isso se

Esses pressupostos vão permitir que Gadamer possa desenvolver uma das questões hermenêuticas mais caras ao Direito, que é a questão da aplicação. Gadamer vai criticar o fato de a hermenêutica romântica, não obstante reconhecer a unidade interna da compreensão e da interpretação (*intelligere e explicare*), ter expulsado totalmente do contexto da hermenêutica o terceiro momento da sua problemática, no caso, a aplicação. É que, na compreensão, segundo ele, “sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete”²⁵⁷.

Gadamer vai dizer que tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação²⁵⁸. Isso já era possível visualizar em Bultmann, teólogo e historiador cuja influência sobre a obra de Gadamer costuma ser esquecida²⁵⁹. Com efeito, a noção de pregação como proclamação de Bultmann

requereria ainda mais do que na exigência de ‘transferir-se’ para o outro, pois todo horizonte de compreensão é determinado não só por experiências e concepções tornadas explícitas, mas também, não em menor grau, por condições e influências que permaneceram atêmaticas. Não se exigira tornar refletidamente temático o mundo alheio de compreensão se pudessemos transferir-nos para o outro, identificar-nos com ele. Mas isso seria preciso para chegar a uma perfeita fusão de horizontes. Vê-se, pois, que o problema não se resolve dessa forma, antes se agrava, visto que uma fusão de horizontes nunca é perfeitamente possível, mas quando muito apenas de maneira aproximada. Só determinados elementos isolados do fundo, que entraram significativamente nos enunciados do outro, podem tornar-se temáticos e ser compreendidos em seu contexto; somente sob determinados aspectos pode ser investigado um contexto de sentido que forme o horizonte dos enunciados particulares. Mas a plenitude e a totalidade concretas do ‘mundo vital’ do outro não podem jamais ser atingidas totalmente e ‘fundidas’ na própria compreensão”. CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 119-120.

²⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 406-407.

²⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 408.

²⁵⁹ Sobre o tema, há um relevante estudo de Jean Grondin intitulado “Gadamer and Bultmann”. GRONDIN, Jean. Gadamer and Bultmann. In: POKORNY, J.; ROSKOVEC, J. (Dir.). *Philosophical Hermeneutics and Biblical Exegesis*. Tübingen: Mohr Siebeck, Wissenschaftliche Untersuchungen zum Neuen Testament, 2002. p. 121-143. Ainda a respeito dessa questão, André de Melo Araújo, afirma que “a teoria hermenêutica que sublinha a estrutura válida da pré-compreensão não é encontrada por Gadamer exclusivamente nos textos heideggerianos. Também Rudolf Bultmann (1884-1976), teólogo da historicidade de Marburg, muito embora certamente apoiado em Heidegger, assumia a validade da pré-estrutura. Percebemos que a influência da obra de Bultmann em Gadamer não é tão clara quanto no caso de Heidegger, ou pelo menos nosso autor não a evidencia de forma explícita em suas notas e referências. Ainda que alguns poucos comentadores trabalhem de forma muito rápida essa ligação, acreditamos que ela seja mais determinante do que o próprio Gadamer nos deixa supor. Dez anos antes da publicação de *Verdade e Método*, o teólogo de Marburg escreve um artigo em que se pode reconhecer o mesmo trajeto da hermenêutica posterior traçado por Gadamer. Em *O Problema da*

residia justamente no fato de o pregador, ao proclamar a palavras de Deus, se encontrar frente à comunidade e, ao mesmo tempo, ser ele um ser humano ao qual a palavra é dirigida²⁶⁰, sendo tais palavras “ditas aqui e agora como interpelação dirigida a ouvintes específicos numa situação concreta” qualificando aquele instante do ouvinte, chamando-o à decisão²⁶¹.

Quanto aos textos jurídicos, a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica, por isso “se quisermos compreender adequadamente o texto”, vale dizer, “compreendê-lo de acordo com as pretensões que ele apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”²⁶². Por isso, “compreender, no sentido de conhecer e explicar, implica logo algo de semelhante a uma aplicação ou a uma relação do texto com o presente”²⁶³. É justamente nesse sentido que Bultmann dizia que “a compreensão de um texto nunca é definitiva, mas permanece aberta, porque em cada futuro o sentido da escritura se manifesta de nova maneira”²⁶⁴.

Com efeito, não há como pressupor uma cisão entre uma função cognitiva e interpretativa, mormente para o Direito, na medida em que, nas palavras do próprio Gadamer, “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um

Hermenêutica (1950), Bultmann percorre os textos de Schleiermacher e DILTHEY, além de fazer referência ao Iluminismo alemão, a Herder e ao Historicismo, ao Conde de York e a Ranke, para só então poder encaminhar a hermenêutica em uma direção que pode ser facilmente reconhecida como influenciada pelo autor de *Ser e Tempo*, e por meio da qual – muito embora o artigo de Bultmann seja deixado de lado na reconstrução das influências presentes no pensamento gadameriano em nome da força dos escritos de Heidegger – vê-se como o teólogo configura o problema da hermenêutica de forma muito próxima àquela que Gadamer irá apresentar uma década depois. Por mais que Gadamer cite muito esparsamente os escritos do seu amigo de Marburg dos anos de 1920, sustentamos que a presença deste não pode ser menosprezada, até mesmo porque tal trabalho serviu no mínimo para fazer nosso autor lembrar da importância da hermenêutica, sobre o qual já escutara algo valioso muito tempo antes, mais precisamente nos seminários de Heidegger de 1923”. ARAÚJO, André de Melo. *A atualidade do acontecer: o projeto de mediação histórica na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. São Paulo: Humanitas, 2008. p. 57-58. Ainda sobre a influência de Bultmann sobre Gadamer, com uma abordagem menos incisiva, ver ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 40-42.

²⁶⁰ BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados*. Ed. rev. e ampl. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 372.

²⁶¹ BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados, edição revista e ampliada*. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 378.

²⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 408.

²⁶³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 190.

²⁶⁴ BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados*. Ed. rev. e ampl. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 369.

caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário²⁶⁵. Isso reivindica à aplicação um caráter prático²⁶⁶. Gadamer sabe muito bem que o Direito é um bom exemplo para construção do seu projeto hermenêutico, principalmente porque “quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática”²⁶⁷. O compreender hermenêutico deve, pois, em cada caso contemplar, entre as condições da própria possibilidade e validade, a aplicação do significado do texto à situação de vida prática do intérprete²⁶⁸.

Não existe, portanto, uma pura e objetiva compreensão de sentido, que, posteriormente, na aplicação ao questionamento atual adquira especial significado²⁶⁹. O sentido da *applicatio*, que representa um elemento constitutivo de todo compreender, não é o de uma “aplicação” posterior e externa de algo que originalmente já seria para si²⁷⁰. A aplicação, não é, portanto, o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado ao caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós²⁷¹.

Esse caráter unitário da interpretação – entendida como compreender, interpretar e aplicar, ou, nas palavras do próprio Gadamer, como *applicatio* – permite que se dê por assentado que “entender um texto do passado significa traduzi-lo para a nossa situação presente, escutando nele uma discursiva resposta para os questionamentos da nossa era”²⁷². A interpretação, desse modo, sempre está

²⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 409.

²⁶⁶ Desse caráter prático, “afirma-se o fato de que a compreensão – exatamente como a ação – é sempre um risco, e não permite a simples aplicação de um saber geral de regras para o entendimento de enunciados ou textos dados”. GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 75.

²⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 430.

²⁶⁸ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 73.

²⁶⁹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 193.

²⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 131.

²⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 447.

²⁷² GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 194.

orientada por um certo enfoque, por um certo rumo: “ela sempre é *dirigida por uma compreensão prévia do assunto* consoante a qual ela questiona o texto”²⁷³. A tarefa hermenêutica tem, desse modo, uma estrutura questionadora. O texto interpretado coloca uma questão ao intérprete, questão esta que pretende responder através da interpretação. Compreender o texto significa compreender essa questão²⁷⁴. Por isso a hermenêutica compreende todo enunciado não apenas em sua validade lógica, mas como resposta a uma pergunta, razão pela qual aquele que compreende precisa compreender a pergunta e, uma vez que a compreensão precisa alcançar seu sentido a partir de sua história motivacional, precisa ir necessariamente além do conteúdo do enunciado concebido pela lógica²⁷⁵.

Note-se que uma das mais célebres passagens de Gadamer reside na afirmação de que “*quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa*”, o que significa dizer que uma consciência hermenêutica deve mostrar-se receptiva à alteridade do texto, o que não significa neutralidade, mas um dar-se conta dos próprios pressupostos, das próprias concepções prévias²⁷⁶. Bultmann, antes mesmo de Gadamer, mas sob forte influência de Heidegger, já defendia a impossibilidade de uma exegese livre de premissas, uma vez que “o exegeta não é nenhuma *tabula rasa*, mas aborda o texto trazendo consigo certas perguntas, isto é, abordando-o com certo enfoque, além de

²⁷³ BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados*. Ed. rev. e ampl. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 290-291.

²⁷⁴ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 203.

²⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 134. Conforme Gadamer, “o fato de um texto transmitido se converter em objeto de interpretação significa que coloca uma pergunta ao intérprete. Nesse sentido, a interpretação contém sempre uma referência essencial à pergunta que nos foi dirigida. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta. Mas, como já demonstramos, isso corre quando se conquista o horizonte hermenêutico. Definimos isso como *horizonte do perguntar*, no qual se determina a orientação de sentido do texto. Assim, pois, para compreender é preciso que as perguntas ultrapassem o que foi dito. Deve-se compreender o que foi dito como resposta a uma pergunta. Assim, ultrapassando o que foi dito, indaga-se, necessariamente, por algo que *ultrapassa* isso que foi dito. Só se compreende o sentido de um texto quando se alcança o horizonte do perguntar, que como tal pode ter também outras respostas. Assim, o sentido de uma frase é relativo à pergunta a que ele responde e isso significa que ultrapassa necessariamente o que é dito nela. Como se percebe nessa reflexão, a lógica das ciências do espírito é uma lógica da pergunta”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 482.

²⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 358.

ter certa noção do assunto de que trata o texto”²⁷⁷. Além disso, a interpretação, *sempre está orientada por um certo enfoque, por um certo rumo*²⁷⁸, sem essa compreensão prévia e sem as perguntas que são por ela orientadas ao texto, estes ficam mudos. Daí que o importante não seria eliminá-la, mas, sim, dela conscientizar-se, examiná-la criticamente ao compreender o texto, pô-la em jogo. Vale dizer, “ao questionar o texto, cumpre deixar-se questionar a si mesmo pelo texto, ouvir a sua pretensão”²⁷⁹.

Gadamer diz que “o começo aparentemente *thético* da interpretação é, na verdade, resposta, e, como toda resposta, também o sentido da interpretação se determina a partir da pergunta que se colocou”²⁸⁰. O texto, desse modo, constitui em si próprio a resposta a uma pergunta. Ele decorre de um horizonte interrogativo que o fez nascer²⁸¹. Mas, ao mesmo tempo, o que vem primeiro ao intérprete é a pergunta que o texto lhe coloca. O intérprete é, nesse sentido, atingido pelas palavras da tradição, o que lhe impõe uma tarefa de automeiação histórica do presente com a tradição. Assim, segundo Gadamer, a relação entre pergunta e resposta se inverteu:

²⁷⁷ BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados*. Ed. rev. e ampl. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 363. Em sentido similar, partindo já das lições de Gadamer, afirma Grondin: “A consideração da compreensão como um introduzir-se num acontecimento da tradição, significa que a subjetividade não é bem senhora daquilo que eventualmente se lhe revela como significativo ou insensato [...] nós pertencemos à história mais do que ela nos pertenceria. Esta historicidade da aplicação exclui a representação de um ponto zero da compreensão. A compreensão é sempre a continuação de uma conversação já iniciada antes de nós”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 194.

²⁷⁸ BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados*. Ed. rev. e ampl. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 292. Ademais, “a interpretação sempre pressupõe uma *relação de vida com as coisas* que direta ou indiretamente são tratadas no texto. Entenderei um texto que trata de música apenas quando e na medida em que eu tiver uma relação com a música (razão por que certos trechos do *Doutor Fausto* de Thomas Mann deixam de ser compreensíveis para certos leitores); entenderei um texto matemático apenas se eu tiver uma relação com a matemática; uma descrição histórica somente na medida em que estiver familiarizado com uma vida histórica, na medida em que a partir da minha própria vida eu saiba o que é Estado, o que é a vida no Estado e quais são as suas possibilidades. BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados*. Ed. rev. e ampl. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 294.

²⁷⁹ BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados*. Ed. rev. e ampl. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001. p. 304.

²⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 609.

²⁸¹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 203.

O que é transmitido e nos fala – o texto, a obra, o vestígio – impõe, ele próprio, uma pergunta, colocando nossa opinião em aberto. Para poder responder a essa pergunta que nos é colocada, nós, os interrogados, temos que começar, por nossa vez, a perguntar. Procuramos reconstruir a pergunta a que responderia aquilo que é transmitido. Todavia, não podemos fazê-lo se não superamos, com nossas perguntas, o horizonte histórico assim caracterizado. A reconstrução da pergunta a que o texto deve responder está, ela mesma, situada dentro de uma interrogação com a qual procuramos responder à pergunta que a tradição nos coloca. Uma pergunta reconstruída não pode nunca permanecer em seu horizonte originário. O horizonte histórico descrito na reconstrução não é verdadeiramente um horizonte englobante. Encontra-se, antes, ele mesmo, abarcado pelo horizonte que nos engloba a nós que perguntamos e que somos atingidos pela palavra da tradição. Nesse sentido, é uma necessidade hermenêutica sempre ultrapassar a mera reconstrução. Não se pode deixar de pensar também no que não representava problema para o autor e no que, portanto, este não pensou. Isso também deve ser colocado no campo aberto da pergunta. Com isso, não se abrem as partes a qualquer arbitrariedade na interpretação, mas simplesmente se põe a descoberto o que constantemente acontece. Compreender uma palavra da tradição que nos atinge requer sempre pôr a pergunta reconstruída no aberto da sua questionabilidade, isto é, passar à pergunta o que a tradição vem a ser para nós. Quando a pergunta ‘histórica’ surge para si mesma, significa sempre que já não se ‘coloca’ como pergunta. É o produto residual que surge do fato de já não mais compreendermos, um desvio onde ficamos atolados. Por outro lado, a verdadeira compreensão implica a reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também nosso próprio conceber. Acima, chamamos a isso de fusão de horizontes. Com Collingwood, podemos dizer que só compreendemos quando compreendemos a pergunta para a qual algo é resposta, e também é verdade que a intenção semântica do que assim se compreende não pode ser desvinculada e separada de nossa própria intenção. A reconstrução da pergunta que permite compreender o sentido de um texto como uma resposta passa ao nosso próprio perguntar. Isso porque o texto precisa ser compreendido como resposta a uma pergunta real²⁸².

A dialética da pergunta e da resposta efetua, portanto, uma fusão de horizontes, na medida em que o horizonte significativo dentro do qual o texto se situa é abordado interrogativamente a partir do horizonte do intérprete, o qual é alargado, fundindo-se com o texto. Esse momento que leva o intérprete à compreensão, que surge como um momento de revelação ontológica, estrutura-se

²⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 487-488.

no seio da linguagem²⁸³. A compreensão da coisa ocorre, necessariamente, na formulação da linguagem. Mas não no sentido de que ela acaba sendo apreendida posteriormente também em palavras: “ao contrário, tanto no caso dos textos quanto no interlocutor do diálogo que nos propõe o assunto em questão, a realização da compreensão se dá justamente nesse vir-à-fala da própria coisa em pauta”²⁸⁴. A linguagem, aqui, não significa uma posse à disposição de um ou de outro interlocutor. Ela é como uma coisa que foi colocada no meio, na qual participam os interlocutores e sobre o que eles se alternam mutuamente²⁸⁵. Ela é o meio inseparável da própria experiência, o meio em que se esconde e se armazena a experiência cumulativa de todo um povo histórico; o meio dotado de tal universalidade em que os horizontes se fundem; o *medium* da experiência hermenêutica²⁸⁶. Somente porque o homem pertence à linguagem e porque o texto pertence à linguagem é que vai tornar possível um horizonte comum²⁸⁷.

Para compreender isso é necessário lembrar uma das mais célebres frases de Gadamer e contextualizar nela o seu pensamento. Ele diz que “*ser que pode ser*

²⁸³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 203-204. Conforme Stein, “existe em toda a questão hermenêutica uma espécie de dialética da pergunta e da resposta. O nos aproximarmos dos textos é uma espécie de interrogação que fazemos aos textos e a interpretação que fazemos deles é a resposta que deles recebemos. Como a hermenêutica filosófica de Gadamer não trata apenas dos textos, o aproximar-nos da história, o aproximar-nos de temas das diversas ciências do espírito sempre é um perguntar através da interpretação e receber uma resposta pela compreensão é uma espécie de diálogo entre pergunta e resposta”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 74-75.

²⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 493.

²⁸⁵ Conforme Gadamer, “precisamos deixar claro que a linguagem, que permite que algo venha à fala, não é uma posse à disposição de um outro interlocutor. Toda conversação pressupõe uma linguagem comum, ou melhor, toda conversação gera uma linguagem comum. Como dizem os gregos, existe ali alguma coisa que foi colocada no meio, na qual participam os interlocutores e sobre o que eles se alternam mutuamente. O acordo sobre uma questão, que deve surgir na conversação, significa necessariamente que os interlocutores começam por elaborar uma linguagem comum. Esse não é um processo externo de ajustamento de ferramentas, e muito menos podemos dizer que os companheiros de diálogo se adaptam uns aos outros. Antes, à medida que consegue dar-se a conversação, ambos se submetem à verdade do assunto em questão, que os une numa nova comunidade. O acordo na conversação não é um mero confronto e imposição do ponto de vista pessoal, mas uma transformação que converte naquilo que é comum, na qual já não se é mais o que se era”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 493).

²⁸⁶ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 204

²⁸⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 210.

*compreendido é linguagem*²⁸⁸. Trata-se de um pressuposto que perpassa toda a sua obra. A linguagem é parte daquilo em que o homem está enraizado, é parte da sua facticidade²⁸⁹. Com o desmoronamento da metafísica enquanto saber primeiro, a ontologia hermenêutica se põe em seu lugar com a pretensão de se pôr à causa do ser enquanto sentido que abre e possibilita a práxis histórica dos homens, segundo aponta Manfredo de Oliveira. Equivale dizer que “a ontologia deixa de ser uma construção da totalidade do mundo dos entes e se faz experiência histórica e interpretação dessa experiência”. O ser, enquanto sentido, somente se dá linguisticamente. A linguagem emerge como o horizonte intranscendível da ontologia hermenêutica²⁹⁰.

A linguagem, desse modo, é mais que uma qualidade do homem que se encontra no mundo, “mas dela depende e nela se revela que os homens enquanto tais possuem mundo”²⁹¹. A linguagem tem caráter revelador, pois é ela que revela o mundo²⁹². Este não se confunde com ambiente ou mundo circundante. O mundo consiste num estado entre as pessoas, numa compreensão partilhada pelas pessoas²⁹³. Mundo aqui é entendido como contexto de sentido a partir de onde tudo recebe significação²⁹⁴. A linguagem, desse modo, serve de base absoluta para que os homens tenham mundo²⁹⁵. Porém, a linguagem não instaura nenhuma existência autônoma: “não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a

²⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 612.

²⁸⁹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 72.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 232.

²⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 237.

²⁹² PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 207.

²⁹³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 207. Conforme Gadamer, “ter mundo significa comportar-se para com o mundo. Mas comportar-se para com o mundo exige, por sua vez, manter-se tão livre, frente ao que nos vem ao encontro a partir do mundo, que se possa colocá-lo diante de nós tal como é. Essa capacidade representa ao mesmo tempo ter mundo e ter linguagem. Com isso, o conceito de *mundo* se opõe ao conceito de mundo circundante (*Umwelt*), que se pode atribuir a todos os seres vivos do mundo”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 572.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 237, nota 30.

²⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 571.

própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo”²⁹⁶.

Portanto, a linguagem e o mundo transcendem toda a possibilidade de se transformarem totalmente em objeto. Essa experiência do mundo como algo que já reside na linguagem transcende todas as relatividades e relações em que os seres se poderiam mostrar; todo o objeto de conhecimento é englobado no horizonte da linguagem. A isso pode-se chamar de linguisticidade da experiência humana do mundo²⁹⁷.

O caráter de linguagem em que se dá a experiência de mundo precede, por sua vez, a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado como ente. Gadamer diz, nesse sentido, que “a relação fundamental de linguagem e mundo não significa, portanto, que o mundo se torne objeto da linguagem”²⁹⁸. Na verdade, aquilo que é objeto do conhecimento e do enunciado já se encontra sempre contido no horizonte global da linguagem. O caráter de linguagem da experiência humana de mundo como tal não tem em mente a objetivação do mundo²⁹⁹.

O mundo que se revela e se estrutura linguisticamente não é, portanto, um objeto, como o objeto das ciências. Falar, de modo algum, significa tornar algo disponível ou manipulável como se fosse objeto da linguagem. Ao contrário, em cada linguagem há uma relação imediata com a infinitude dos entes, que nela se desvelam³⁰⁰. Por conseguinte, o que vem à fala são conjunturas, estados de coisas, uma coisa que se comporta deste ou daquele modo, o que pressupõe uma distância do falante em relação à própria coisa. Tal distância serve de base para que algo possa destacar-se como estado de coisas próprio e converter-se em conteúdo de um enunciado, passível de ser compreendido pelos outros. A estrutura desse estado de coisas que se destaca, porém, implica sempre algo negativo, vale dizer, a determinação de todo e qualquer ente consiste em ser tal coisa, e não outra. Daí a

²⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 572.

²⁹⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 210.

²⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 581.

²⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 581.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 240.

afirmação de que aquilo que se pensa assim como ente “não é propriamente *objeto* de enunciados, mas ‘vem à fala em enunciados’”³⁰¹.

Isso tudo deixa muito claro que, em Gadamer, a linguagem não tem um caráter instrumental. Para ele, a teoria instrumentalista dos signos – que compreende as palavras e os conceitos como instrumentos disponíveis – fica muito aquém do fenômeno hermenêutico³⁰². A linguagem é, desse modo, algo diferente de um mero sistema de signos para designar o conjunto dos objetos. De um modo, segundo ele, até enigmático, a palavra mostra uma certa vinculação com aquilo que é “reproduzido” (*Abgebildete*), uma pertença ao ser do que é reproduzido³⁰³. Portanto, a idealidade do significado está na própria palavra, que já é sempre significado. Ela precede “toda a experiência dos entes e se acresce, exteriormente, à experiência já feita, submetendo-se a si”. A experiência, pois, não é inicialmente desprovida de palavras, tornando-se posteriormente objeto de reflexão em virtude da designação. É da própria experiência buscar e encontrar palavras para expressá-la: “buscamos a palavra certa, isto é, a palavra que realmente pertença à coisa, de modo que ela própria venha à fala”. Embora isso não signifique uma simples relação de cópia, a palavra pertence de tal modo à própria coisa que não é a ela atribuída num momento posterior como signo³⁰⁴.

As palavras, portanto, não são algo que pertencem ao homem, mas à situação. A formulação das palavras não é um produto da reflexão, mas da experiência. Encarar a linguagem e as palavras como instrumentos da reflexão e da subjetividade é, portanto, “o mesmo que colocar a carroça diante dos bois”. No caso

³⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 574-575.

³⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 521.

³⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 538.

³⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 539. Conforme Gadamer, “no fundo, pode-se dizer que toda vez que a palavra assume a mera função de signo, o nexos originário entre falar e pensar, que é o objeto de nosso interesse, se transforma numa relação instrumental. Essa transformação que se dá na relação de palavra e signo forma a base para a formação de todos os conceitos da ciência, e se tornou tão evidente e natural para nós que precisamos de uma rememoração artificial própria para perceber que, ao lado do ideal científico da designação científica unívoca, a vida da própria linguagem segue seu curso sem alterações”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 558-560.

da linguagem, o fato central e decisivo é o poder que ela tem de dizer, e não a sua forma³⁰⁵.

Com efeito, “a forma da linguagem e o conteúdo da tradição não podem ser separados na experiência hermenêutica”³⁰⁶. O que se compreende pela linguagem não é só uma experiência particular, mas o mundo no qual ela se revela. O poder que a linguagem tem de revelar ultrapassa mesmo o tempo e o espaço; um texto antigo de um povo há muito extinto pode tornar presente, com a mais espantosa exatidão, o mundo linguístico interpessoal que existiu entre essa gente. Assim os nossos próprios mundos de linguagem têm uma certa universalidade neste poder de compreender outras tradições e lugares³⁰⁷. Nesse sentido, pode-se dizer que, assim como as coisas, vem à palavra, também a tradição que chega até o homem é reconduzida à linguagem, na medida em que é compreendida e interpretada³⁰⁸. Isso forma a relação entre linguagem e mundo.

O modo de ser da tradição é, portanto, linguagem. Por isso vai-se falar de uma pertença do interprete à tradição, que lhe interpela e impõe que ouça o que chega a ele a partir dela. O verdadeiro acontecer hermenêutico é constituído no vir à fala do que foi dito na tradição pela linguagem. Esse acontecer é uma espécie de ação da própria coisa sobre o homem. Ele pertence à linguagem e à tradição³⁰⁹. Por

³⁰⁵ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 207.

³⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 569.

³⁰⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 209.

³⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 589.

³⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 598. Isso toma maior relevância diante de textos escritos:

“o fato de a essência da tradição se caracterizar por seu caráter de linguagem adquire pleno significado hermenêutico onde a tradição se torna *escrita*. Na escrita a linguagem se liberta do ato de sua realização. Na forma da escrita todo o transmitido está simultaneamente presente para qualquer atualidade. Nela se dá uma coexistência de passado e presente única em seu gênero, na medida em que a consciência presente tem a possibilidade de um acesso livre a tudo quanto tenha sido transmitido por escrito [...]. Escrita é uma forma de auto-alienação. Sua superação, a leitura do texto, é, portanto, a mais elevada tarefa da compreensão [...]. Na verdade, a escrita ocupa o centro do fenômeno hermenêutico, na medida em que, graças ao escrito, o texto adquire uma existência autônoma, independente do escritor ou do autor, e do endereço concreto de um destinatário ou leitor. De certo modo, o que é fixado por escrito se eleva aos olhos de todos para uma esfera de sentido na qual pode participar todo aquele que esteja em condições de ler”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 504-507.

isso Palmer vai dizer que “nós não procuramos tornarmo-nos senhores do que está no texto, mas sim tornarmo-nos ‘servos’ do texto”³¹⁰.

Há, assim, o estabelecimento de uma conversação entre a tradição e o intérprete, de modo que nem a consciência do intérprete é dona do que chega a ele como palavra da tradição, nem se pode descrever essa conversação como uma espécie de conhecimento progressivo daquilo que é. O acontecer hermenêutico, do ponto de vista do intérprete, significa que não é ele que, como conhecedor, busca seu objeto e extrai com meios metodológicos o que realmente se quis dizer e tal como realmente era, mesmo que levemente impedido e obscurecido pelos próprios preconceitos. O verdadeiro acontecer só se torna possível pelo fato de a palavra que chega ao intérprete como tradição e que deve ser ouvida realmente atingi-lo, como se fosse dirigida a ele e se referisse a ele mesmo³¹¹.

A linguagem, desse modo, representa o rastro da finitude, não somente porque existe uma infinidade de diversas estruturações humanas de linguagem, mas porque toda língua está em constante formação e desenvolvimento quanto mais trazer à fala a sua experiência de mundo³¹². É por isso que, na forma artificial da terminologia, encontram-se apenas “cascas endurecidas da corrente viva do pensamento e da fala” que é a linguagem³¹³. Dada a universalidade da hermenêutica, cada palavra irrompe de um centro e se relaciona com um todo, fazendo ressoar o conjunto da língua a que pertence e deixando aparecer o conjunto da concepção de mundo que lhe subjaz. Daí a constatação que com o acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não dito, ao que se refere respondendo e indicando. Por isso todo falar humano, pode-se dizer, é finito no sentido de que abriga em si uma infinidade de sentido a ser desenvolvida e interpretada. E, do mesmo modo, reside aí a razão pela qual o fenômeno

³¹⁰ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 210.

³¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 595-596.

³¹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 590.

³¹³ GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986. p. 138.

hermenêutico deve ser esclarecido a partir constituição fundamentalmente finita do ser, cuja constituição tem suas bases plantadas na linguagem³¹⁴.

Tudo isso vai permitir que se fale em um caráter especulativo da linguagem. É que, enquanto acontecer do discurso, do entender-se, do compreender, “as possibilidades finitas da palavra se submetem ao sentido que se tem em mente como a uma orientação rumo ao infinito”³¹⁵. Dizer significa sempre conservar juntos o dito e a infinidade do não-dito na unidade de um sentido³¹⁶. As palavras de quem fala “não copiam o ente, mas expressam e deixam vir à fala uma relação com o todo do ser”³¹⁷.

A linguagem possui então uma estrutura especulativa “que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas num vir-à-fala, onde se enuncia um todo de sentido”³¹⁸. Desse modo, ela não pode ser caracterizada como fixa, bem como dogmaticamente certa. Por se processar sempre com evento de revelação, está sempre em constante movimento³¹⁹. Frente ao texto dado, a interpretação – que desenvolve as implicações de sentido de um texto, tornando-as expressas pela linguagem – parece uma nova criação, sem que apresente uma existência autônoma ao lado da compreensão. Na verdade, enquanto realização da compreensão, “ela é a atualidade da consciência da história efetual, e como tal é verdadeiramente especulativa, ou seja, é inconcebível segundo seu próprio ser e, no entanto, devolve

³¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 591.

³¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 605.

³¹⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 243. De acordo com Gadamer, “quem tem algo a dizer busca e encontra as palavras pelas quais torna-se compreensível ao outro [...] dizer o que se tem em mente, fazer-se entender, mantém numa unidade de sentido o que foi dito junto com uma infinidade do não-dito, e assim permite que este seja compreendido. Quem fala desse modo pode até simplesmente servir-se das palavras mais usuais e correntes e, no entanto, com elas trazer à fala o não dito e o que deve ser dito”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 605).

³¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 605.

³¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 612.

³¹⁹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 211-212.

a imagem que se lhe oferece”³²⁰. Assim, mesmo a mais pura reposição de sentido tem como pano de fundo algo que nunca é totalmente objetificável³²¹.

Gadamer diz que “o que vem à fala é, naturalmente, algo diferente da própria palavra falada”, porém “a palavra só é palavra em virtude do que nela vem à fala”. Ao contrário, “também o que vem à fala não é algo dado de antemão e desprovido de fala, mas recebe na palavra sua própria determinação”³²². Com efeito, “toda apropriação da tradição é uma apropriação historicamente diferente, cada uma é experiência do em-si da coisa mesma, uma outra experiência da mesma coisa”. O especulativo é justamente “ser uma e a mesma e, ao mesmo tempo, uma outra, nesse sentido cada apropriação é uma nova criação de compreensão”³²³. É nesse modo de ser especulativo da linguagem, nessa mútua pertença entre palavra e coisa, mediada pela linguagem, que a hermenêutica demonstra seu significado ontológico universal. Nisso reside a virada ontológica da hermenêutica³²⁴.

2.2 A SEMÂNTICA TRADICIONAL E O CAMINHO PARA A VIRAGEM LINGUÍSTICA PRAGMÁTICA

Para que seja possível compreender a importância da hermenêutica filosófica para o direito é necessário dar um passo atrás e entender os seus pressupostos.

³²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 611.

³²¹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 212.

³²² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 613.

³²³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 244.

³²⁴ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 202. Heidegger e Gadamer costumam ser considerados os responsáveis pelo chamado giro linguístico-ontológico, que é um momento posterior dentro do chamado giro ou reviravolta linguística (*linguistic turn*), que foi um novo paradigma para a filosofia, a partir do qual a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a esfera dos fundamentos de todo o pensar. Segundo Manfredo Araujo de Oliveira, “isso significa dizer que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo. [...] A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 12-13.

Aqui é o ponto em que a hermenêutica filosófica poderá ser devidamente contrastada com a filosofia analítica. Ambas exercem, na atualidade, grande influência no modo de lidar com os problemas jurídicos. No entanto, também é possível dizer que ambas partem de pontos comuns.

Habermas chegou a dizer que a chamada “virada linguística” é efetuada tanto numa versão hermenêutica quanto numa versão analítica, as quais, para ele relacionam-se entre si³²⁵. Isso porque tanto a virada linguística de matriz heideggeriana, quanto aquela que se decorre do segundo Wittgenstein, teriam operado uma mudança de paradigma – da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem – a partir de uma igual primazia do *a priori* do sentido sobre a constatação dos fatos³²⁶.

Antes disso, no entanto, é preciso ter presente que a invasão da filosofia pela linguagem, inicia antes do próprio Heidegger e do segundo Wittgenstein. Há um caminho antes deles percorrido, cuja compreensão será de grande valia para contrastá-los com o pensamento jurídico atual.

2.2.1 O Primeiro Giro Linguístico

Como bem destacou Gadamer, desde Johann Gottfried Herder e Wilhelm von Humboldt, o pensamento moderno sobre a linguagem passou a ocupar-se de um interesse totalmente diferente, preocupando-se em estudar como se desenvolve a naturalidade da linguagem humana na amplitude de experiências dentro da diversidade da estruturação da linguagem humana³²⁷. Juntamente com Johann Georg Hamann, Herder e Humboldt inauguram a virada linguística, sob duas frentes: em primeiro lugar, como consequência da superação da linguagem como instrumento ela passa a ser considerada elemento constitutivo do pensamento e do

³²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 64.

³²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 64. Ainda segundo Habermas, “no decorrer do século XIX generaliza-se a crítica contra a *reificação* e a *funcionalização de formas de vida e de relacionamento*, bem como contra a auto-compreensão objetivista da ciência e da técnica. Estes motivos desencadeiam a crítica aos fundamentos de uma filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto. *A mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem* situa-se precisamente neste contexto”. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990. p. 43.

³²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 566.

conhecimento, sendo considerada condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência quanto da intersubjetividade da comunicação³²⁸; em segundo lugar, essa nova concepção da linguagem impõe uma descentralização da razão, de modo que, manifestando-se a linguagem sempre em línguas particulares e históricas, ela não permite uma separação estrita entre o transcendental e o empírico, entre o *a priori* e o *a posteriori*³²⁹.

Cristina Lafont visualiza duas dimensões na mudança de paradigma operada por Humboldt. Na dimensão *cognitiva-semântica*, a linguagem é vista como algo constitutivo da atividade de pensar, como condição de possibilidade dessa atividade. Na dimensão *comunicativa-pragmática*, o caráter constitutivo da linguagem é visto como resultado de uma atividade, no caso, a prática de falar (*the praxis of speaking*). Desse modo, a linguagem torna-se a garantidora da intersubjetividade da comunicação, a condição de possibilidade do entendimento entre os falantes³³⁰.

Em Humboldt é possível visualizar uma antecipação da crítica à filosofia da consciência³³¹. Na dimensão *cognitiva-semântica*, a linguagem como atividade revela-se no fato de que por meio dela criam-se novos conceitos, novos conteúdos por meio dos quais o mundo se faz acessível; na dimensão *comunicativa-pragmática*, a compreensão da atividade revela-se na ideia de unificação por meio do diálogo, em que, no lugar do elemento transcendental da percepção, do “eu penso” kantiano, Humboldt coloca a intersubjetividade, representada pelas diferentes perspectivas dos participantes da comunicação, os quais objetivam alcançar um entendimento entre si sobre algo no mundo³³².

³²⁸ SEGATTO, Antonio Ianni. Sobre pensamento e linguagem de Wilhelm Von Humboldt. *Trans/formação: revista de filosofia*, São Paulo, v. 32, n. 1, 2009, p. 193.

³²⁹ SEGATTO, Antonio Ianni. Sobre pensamento e linguagem de Wilhelm Von Humboldt. *Trans/formação: revista de filosofia*, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 194, 2009.

³³⁰ LAFONT, Cristina. *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*. Translated by José Medina. Baskerville: Massachusetts Institute, 1999. p. 18.

³³¹ LAFONT, Cristina. *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*. Translated by José Medina. Baskerville: Massachusetts Institute, 1999. p. 19.

³³² SEGATTO, Antonio Ianni. Sobre pensamento e linguagem de Wilhelm Von Humboldt. *Trans/formação: revista de filosofia*, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 195, 2009. Conforme Habermas, “do ponto de vista semântico, Humboldt procede a uma dupla distinção do conceito transcendental da espontaneidade da linguagem, espontaneidade ‘formadora do mundo’. A linguagem desenvolve operações constitutivas não apenas no nível dos modelos de interpretação cultural, mas também no das práticas sociais. No aspecto cognitivamente relevante, a linguagem articula uma pré-compreensão do mundo como um todo, partilhada intersubjetivamente pela comunidade linguística. Essa visão de mundo serve como recurso para modelos de interpretação partilhados. Discretamente, ela volta o olhar para direções relevantes, forma prevenções e cria assim o pano de fundo ou a moldura não-problemática para interpretações possíveis dos eventos intramundanos. Ao mesmo tempo, no aspecto relevante para a prática, a linguagem molda o caráter e a forma de vida de uma nação. Esse mundo da

A importância de Humboldt é, sem dúvida, muito grande, na medida em que ele, de certo modo, inaugura o chamado giro linguístico. Gadamer chega a considerá-lo o criador da moderna filosofia da linguagem³³³, notadamente em razão de ter descoberto a concepção da linguagem como concepção de mundo³³⁴.

2.2.2 O Caminho Percorrido pela Filosofia da Linguagem Até o Giro Linguístico Pragmático no Segundo Wittgenstein

Uma abordagem do giro linguístico não se resume a um acontecimento isolado. Pelo contrário, abarca diversos momentos no pensamento filosófico que, por sua vez, irão repercutir diretamente no modo de tratar o fenômeno jurídico na presente investigação. Como diz Rojas, a revolução linguística “no se realizo de la noche a la mañana, sino a lo largo de cien años”³³⁵. Por isso, Lenio Streck afirma que não basta falar em “viragem linguística”, pois ela não se compõe de uma simples guinada paradigmática, na medida em que é possível visualizá-la em diversas frentes³³⁶. Em sentido similar, Manfredo Oliveira desenvolve importantes considerações a respeito da sintaxe e da semântica da linguagem, como modo de preparar o terreno para aquilo que ele chama de “radicalização da reviravolta linguística”³³⁷.

Pode-se falar de uma teoria semântica tradicional, que, em sua forma mais simples, afirma que expressões linguísticas possuem apenas uma *função semântica* consistente em designar certas entidades à base de convenção³³⁸. Com a teoria

vida linguisticamente estruturado constitui o pano de fundo da prática cotidiana e marca o ponto de sutura onde a teoria social pode se anexar à teoria da linguagem”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 73-74.

³³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 566.

³³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 571.

³³⁵ ROJAS OSORIO, Carlos. *Genealogía del giro linguístico*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2006. p. 87.

³³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 212.

³³⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 14.

³³⁸ Trata-se, no caso, a semântica realista de F.v. Kutschera. A respeito, ver OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 51-56.

semântica de Frege³³⁹ tem-se um passo adiante. Seu pensamento insere-se numa contraposição da lógica frente à psicologia, numa dimensão de objetividade, portanto, contra o subjetivo da psicologia³⁴⁰.

O núcleo da filosofia da linguagem desenvolvida por Frege reside, essencialmente, nas discussões visando a clarificar, de um lado, as noções de objeto, conceito e função, e as relações que se dão entre eles, e, por outro, as noções de sentido e referência³⁴¹. Para ele, objeto é qualquer coisa que possa ser designada por um nome próprio³⁴² e que possa exercer o papel de argumento ou valor de uma função. O objeto tanto pode ser um ente físico quanto lógico, por exemplo, um número. Desse modo, tudo quanto existe ou é uma função ou é um objeto. Linguisticamente, os objetos são designados por nomes próprios e as funções por expressões funcionais. As funções se hierarquizam em funções de primeira ordem – quando seus argumentos são objetos – e de segunda ordem, quando seus argumentos são uma função de primeira ordem. As funções podem ser conceitos,

³³⁹ Segundo Manoel de Oliveira, “Friedrich Ludwig Gottlob Frege nasceu no dia 8 de novembro de 1948, em Wismar, Alemanha. Estudou matemática, física, química e filosofia primeiramente na Universidade de Jena, depois em Göttingen, considerada, no tempo, o centro mundial da geometria, onde se doutorou em filosofia. Mais tarde foi professor de matemática em Jena. Embora Frege esteja hoje na origem de todo o movimento renovador da lógica, durante seu tempo ele foi praticamente desconhecido. Carnap, um dos grandes lógicos de nosso tempo, foi seu aluno e relata como, com mais dois outros alunos somente, estava presente às suas aulas, onde Frege apresentava, totalmente indiferente a seus alunos, suas descobertas a respeito dos problemas fundamentais que constituíram a *paixão* de sua vida: problemas da lógica e dos fundamentos da matemática”. Hoje, no entanto, Frege é considerado o pai de todas as direções da filosofia analítica. OLIVEIRA, Manoel Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 57.

³⁴⁰ OLIVEIRA, Manoel Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 59. Conforme Manoel de Oliveira, “suas distinções (características e qualidades, conceitos de primeiro e segundo níveis, subsunção de um objeto sob um conceito, subordinação de conceitos a outros conceitos e subsunção de um conceito sob um conceito de segundo nível etc) foram aquisições fundamentais para o esclarecimento da estrutura lógica de nosso pensamento”. OLIVEIRA, Manoel Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 60.

³⁴¹ ALCOFORADO, Paulo. Introdução da obra. In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2009. p. 25.

³⁴² Importante que Frege entenda por “sinal” e “nome” “qualquer designação que desempenhe o papel de um nome próprio, cuja referência seja um objeto determinado (esta palavra tomada na acepção mais ampla) [...] a designação de um objeto singular pode consistir em várias palavras ou sinais”, sendo chamada de nome próprio toda designação desse gênero”. FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência (1893). In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009. p. 131-132.

quando possuem um único argumento cujo valor é o verdadeiro ou o falso³⁴³. Nisso já é possível verificar o pensamento lógico que perpassa as teorias de Frege.

A semântica de Frege tem seu cerne na distinção entre *sentido* e *denotação* (referência). Com efeito, o próprio nome tem duas funções semânticas, na medida em que ele denota um objeto e exprime um sentido. A linguagem humana, portanto, possui três dimensões: “a *dimensão signativa* (expressão linguística, sinais linguísticos), a *dimensão objetiva* (o objeto designado) e a *dimensão significativa* (a dimensão do sentido)”³⁴⁴. Desse modo, é plausível pensar que existe, unido a um sinal, além daquilo por ele designado, que pode ser chamado de sua referência, o sentido do sinal, em que está contido o modo de apresentação do objeto³⁴⁵.

Um mesmo objeto pode, assim, ser denotado (referido) por mais de um sinal ou por diferentes sinais. O que se deve ter por certo é que toda expressão (nome próprio, termo conceitual, sentença) expressa um sentido e designa um referente. Desse modo, “os termos $2 + 2$ e $6 - 2$ se referem ou designam o mesmo referente, isto é, 4”³⁴⁶. Do mesmo modo, nos dois termos o objeto é designado de maneira diferente. O primeiro termo “ $2 + 2$ ” se refere ao número 4 através de uma adição, de um modo diferente, portanto, que o segundo termo “ $6 - 2$ ” que se refere ao mesmo objeto, já que neste caso é feito por uma subtração³⁴⁷. Frege dá ainda um outro exemplo, que costuma ser bastante mencionado por aqueles que se dispõem a analisar a sua obra. Enquanto o sentido de “Estrela da Tarde” e “Estrela da Manhã” seriam diferentes, a referência seria a mesma, pois ambas as expressões se referem ao planeta Vênus, embora, em cada uma delas, ele se manifeste de modo distinto: no primeiro caso, por brilhar ao anoitecer; no segundo, por desaparecer quando o sol surge³⁴⁸.

³⁴³ ALCOFORADO, Paulo. Introdução da obra. In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009. p. 26.

³⁴⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 62.

³⁴⁵ FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência (1893). In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009, p. 131.

³⁴⁶ ALCOFORADO, Paulo. Introdução da obra. In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009, p. 26.

³⁴⁷ ALCOFORADO, Paulo. Introdução da obra. In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009, p. 27.

³⁴⁸ CORREA, Cristina Rosineiri Gonçalves Lopes. A semântica de Frege e a dinâmica da verdade na psicanálise. *Revista Estudos Lacanianos*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 2, 2009.

Frege deixa evidente que nem todo o nome possui um sentido perfeitamente determinado. Embora isso fosse desejável, ele reconhece como uma tarefa impossível de realizar na linguagem comum. Além disso, mesmo diante de nomes genuinamente próprios, as opiniões quanto ao sentido poderiam divergir e até turvar a referência³⁴⁹. Mas não é só isso. Frege, também reconhece que somente em um sistema perfeito de sinais a cada expressão corresponderia um sentido determinado, razão pela qual se deve ficar satisfeito “se a mesma palavra, no mesmo contexto, sempre tiver o mesmo sentido”³⁵⁰.

O ideal de exatidão e precisão do saber filosófico, já presente no pensamento de Frege, será revitalizado por Rudolf Carnap, o qual, nos anos 30, teria se tornado “um grande líder da assim chamada filosofia analítica”³⁵¹. Na obra *Sintaxe lógica da linguagem*, Carnap procura mostrar a possibilidade de substituir todo o complexo emaranhado de problemas estudados na filosofia pela análise formal de certas linguagens formais, devidamente caracterizadas³⁵². Levando ao máximo a reviravolta linguística, a tarefa da filosofia vai, portanto, consistir na construção de

³⁴⁹ Segundo Frege, “poder-se-ia, por exemplo, tomar como seu sentido o seguinte: o discípulo de Platão e o mestre de Alexandre Magno. Quem fizer isso associará outro sentido à sentença ‘Aristóteles nasceu em Estagira’ do que alguém que tomar como sentido daquele nome: o mestre de Alexandre Magno que nasceu em Estagira. Enquanto a referência permanecer a mesma, tais oscilações de sentido podem ser toleradas, ainda que elas devam ser evitadas na estrutura teórica de uma ciência demonstrativa, não devem ter lugar numa linguagem perfeita”. FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência (1893). In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009. p. 132, nota 14.

³⁵⁰ FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência (1893). In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2009. p.132-133. Também para as frases, Frege admite uma dupla função semântica, de modo que elas também têm denotação e sentido: “toda frase contém um pensamento, isto é, a *proposição*, o conteúdo ou, como se diz hoje, o *conteúdo proposicional*. Então, surge a pergunta: a proposição é a denotação ou o sentido da frase? Bem, se uma frase tem uma denotação, então esta não pode ser mudada quando na frase substituímos um nome por um outro que tem a mesma denotação, embora sentido diverso [...]. A denotação de uma frase depende, portanto, unicamente, da denotação dos nomes próprios nela contidos e não de seu sentido [...]. O que é a denotação de uma frase? É aquilo que permanece quando fazemos substituições transformadoras do sentido. Já que Frege entende a denotação como a relação a um objeto, então o que permanece nesse caso é, para usar uma expressão sua, o *valor de verdade*. É, como ele diz, a busca da verdade que nos faz passar do sentido para a denotação da frase. O valor de verdade de uma frase é a circunstância de que ela é verdadeira ou falsa. Toda frase é, portanto, análoga a um nome próprio, isto é, denota um objeto. Só que, aqui, há apenas dois objetos: o verdadeiro e o falso. Em cada juízo se faz o passo do nível do sentido para o da denotação”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 64-65)

³⁵¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 71.

³⁵² TRAJAN, Tiago. *A sintaxe lógica da linguagem de Rudolf Carnap: uma análise do princípio de tolerância e da noção de analiticidade*. 2005. f. 11. Dissertação (Mestrado em Filosofia) -- Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, 2005.

linguagens formais artificiais, com a finalidade de reconstruir e provar a consistência lógica das teorias das ciências particulares, no que Carnap chega à conclusão de que não existe a verdadeira linguagem científica, mas apenas sistemas alternativos de tais linguagens³⁵³.

No intento de oferecer uma teoria geral dos sistemas formais, caberiam ao lógico três tarefas: (i) estudar as condições gerais sob as quais um sistema formal pode ser instituído, compreendendo-se aqui uma lista exaustiva dos símbolos da linguagem, regras de formação que determinem quais sequências de símbolos contam como proposições e regras de transformação direta, que determinam a estrutura dedutiva da linguagem, vale dizer, quais proposições podem ser formalmente deduzidas a partir de outras; (ii) desenvolver sistemas formais específicos, com diferentes estruturas, para os mais diversos fins; e (iii) desenvolver ferramentas e conceitos adequados ao estudo da estrutura dos diferentes sistemas formais³⁵⁴.

É com Carnap que pela primeira vez se apresenta a distinção entre *metalinguagem* e *linguagem objetual*, que, para o Direito, assumirá grande relevância notadamente na obra de Kelsen. Assim, em primeiro lugar a linguagem objeto de investigação é chamada de linguagem objetual (*object-language*) e a linguagem na qual se fala a respeito das formas sintáticas da linguagem objeto é chamada de linguagem sintática (*syntax-language*)³⁵⁵.

O pressuposto dessa fase de pensamento de Carnap, inclusive reconhecido em sua autobiografia, era de que, na linha das discussões havidas no círculo de

³⁵³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 74.

³⁵⁴ TRAJAN, Tiago. Entre lógica e epistemologia: Carnap, Quine e o significado do método formal. *Cadernos de história e filosofia da ciência*, Campinas, Série 3, v. 19, n. 2, p. 149-150, jul./dez. 2009. p. 143-164.

³⁵⁵ CARNAP, Rudolf. *Logical syntax of language*. London: Routledge, 2000. p. 4. Com efeito, “uma linguagem que é objeto de uma pesquisa qualquer se chama linguagem objetiva. A linguagem usada para tratar da linguagem objetual é precisamente a metalinguagem. Nas pesquisas linguísticas empíricas, frequentemente essas linguagens são a mesma. Pode-se, por exemplo, em português escrever uma obra sobre a gramática portuguesa. No caso, porém, de uma pesquisa lógica, a linguagem simbólica que constitui o objeto dessa pesquisa não existe ainda, mas é produzida artificialmente. Ora, nesse caso, é a linguagem comum que funciona como metalinguagem, acrescida de alguns símbolos logicamente precisos. Na pesquisa sobre os fundamentos da lógica e da matemática, uma divisão clara e precisa desses dois níveis da linguagem é de enorme importância para evitar o que se convencionou chamar os *paradoxos lógicos*. As linguagens objetuais constituem, portanto, linguagens artificiais, pois elas não existem e são formuladas a partir de regras estabelecidas na metalinguagem. Elas são formais, no sentido de que são ‘cálculos não interpretados’”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 75.

Viena³⁵⁶, o resultado do interrogar filosófico diria respeito à linguagem, e não ao mundo, de modo que tais perguntas deveriam ser formuladas na metalinguagem³⁵⁷. A questão principal residia nas frases pseudo-objetais, ou seja, frases cuja construção gramatical, apesar de idêntica a das frases objetais, não fala de objetos do meio ambiente, mas de construções linguísticas. Distingui-las e tratá-las como frases sintáticas permitiria resolver os problemas filosóficos de modo correto e seguro. Consequentemente, esses problemas seriam, na verdade, problemas de sintaxe lógica³⁵⁸.

No entanto, posteriormente, o próprio Carnap reconheceu a impossibilidade de considerações puramente sintáticas da linguagem para a reflexão filosófica sobre a linguagem humana. Sob a influência de Tarski³⁵⁹, deu um passo adiante na sua teoria a partir da integração da sintaxe com a semântica³⁶⁰.

³⁵⁶ Sobre a relação de Carnap com o círculo de Viena, Manuel Garrido, na introdução formulada a sua autobiografia, assevera: “cuando vio la luz el manifiesto ‘Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis’, 1929 (‘La concepción científica del mundo. El Círculo de Viena’), hacia ya tres años que Carnap enseñaba en la Universidad vienesa y se había incorporado a aquel Círculo, iniciado por el físico y filósofo Moritz Schlick, en el que jugaron también un papel decisivo, juntamente con Carnap, el sociólogo Otto Neurath, el matemático y filósofo Friedrich Waismann y el físico Philipp Frank; al que se asoció el Círculo de Berlín de Hans Reichenbach; y por el que desfilaron personajes de la talla de Kurt Gödel, Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein y Karl Popper. Las tres coordenadas principales del Círculo: (1) el empirismo, que niega el conocimiento *a priori* del mundo, y con él la síntesis kantiana; (2) el positivismo, que otorga prioridad absoluta al conocimiento científico; y (3) la revolución lógica de Frege y Russell o ‘positivismo lógico’, que en la medida de lo posible procuraba hacer honor a los tres ingredientes”. GARRIDO, Manuel. Introducción: dos maneras de hacer filosofía. In: CARNAP, Rudolf. *Autobiografía intelectual*. Traducción de Carmen Castells. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, Universidad Autónoma de Barcelona, 1992. p. 11-12.

³⁵⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 80. Nesse sentido, “sua convicção era de que a maioria dos problemas filosóficos autênticos era controversia a respeito do quadro linguístico adequado a uma pesquisa científica ou descritiva sobre os fatos dos quais tais pesquisas tratam”. Assim, “as confusões existentes na filosofia provêm do fato de que os filósofos não terem clareza a respeito dessa realidade, isto é que as perguntas filosóficas são, nesse sentido, perguntas puramente linguísticas”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 81.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 82.

³⁵⁹ Essa influência de Tarski na semântica de Carnap pode ser visualizada tanto na sua autobiografia, quanto na sua introdução à semântica, na qual, ainda no seu prefácio, Carnap menciona que Tarski, mediante o seu livro, bem como em conversas, teria sido o primeiro a chamar a sua atenção para o fato de que o método formal da sintaxe deveria ser suplementado por conceitos semânticos e que tais conceitos poderiam ser definidos de maneiras não menos exatas que aqueles da sintaxe. CARNAP, Rudolf. *Introduction to semantics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1948. p. vi.

³⁶⁰ CARNAP, Rudolf. *Autobiografía intelectual*. Traducción de Carmen Castells. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, Universidad Autónoma de Barcelona, 1992. p. 110. Nesse sentido, Carnap vai dizer que “o campo teórico da filosofia não é restrito à sintaxe, mas compreende toda a análise da linguagem, incluindo sintaxe e semântica e talvez também a pragmática”. CARNAP, Rudolf. *Introduction to semantics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1948. p. 246.

Assim, em toda aplicação da linguagem deveriam ser levados em conta três fatores principais: o falante, a expressão pronunciada e o designado pela expressão, isto é, aquilo que o falante pretende referir na expressão. Consequentemente, na semiótica – a teoria geral dos signos e da linguagem – três campos devem ser distinguidos: se a investigação faz referência explícita ao falante, ou, em termos mais gerais, àquele que faz uso da linguagem, ela está no campo da *pragmática*; se é abstraído quem utiliza a linguagem e é analisada apenas as expressões e sua designação, ela está no campo da *semântica*; se é abstraída também a designação, e analisada apenas as relações entre as expressões, ela está no campo da (lógica) sintática³⁶¹.

Nessa linha, a semântica contém a teoria daquilo que é usualmente chamado de significado das expressões (*meaning of expressions*)³⁶². Porém, a investigação semântica pode se dar em dois diferentes tipos. Ela pode ser uma semântica descritiva, que cuida da descrição e análise das características semânticas ou particularidades históricas de uma determinada língua ou toda a história das línguas em geral, ou uma semântica pura, que cuida da análise dos sistemas semânticos, isto é, das regras de um sistema semântico³⁶³. Para Carnap e para o positivismo lógico interessa essa última concepção. Inclusive, essa divisão marca a separação entre o positivismo lógico e a filosofia da linguagem ordinária³⁶⁴.

Com efeito, a semântica se apresenta quando as *regras sintáticas* são completadas por *regras de designação*, que especificam as coisas às quais as expressões linguísticas e as *regras de verdade* fazem referência. Nesse contexto, ele desenvolve a distinção entre *extensão* e *intensão*³⁶⁵, para lidar com as relações que concernem à linguagem e aquilo a que ela se refere. A teoria da extensão lida com conceitos tais como denotar, nomear, extensão, verdade e outros vinculados a estes; a teoria da intensão, por sua vez, trabalha com conceitos tais como intensão,

³⁶¹ CARNAP, Rudolf. *Introduction to semantics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1948. p. 9.

³⁶² CARNAP, Rudolf. *Introduction to semantics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1948. p. 10.

³⁶³ CARNAP, Rudolf. *Introduction to semantics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1948. p. 11-12.

³⁶⁴ Conforme Warat, o positivismo lógico, “centrado na semiótica pura, procura abordar a constituição de linguagens ideais que servem de modelos na obtenção de discursos mais rigorosos para a ciência”, enquanto que a filosofia da linguagem ordinária “baseando-se na semiótica descritiva, centra-se na compreensão das impressões e possíveis distorções que surgem da falta de entendimento do funcionamento da língua natural”. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 39.

³⁶⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 84.

sinonímia, analiticidade e outros vinculados a estes. O termo intensão é utilizado como termo técnico que designa o significado de uma expressão ou, mais especificamente, seu componente de significado designativo³⁶⁶.

Conforme Manfredo de Oliveira, essa distinção é vista, em primeiro lugar, a partir dos *predicados*, de modo que “a *intensão* de um predicado é sua significação, isto é, um conceito, enquanto a *extensão* é a classe dos objetos subsumíveis sob esse conceito”³⁶⁷. A designação de uma intensão (significado) é uma hipótese empírica que, como qualquer outra hipótese linguística, pode ser testada por observações do comportamento linguístico; a tese extensionalista, por seu turno, afirma que a designação de uma intensão, com base na extensão previamente determinada, não é uma questão de fato, mas, sim, de escolha. O linguista tem, portanto, a liberdade de escolher qualquer uma das propriedades que se ajustam à extensão dada³⁶⁸.

É importante registrar que a concepção filosófica de Carnap “gestou-se no contexto da discussão do positivismo lógico, sobretudo no seio da teoria das sentenças da linguagem humana”³⁶⁹. Isso significa que somente podem ser submetidas a critérios científicos as sentenças que exprimem fatos ou conteúdo de pensamento redutíveis ao que é percebido pela sensibilidade e as sentenças que exprimem as regras do pensamento exato, como as regras da lógica formal e da matemática³⁷⁰. Ele insere-se naquilo que se chama filosofia da redução, como bem destaca Manuel Garrido na introdução da autobiografia de Carnap³⁷¹. Desse modo,

³⁶⁶ CARNAP, Rudolf. Significado e sinonímia nas linguagens naturais. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Coletânea de textos*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 129.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 84.

³⁶⁸ CARNAP, Rudolf. Significado e sinonímia nas linguagens naturais. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Coletânea de textos*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 131

³⁶⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 85.

³⁷⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 85-86.

³⁷¹ Nesse sentido, “fue Feigl, hasta hace poco tempo uno de los escasos supervenientes del Círculo de Viena, quien caracterizó a esos dos modos de pensamiento, como filosofía de la ‘seducción’ y filosofía de la ‘redución’. El filósofo de la seducción quisera siempre encontrar ‘algo más’ en la realidad: que no haya sólo cosas, sino además personas, que no haya sólo materia, sino además libertad, que no haya sólo física, sino además metafísica, o por lo menos ética. El filósofo de la reducción pretende a toda limitar la realidad a ‘nada más’ que uno o algunos de sus aspectos elementos, como hace, por ejemplo, la ciencia física con los objetos que investiga”. GARRIDO, Manuel. Introducción: dos maneras de hacer filosofía. In: CARNAP, Rudolf. *Autobiografía intelectual*. Traducción de Carmen Castells. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, Universidad Autónoma de Barcelona, 1992. p. 9.

todas as demais sentenças da linguagem humana se reportariam ao campo do empiricamente incontrolável, à metafísica³⁷².

Por isso que, em Carnap, não compete à filosofia o conhecimento do mundo, mas somente a instância na qual são expressos os fatos do mundo, no caso, a linguagem. O conhecimento da realidade, portanto, ocorre nas ciências empíricas, as quais exprimem seus conhecimentos em sentenças. Desse modo, a filosofia resume-se a análise lógica da linguagem científica. Seu mister é “considerar a linguagem científica em reação a sua consistência lógica e ao sentido de suas sentenças”³⁷³. A filosofia é, portanto, estrutural. Ela estuda a estrutura que torna possível o conhecimento dos fatos do mundo, a estrutura na qual o mundo se diz: a linguagem³⁷⁴.

A questão da verdade – elemento central da semântica – depende da formulação sintática da expressão linguística e também do elemento semântico, o qual se caracteriza quando a expressão pode ser empregada para subministrar uma informação verificável sobre o mundo, vale dizer, se tem correspondência com os fatos. Assim, “um enunciado não será semanticamente significativo se não for empiricamente verificável”³⁷⁵.

³⁷² Nesse sentido, a tradição do pensamento ocidental estaria marcada por um grande mal-entendido, pois a expressão adequada para o campo do empiricamente incontrolável não seria a filosofia, mas a arte: “a filosofia não passa de uma arte malcompreendida, pois pretende um conhecido válido sobre o real, isto é, conhecimento científico, mas este se reduz, por um lado, às ciências exatas da natureza e, por outro, à lógica e à matemática. A lógica e a matemática são um conhecimento puramente formal: nada dizem sobre a realidade, são saberes sem conteúdo, puras tautologias, enquanto o saber de conteúdo só nos pode ser dado pela percepção sensível e não por meio da reflexão pura, sem qualquer controle empírico como pretende a filosofia tradicional, a metafísica. Daí o famoso ‘critério de verdade’ do neopositivismo, o princípio empírico de verificação: somente sentenças de conteúdo podem ser verdadeiras ou falsas; portanto, só têm sentido as proposições que podem ser univocamente reduzidas a fatos de percepção. Todo conhecimento fundado radica nos fatos fornecidos por nossos sentidos. Não há, portanto, ciência não empírica do real”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 86.

³⁷³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 87.

³⁷⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 89.

³⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 41. Sobre isso, bastante esclarecedora a lição de Luis Alberto Warat: “assim, por exemplo, a sequência de signos ‘a cadeira é branca’ é um enunciado ao qual se pode aplicar o predicado verdadeiro, já que expressa um fato que efetivamente pode ocorrer. Ao contrário, a série ‘os duendes se apaixonam em maio’ é um enunciado semanticamente sem sentido, porque não se refere a nenhum fato ou situação que efetivamente possa ocorrer ou sua existência seja admissível. Desta forma, verifica-se que para o positivismo lógico, a nível semântico, a verdade opera como um critério ou condição de sentido”. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 40-41.

Tudo isso deixa evidenciado o papel desempenhado por Carnap no âmbito da filosofia analítica e do positivismo lógico. A linguagem, embora aqui seja considerada o elemento central da filosofia, é depurada a partir de uma análise lógica, que reduz o âmbito de abrangência da filosofia, que deve se realizar pela análise da linguagem³⁷⁶.

Estabelecidas essas premissas torna-se possível elevar a ponte que vai da filosofia analítica à filosofia da linguagem ordinária. Entre essas duas correntes do pensamento filosófico, ou melhor, nas duas correntes, está Ludwig Wittgenstein³⁷⁷. Este filósofo, nas duas fases do seu pensamento, dedica-se à questão fundamental envolvendo a linguagem e o pensamento³⁷⁸.

Na primeira fase do seu pensamento, Wittgenstein desenvolve sua teoria da figuração do mundo. Mundo, para ele, é a totalidade dos fatos³⁷⁹. O pensamento é a figuração lógica dos fatos, enquanto que a totalidade dos pensamentos verdadeiros é a figuração do mundo³⁸⁰. A correspondência entre pensamento e mundo só é possível quando ambos têm algo em comum. É o que ele chama de *forma da afiguração*, que é a “forma lógica”³⁸¹. Essa identidade entre pensamento e realidade

³⁷⁶ Pode-se dizer que “o positivismo lógico caracteriza-se pela preocupação com a fundamentação da ciência em uma linguagem lógica e em bases empíricas, eliminando os elementos metafísicos (como essências e formas) e psicológicos (como ideias e representações mentais), considerados verificáveis, ou seja, fora do alcance do teste empírico, adotado como critério de validade das teorias científicas. Em termos gerais, a filosofia analítica pode ser caracterizada por ter como ideia básica a concepção de que a filosofia deve realizar-se pela análise da linguagem. Sua questão central seria então, pelo menos em primeiro momento, ‘Como uma proposição tem significado?’. É nesse sentido que, nessa concepção de filosofia, o problema da linguagem ocupa um lugar central”. MARCONDES, Danilo. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 12.

³⁷⁷ Como bem destaca Manfredo de Oliveira ao tratar da obra de Wittgenstein, “duas correntes de pensamento se acham, de modo especial, ligadas a ele: o *empirismo lógico* ou neopositivismo do Círculo de Viena, que se liga à primeira filosofia de Wittgenstein, ou seja, à do *Tractatus*, e a filosofia da linguagem ordinária ao Wittgenstein da segunda fase – a das *Investigações Filosóficas*”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 94.

³⁷⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 95.

³⁷⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 55.

³⁸⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 61.

³⁸¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 102. Nesse sentido: “2.6 Os fatos, para serem figuração, devem ter algo em comum com o que é afigurado. 2.161 Deve haver algo idêntico na figuração e no afigurado a fim de que um possa ser a figuração do outro. 2.17 O que a figuração deve ter em comum com a realidade para poder afigurar à sua maneira — correta ou falsamente — é sua forma de afiguração. [...] 2.18 O que cada figuração, de forma qualquer, deve sempre ter em comum com a realidade para poder afigurá-la em geral — correta ou falsamente — é a forma lógica, isto é, a forma da realidade. 2.181 Se a forma da afiguração é a forma lógica, a figuração

pode ser considerada como uma espécie de “isomorfia”³⁸². Ela se dá, no *Tractatus*, a partir de uma identidade estrutural. Portanto, uma figuração somente será perfeita quando houver uma identidade de estrutura interna e externa, de modo que a identidade da estrutura externa pressupõe a identidade da estrutura interna, tratando-se, pois, de uma identidade estrutural³⁸³.

O pensamento é, no *Tractatus*, uma proposição significativa. É que a proposição, nesse sentido, é uma figuração da realidade, é o modelo da realidade tal como é pensada³⁸⁴. Assim, a totalidade das proposições é a linguagem. Por isso, nele Wittgenstein vai dizer que a linguagem veda o pensamento³⁸⁵ e que “os limites de minha linguagem denotam os limites do meu mundo”³⁸⁶. É nesse sentido que “na proposição o nome substitui o objeto” e que os signos substituem os objetos, não sendo possível enunciá-los, mas somente falar sobre eles. Dito de outro modo, “uma proposição pode apenas dizer *como* uma coisa é, mas não o que é”³⁸⁷.

Nesse contexto, Wittgenstein vai cobrar um rigor linguístico pois é devido à possibilidade de uma mesma palavra designar de modos diferentes ou, ainda, de duas palavras serem empregadas na proposição superficialmente da mesma maneira, que nasceriam as confusões mais fundamentais, de que toda a filosofia estaria plena³⁸⁸. Para evitar esses erros, Wittgenstein defende o uso de uma

chama-se lógica”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 60.

³⁸² Conforme Manfredo de Oliveira, essa relação de correspondência entre os dois polos (mundo e pensamento) na obra de Wittgenstein, “foi muitas vezes compreendida e interpretada como uma relação isomórfica (Stenius, Stegmüller, Kutschera). Tai interpretação parece-me capaz de exprimir a intenção fundamental de Wittgenstein”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 102.

³⁸³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 103.

³⁸⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 71.

³⁸⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 70.

³⁸⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 111.

³⁸⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 111.

³⁸⁸ Assim: “na linguagem corrente amiúde acontece que a mesma palavra designa de modos diferentes – pertencente, pois, a símbolos diferentes – ou ainda duas palavras, que designam de modos diferentes, são empregadas na proposição superficialmente da mesma maneira. Assim a palavra ‘é’ aparece como cópula; como sinal de igualdade e expressão da existência; ‘existir’, enquanto verbo intransitivo do mesmo modo que ‘ir’; ‘idêntico’, enquanto adjetivo: falamos respeito de *algo*, mas também de que *algo* acontece. (Na proposição ‘Rosa é rosa’ (‘Grün ist grün’) – onde a primeira palavra é nome de pessoa e a última é adjetivo – ambas as palavras não têm apenas denotações diferentes, mas constituem símbolos diferentes). Nascer assim as confusões mais fundamentais (de que toda a filosofia está plena)”. WITTGENSTEIN, Ludwig.

linguagem simbólica que seja capaz de excluí-los, de modo que não seja empregado superficialmente o mesmo signo para símbolos diferentes, nem sejam empregados signos que de designam, de maneira diversa, do mesmo modo. Vale dizer, uma linguagem que obedeça à gramática lógica (à sintaxe lógica)³⁸⁹. É assim que a construção do mundo pela proposição se dá com “a ajuda de andaimes lógicos”³⁹⁰.

É certo que Wittgenstein se distancia, em alguns pontos, da semântica tradicional, notadamente por conceber a função da linguagem não somente como designação e expressão, mas, também, como correspondência da estrutura categorial das expressões à estrutura categorial da realidade. No entanto, não se pode obscurecer o fato de sua semântica desenvolver de modo muito preciso os pressupostos ontológicos da semântica tradicional³⁹¹.

O que está em jogo aqui, a partir da abordagem obra de Wittgenstein é verificar a guinada no seu pensamento com a sua obra *Investigações Filosóficas*, que marca a segunda fase do seu pensamento, na qual ele desenvolve “uma crítica radical à tradição filosófica ocidental da linguagem, cuja expressão última havia sido precisamente o *Tractatus*”³⁹². Agora, então, Wittgenstein vai se colocar contra a tradição do pensamento ocidental fundada na ideia de uma isomorfia entre realidade e linguagem, vale dizer, a ideia de que a palavra serve para designar diferentes objetos que possuem uma determinada essência – aquilo que é comum a várias coisas individuais, o conceito³⁹³. O *Tractatus* era justamente a última forma dessa teoria, que servia de alicerce à teoria da figuração.

Tractatus logico-philosophicus. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 66.

³⁸⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 67.

³⁹⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 72.

³⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 61.

³⁹² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 113-114.

³⁹³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 117.

³⁹³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 117. Como bem destaca Coreth, desde o Crátilo de Platão e sobretudo nos escritos lógicos de Aristóteles, “tornou-se predominante a concepção da linguagem como simples sistema convencional de sinais para designar conteúdos já pensados, visando a compreensão na sociedade. A palavra refere-se ao conceito, e a linguagem à essência das coisas. Quanto mais se procura atingir pelo pensamento a essência eterna e imutável, mas se deve entender e apreciar a linguagem como pertencente a este mundo passageiro e transitório [...]. Essa concepção da linguagem, na qual aparece em primeiro plano a função designadora dos objetos, mas não se divisa mais a totalidade viva do acontecimento linguístico

Para Wittgenstein, não se deve buscar a essência da linguagem, mas, sim, indagar como ela funciona. A atitude metafísica, portanto, deve ser substituída pela atitude prática³⁹⁴. Deve-se, pois, reconduzir as palavras do seu emprego metafísico para o seu emprego cotidiano³⁹⁵. É desse modo que ele vai acusar de insuficiente função designativa das palavras, uma vez que elas não designam algo teórico e de maneira unívoca para, depois, serem usadas nessa ou naquela acepção. Ao contrário, elas primeiro são empregadas na vida cotidiana, constituindo esse emprego cotidiano a sua significação³⁹⁶.

Com efeito, denominar algo consiste em colocar uma etiqueta numa coisa³⁹⁷, sem que isso importe na possibilidade de se alcançar uma espécie de exatidão da linguagem³⁹⁸, como se almejava no *Tractatus*. Wittgenstein utiliza o termo *jogos de linguagem*³⁹⁹, para salientar que “o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida”⁴⁰⁰. Com isso, a significação das palavras não pode ser estabelecida de modo definitivo, mas, sim, que seu significado depende de uma consideração do contexto *socioprático* em que é utilizada⁴⁰¹.

em sua primitiva função criadora e reveladora do sentido, penetra na tradição de quase toda filosofia ocidental. Ela fica valendo para a filosofia estóica da linguagem, do mesmo modo que para a escolástica medieval, tanto para o realismo como para o nominalismo na disputa dos universais, ou até para Guilherme de Ockham, embora este critique a partir do uso concreto da linguagem, a concepção realista de Platão”. CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 27.

³⁹⁴ D’OLIVEIRA, Armando. Wittgenstein: vida e obra. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 14.

³⁹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 66.

³⁹⁶ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 33.

³⁹⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 32.

³⁹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 61.

³⁹⁹ Conforme Stegmüller, “a expressão ‘jogo de linguagem’ não surge por acaso. O aspecto sob o qual Wittgenstein contempla a linguagem leva, quase que necessariamente, à comparação da linguagem como um jogo complicado como, por exemplo, o xadrez. Sob múltiplos aspectos, a analogia evidencia-se frutífera. Antes de tudo, é o ponto de vista operativo que aparece em primeiro plano, para Wittgenstein. A realização de um jogo consiste em determinado operar com figuras de jogo: a concretização da linguagem na condição de um jogo de linguagem consiste em um operar com palavras e frases. No primeiro caso, o operar com figuras de jogo é governado por certas regras; analogamente, no segundo caso, o operar com expressão linguística também se processa em consonância com algumas regras”. STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 418.

⁴⁰⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 35.

⁴⁰¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 61.

Nisso, fica caracterizada uma diferença essencial do projeto filosófico de Wittgenstein – filosofia da linguagem ordinária – em relação ao positivismo lógico. É que a filosofia da linguagem ordinária trabalha, segundo Warat, em um nível de análise privilegiado, que é o nível da pragmática, enquanto o positivismo lógico contenta-se com uma análise sintática e semântica da linguagem⁴⁰².

Ao invés de compreender e formular regras de uma “gramática profunda”, caberia muito mais à filosofia, segundo Wittgenstein, fazer uma análise das situações pragmáticas presentes nos diversos jogos de linguagem⁴⁰³. A filosofia, com efeito, não deveria tocar no uso efetivo da linguagem, mas apenas descrevê-lo⁴⁰⁴. Essa descrição, no entanto, opera já no plano do uso da linguagem, no campo da pragmática, o que representa um sensível avanço em relação à tradição semântica que precedeu as investigações filosóficas de Wittgenstein.

Pode-se ver que a linguagem ocupa, no segundo Wittgenstein, um novo papel, diverso, portanto, daquele que ocupava na filosofia linguística semântica que vinha de Frege até Carnap e os demais seguidores do círculo de Viena. Desse modo, a linguagem passa a ser condição de possibilidade do próprio conhecimento, deixando de ser um mero instrumento à disposição do homem: “não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela”, como queria Wittgenstein no *Tractatus*. Assim, conforme precisa leitura que Manfredo de Oliveira faz da sua obra, “isso significa, de fato, apesar de não ser expresso em Wittgenstein com toda clareza em virtude do próprio caráter assistemático de sua obra, a descoberta da *transcendentalidade da linguagem humana*, de seu caráter transcendental”⁴⁰⁵.

Nesse sentido, o pensamento de Wittgenstein aproxima-se, de certo modo, ao pensamento de Humboldt, na medida em que a linguagem não é aqui somente objeto de análise numa perspectiva científica, como queria o neopositivismo lógico. Na realidade, como afiança Coreth, “aqui também se trata de compreender o

⁴⁰¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 131.

⁴⁰² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 64.

⁴⁰³ STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 422.

⁴⁰⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 67.

⁴⁰⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 128.

⁴⁰⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 131.

fenômeno linguístico individual por sua função no todo da vida humana, como contexto de significação, no qual ela está e do qual é falada”⁴⁰⁶. Ainda que o método analítico não tenha sido de todo abandonado no segundo Wittgenstein, trata-se, melhor dizendo, de uma *pragmática analítica*, no seio da qual a linguagem ocupa um lugar cimeiro, importado à investigação filosófica o seu estudo fundado na descrição dos seus usos, e não mediante explicações ao modo da ciência⁴⁰⁷.

As investigações filosóficas de Wittgenstein vão impulsionar o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária, em frentes distintas⁴⁰⁸, cabendo aqui ressaltar como seus expoentes, notadamente na matriz da escola de Oxford, Austin e Searl. Essas teorias vão se aproximar da matriz hermenêutica pelo menos na medida em que cuidam de explicitar o contexto intersubjetivo (pragmático) em que o sentido é gerado⁴⁰⁹. A sua influência fez, ainda, com que hoje, mesmo no terreno da filosofia analítica, apenas parcialmente se mantenham as teses neopositivistas, deixando de conceber como válida somente a linguagem científica para se preocupar, igualmente, com o sentido dos enunciados em geral, cujo sentido e possibilidade somente ocorre no todo vivo e na multiplicidade da linguagem natural⁴¹⁰. Disso decorre o fato de que, para uma teoria analítica do direito, atualmente, os problemas da teoria do direito vão se resumir a questões de definição

⁴⁰⁶ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 34.

⁴⁰⁷ ROJAS OSORIO, Carlos. *Genealogía del giro lingüístico*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2006. p. 188. Rojas chega a dizer que, “en Wittgenstein el giro hermenêutico y el giro lingüístico coinciden, pues el lenguaje se da desde la forma de vida de cada pueblo”. ROJAS OSORIO, Carlos. *Genealogía del giro lingüístico*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2006. p. 87.

⁴⁰⁸ Conforme Warat, “no interior da filosofia da Linguagem Ordinária, podem ser indicadas duas grandes correntes, ainda que nenhuma delas tenha chegado a constituir uma escola organizada. Tais correntes ocupam-se em analisar questões parciais, em examinar isoladamente os problemas das linguagens ordinárias, sem procurar sua organização sistemática. O primeiro grupo aglutinou-se ao redor das ideias de Wittgenstein, tendo Malcom e Waismann como suas figuras mais destacadas. O segundo grupo está vinculado ao que se denominou Escola de Oxford, cujos membros mais importantes são: Ryle, Austin, Strawson, Hart e Hare. O traço distintivo mais marcante entre tais correntes é o fato de que os filósofos de Oxford foram menos obcecados na tentativa de evitar discussões metodológicas gerais e na procura de resultados particulares. Austin chega a insinuar a possibilidade de uma ciência da linguística”. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 63.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 221. Sobre o tema, com mais vagar, ver OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 149-200.

⁴¹⁰ CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 34.

linguística, de modo que o significado das expressões jurídicas passa a ser encontrado de acordo com o uso que delas é feito na linguagem corrente⁴¹¹.

2.2.3 O Problema da Indeterminação do Direito na Perspectiva da Filosofia da Linguagem Ordinária

A filosofia da linguagem ordinária, na medida em que passa a levar em consideração os usos da linguagem, permite que se possa explorar o significado dos termos linguísticos em dois níveis básicos de significação, quais sejam, o significado de base e o significado contextual. Como muito bem elucida Warat, o significado de base “é aquele que reconhecemos no plano teórico quando abstraímos a significação contextual e consideramos o sentido congelado, a partir dos elementos de significação unificados por seus vínculos denotativos”. Já o significado contextual pode ser entendido como um “efeito de sentido derivado dos processos efetivos da comunicação social”⁴¹².

A partir daí o problema da indeterminação do direito pode ser visualizado em duas perspectivas. Por um lado, muitas palavras, quando analisadas somente no plano do significado de base podem apresentar algumas características de sua estrutura denotativa e designativa que por si só impossibilitam uma significação plena. Por outro lado, diante do contexto – do uso da linguagem – uma expressão que, em abstrato, não apresentava problemas linguísticos pode dar margem a incertezas. Warat dá um bom exemplo nesse sentido a partir da expressão “proibido usar tanga”, a qual tem um significado de base padronizado que, facilmente, remete o intérprete a uma peça do vestuário. Porém, o sentido da mensagem poderá mudar, conforme figure em um cartaz na praia de Ipanema ou na porta de entrada de um campo de nudismo: “a situação, em ambos os casos, indicar-nos-á a adoção

⁴¹¹ SAARBRÜCKEN, Mazurek. Teoria analítica do direito. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 371. Conforme Saarbrücken, “A teoria analítica do direito, na tradição inglesa de Bentham (1748-1821), passando por J. Austin (1790-1859), até Kelsen (1881-1973) e H.L.A. Hart (nascimento em 1907) é uma orientação integrada na chamada teoria positivista do direito, cuja fundamentação se deve a Hobbes (1588-1678)”. SAARBRÜCKEN, Mazurek. Teoria analítica do direito. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 369.

⁴¹² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 65.

de diferentes comportamentos em relação à tanga. Numa das hipóteses, usar uma peça de banho maior; em outra, nada usar”⁴¹³.

Não se trata, certamente, de um problema recente na doutrina jurídica. Alf Ross, ainda na década de 50, já reconhecia que a referência semântica da palavra tem uma zona central sólida, em que sua aplicação é predominantemente certa, e um nebuloso círculo exterior de incerteza, no qual sua aplicação é menos usual e no qual se torna mais duvidoso saber se a palavra pode ser aplicada ou não⁴¹⁴. Com efeito, os problemas semânticos da interpretação seriam aqueles referentes ao significado das palavras individuais ou das frases. O problema decorreria do fato de muitas palavras serem ambíguas e que todas seriam vagas⁴¹⁵.

A linguagem jurídica, enquanto linguagem de uma comunicação prática, não suscita apenas nem fundamentalmente o objetivo semântico da significação abstrata (lógico-linguística isolada) dos seus termos e expressões, e ainda que com o complemento sintático de significação obtido no respectivo contexto discursivo; procura antes uma projeção performativa e comunicacional só possível pela inserção dos seus enunciados no contexto social (sócio-histórico-cultural) e mediante uma leitura deles em função prático-hermenêutica desse contexto⁴¹⁶. Há, nesse sentido, uma contínua tensão significante, somente sendo possível obter-se o sentido dos enunciados jurídicos superando a distância significativa entre a significação semântica das expressões e o sentido prático-hermenêutico do enunciado⁴¹⁷.

Postas as coisas desse modo, cabe mencionar que três são os problemas linguísticos que avultam o caráter indeterminado do direito: a porosidade, a vagueza e ambiguidade.

Conforme Friedrich Waismann, “*um termo é definido quando descreve exatamente o tipo de situação na qual é para ser utilizado*”. Como, de fato, nunca é

⁴¹³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 67.

⁴¹⁴ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (1958) Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 142.

⁴¹⁵ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (1958) Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 164.

⁴¹⁶ NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 377.

⁴¹⁷ NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 377-378.

possível eliminar a possibilidade de algum fato imprevisto emergente, também não é possível ter certeza de que se incluiu na definição tudo o que deve ser incluído, de modo que o processo de definição e refinamento é uma ideia vai continuar sem nunca atingir um estado final. Desse modo, “cada definição se estende para um horizonte aberto”⁴¹⁸. Com efeito, todo conceito empírico, independentemente do modo pelo qual é definido, sempre parte de uma demarcação definitiva pensada para casos normais, não se contando com casos inesperados⁴¹⁹.

É nesse sentido, justamente, que Hart afirma que os legisladores humanos não podem ter conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Tal incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade. Assim, quando uma norma traz uma regra geral de conduta, como, por exemplo, a regra de que nenhum veículo pode ser levado a um parque, a linguagem usada neste contexto estabelece as condições necessárias que qualquer coisa deve satisfazer para se achar dentro do seu âmbito de aplicação, podendo, certamente, apresentarem-se exemplos claros do que cai dentro do seu âmbito (casos paradigmáticos e claros como o automóvel, o autocarro, o motociclo). Nesse caso, resolve-se, desde o início, a questão de que a paz e a tranquilidade no parque deviam ser mantidas à custa, em qualquer caso, da exclusão destas coisas. No entanto, até que se tenha colocado a finalidade geral da paz no parque em confronto com aqueles casos que não eram encarados inicialmente ou não poderiam ser encarados (talvez um automóvel de brinquedo, movido eletricamente), a finalidade é, nessa direção, indeterminada⁴²⁰.

Ocorre que as porosidades (textura aberta) são indeterminações referenciais provocadas quer pela sempre possível alteração ou novidade problemáticas, quer pela temporal modificação das situações e dos contextos práticos. Ela é intrínseca à linguagem, pois não se pode saber *a priori* e uma vez por todas que problemas, casos ou circunstâncias futuras se oferecerão no seu horizonte de possível referência, pelo que a sua significação não se pode ter também nunca por definitivamente determinada. Daí se dizer que a porosidade considera a

⁴¹⁸ WAISMANN, Friedrich. Verifiability. Analysis and metaphysics. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, v. 19, p. 125, 1945, Suppl.

⁴¹⁹ STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 438.

⁴²⁰ HART, L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 141-142.

indeterminação relativamente a fenômenos ainda não conhecidos, como que se traduzindo numa vaguidade potencial⁴²¹.

Como leciona Frederick Schauer, a textura aberta é uma característica indelével da linguagem, uma consequência do confronto entre a linguagem fixa e uma mudança contínua em um mundo desconhecido⁴²². Desse modo, qualquer tentativa de construir um esquema conceitual preciso de certeza absoluta, cairia por terra. Afinal, “claramente, o arquétipo da certeza absoluta seria uma casuística infinita: uma casuística isto é que preveja todos os casos. Isso é impossível em razão da extrema variedade dos casos e pela historicidade da experiência humana”⁴²³.

A concepção da linguagem no segundo Wittgenstein se relaciona diretamente com a noção já esboçada de *textura aberta* de Waismann, denominada *abertura dos conceitos* por Stegmüller. Para este autor é possível elucidar melhor a ideia de abertura de conceitos, reportando-se justamente à tese de Wittgenstein de que o significado (na maioria das vezes) é o uso correto e se considerarmos que os conceitos (na maioria das vezes) são significados de expressões. Assim, é possível fixar regras para o uso, em determinadas situações pragmáticas e, deste modo, afastar ambiguidades e diminuir o campo de vaguidade. Contudo, enfatiza o filósofo alemão, isso tem um limite: *a abertura dos conceitos repousa no fato de ser impossível estabelecer regras para todas as espécies e situações concebíveis*. Por isso, uma expressão de fato, e rigorosamente delimitada, sempre encerraria possibilidade de vagueza. Todo conceito empírico, independentemente do modo pelo qual é definido, sempre parte de uma demarcação definitiva pensada para casos normais, não se contando com casos inesperados⁴²⁴.

No entanto, faz-se necessário advertir que o problema da abertura dos conceitos não constitui, para o próprio Waismann, necessariamente um problema de vagueza⁴²⁵. Pelo contrário, textura aberta é algo distinto da vagueza, pois esta diz

⁴²¹ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 112.

⁴²² SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford Clarendon Press, 2002. p. 35-36.

⁴²³ VALLAURI, Luigi Lombardi. Norme vaghe e teoria generale del diritto. *Ars interpretandi*. Annuario di ermeneutica giuridica. L'intenzione nell'interpretazione. Padova: CEDAM, 1998. p. 160.

⁴²⁴ STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 438.

⁴²⁵ Não somente Stegmüller confunde a questão da textura aberta com a vagueza. No âmbito da teoria do direito e da interpretação também Guastini trata como fenômenos imbricados a vagueza e a textura aberta: La vaghezza (la open texture, la trama aperta) – a differenza

respeito ao uso flutuante da palavra⁴²⁶. Ainda, mais adequado seria traduzir a expressão *Porosität der Begriffe* por porosidade dos termos, e não por textura aberta, utilizada por Waismann por sugestão do professor Kneale em razão da falta de um termo em inglês coincidente com o alemão⁴²⁷.

Daí a importância da distinção entre os dois níveis básicos de significação referidos, propostos por Warat, quais sejam, o *significado de base* e o *significado contextual*. Por sinal, a existência de um significado contextual deixa nítida, pois, a existência de “*uma ilusão de univocidade fornecida pela inalterabilidade da instância sintática dos textos legais*”⁴²⁸, na medida em que não há como fugir da problemática decorrente do uso flutuante das palavras. Por outro lado, deve-se ter presente que é justamente no significado de base que estão inseridos os problemas da *vagueza* e da *ambiguidade* dos termos gerais⁴²⁹. É acertado dizer, portanto, que os significados da linguagem natural apresentam uma significação incompleta se analisados exclusivamente ao nível de sua significação de base, na medida em que, nesse nível, algumas características de sua estrutura designativa e denotativa determinam, por si só, a impossibilidade de acesso a uma significação plena⁴³⁰.

A vagueza dos termos jurídicos, por sua vez, consiste em um grau de indeterminação pré-existente, vale dizer, que não se dá diante de contextos não pensados pelo legislador. Com efeito, um termo é vago, em sentido amplo, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. É que, na prática, os critérios mediante os quais se pretende explicar o significado dos termos gerais da linguagem natural não permitem decidir, na totalidade dos casos, os limites

dell'equivocità – è una proprietà oggettiva del linguaggio, e non solo del linguaggio giuridico: tutti i predicati in senso logico condividono (almeno potenzialmente) questa proprietà. La vaghezza non dipende dunque dalla tecnica interpretativa o dalla dogmatica: essa non può essere soppressa (anche se può essere ridotta per mezzo di definizioni). La vaghezza delle espressioni usate nel linguaggio delle fonti – che non è risolta dalla interpretazione in astratto – fa sì che l'interprete, di fronte ad un caso “marginale” cioè ad un caso che cade ai margini della “trattata” – nella “area di penombra”, come si usa dire – possa decidere discrezionalmente se la fattispecie in esame debba o non debba essere inclusa nel campo di applicazione della norma in questione. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 56.

⁴²⁶ WAISMANN, Friedrich. Verifiability. Analysis and metaphysics. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, v. 19, p. 123, 1945. Suppl.

⁴²⁷ Nesse sentido: “*I owe this term to Mr. Kneale who suggested it to me as a translation of Porosität der Begriffe, a term coined by me in German*”. WAISMANN, Friedrich. Verifiability. Analysis and metaphysics. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, v. 19, p. 121, 1945. Suppl. nota 2.

⁴²⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. p. 68.

⁴²⁹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 76.

⁴³⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 76.

precisos para sua denotação, devendo os usuários decidirem pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou classes de termos dentro da denotação⁴³¹. No caso da vagueza, pois, o predicado descritivo é de referência imprecisa⁴³², de modo que a redução da vagueza poderá se dar, no âmbito da norma jurídica, a partir de definições esclarecedoras realizando um processo através do qual se explica o grau em que as notas devem existir nos objetos para serem incluídos na classe⁴³³. Desse modo, tem-se como exemplo de vagueza a previsão do art. 5.º, LXXIV, da Constituição Federal, que prevê a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a “*insuficiência de recursos*”.

Note-se que o problema da vagueza se encaixa em juízo de “mais ou menos”, o que implica uma questão da graduação, de quantidade. É o que acontece com o termo “calvo”, na medida em que uma pessoa pode ser mais ou menos calva⁴³⁴. Diferentemente, os conceitos abertos, na dimensão do significado de base, em princípio, não apresentam problemas de indeterminação. O conceito carro, por exemplo, torna-se controverso diante de situações não previstas, vale dizer, diante de situações contextuais. Dito de outro modo, a indeterminação do conceito aberto poderá ser maior diante de certos contextos não previstos, ao passo que a indeterminação da vagueza poderá ser menor diante de contextos nos quais os elementos aclaratórios apresentam-se de forma mais específica.

Já a ambiguidade pode ligar-se a uma situação de *homonímia* ou de *polissemia*. A questão aqui reside no plano da incerteza significativa. Haverá *homonímia* quando um mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos claramente diferenciáveis. É o caso da palavra manga, que pode designar uma fruta ou uma parte do vestuário⁴³⁵. Sob a forma de *polissemia*, a ambiguidade se refere aos casos em que um mesmo termo designa um conjunto de significativos designativos conectados metaforicamente: “assim, a palavra ‘pesado’ pode referir-se tanto a este livro como a uma tonelada de

⁴³¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 76.

⁴³² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 40.

⁴³³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 40.

⁴³⁴ PUPPO, Federico. *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense*: saggio di logica giuridica. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012. p. 21.

⁴³⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 78.

ferro, podendo também ser empregada para designar uma pessoa cansativa⁴³⁶. Também aqui, muitas vezes, o contexto esclarecerá as dúvidas e não haverá ambiguidade. Daí que o problema da ambiguidade se encaixa em um problema de “concordância”, pois de acordo com o contexto uma pena será uma caneta tinteiro ou uma pluma, sem que se possa dizer que a pena é mais ou menos caneta ou mais ou menos pluma⁴³⁷.

Como se vê, é possível trilhar dois caminhos de indeterminação do direito na perspectiva da linguagem: um que já se apresenta na *dimensão do significado de base* e que poderá ser reduzido na *dimensão do significado contextual* (vagueza e ambiguidade) e, outro, que se dará na *dimensão do significado contextual* e que poderá ser reduzido – mas nunca eliminado – na *dimensão do significado de base* (textura aberta ou porosidade).

Com isso, pode-se dizer que a indeterminação é conatural ao direito. Ainda que se possa reduzir a vagueza e a ambiguidade, afigura-se impossível afastar a porosidade. É que a referência à realidade é sempre mais complexa (nos elementos constitutivos e na relação entre eles) e diferente (no modo de manifestação e de determinação) do que é possível a qualquer enunciado lógico-linguístico comunicado por uma expressão verbal, de modo que o suporte fático presente no seu enunciado se revelará sempre incompleto (quanto ao seu conteúdo) e aberto (quanto ao âmbito e aos limites objetivos) na referência a realidade do seu cumprimento⁴³⁸.

2.3 A PRIMAZIA DA ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO FENÔMENO JURÍDICO DIANTE DAS INSUFICIÊNCIAS DE UMA ABORDAGEM PURAMENTE ANALÍTICA DA LINGUAGEM

Todo o percurso percorrido até aqui serviu para assentar os alicerces a partir dos quais serão abordados os temas centrais da presente tese. Falar sobre questões relativas à indeterminação do direito, à interpretação e à teoria das normas

⁴³⁶ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 78.

⁴³⁷ PUPPO, Federico. *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense: saggio di logica giuridica*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012. p. 21.

⁴³⁸ NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 439.

jurídicas depende de um ponto de partida ou, melhor dizendo, de uma tomada de posição acerca de como encarar o fenômeno jurídico.

Afirmar a existência de uma primazia da teoria hermenêutica sobre a teoria analítica não significa desprezar essa última. O que se pretende evidenciar, na verdade, são os limites de uma abordagem puramente analítica. É que, ao focar o problema da linguagem somente no âmbito proposicional, vale dizer, das definições lógico-formais ou lógico-semânticas, deixa-se obnubilado aquele nível mais profundo de conhecimento – o *“logos hermenêutico”* – em que se encontra tematizada a questão da compreensão. Como bem diz Ernildo Stein, *“as estruturas lógicas não dão conta de todo o nosso modo de ser conhecedores das coisas e dos objetos, e aí somos obrigados a introduzir um elemento que será o núcleo dessa análise, o elemento da interpretação”*⁴³⁹. Visualizadas as coisas desse modo, pode-se dizer que o significado somente é sustentado porque as sentenças (no sentido de proposições discursivas) proferidas no nível lógico-semântico dependem de uma compreensão prévia que já está em todo e qualquer discurso⁴⁴⁰. A hermenêutica filosófica procura justamente explicitar essa estrutura prévia de sentido garantidora da possibilidade de significado. Não fica, pois, limitada a uma atividade sintática, semântica ou simplesmente analítica. É justamente nisso que residem os limites da analiticidade e que fazem com que seja necessário explorar as questões que dizem respeito à interpretação e à teorização das normas jurídicas levando em consideração os dois “níveis da linguagem”. Somente assim será possível construir uma teoria do processo capaz de dar conta de toda a complexidade do fenômeno processual civil.

No desenvolvimento dos próximos itens, serão abordados temas pontuais da teoria do direito contemporânea, cuja repercussão no direito processual civil sobremaneira significativa. Há, por exemplo, duas formas de lidar com temas como a diferença entre texto e norma e a fundamentação das decisões judiciais. Em ambas as situações, existirá um caminho a ser seguido a partir da matriz analítica e outro a ser seguido a partir da matriz hermenêutica. No entanto, o que se buscará explicitar é a primazia da matriz hermenêutica na medida em que a analítica somente trabalha no plano lógico-semântico das proposições, ignorando algo que é muito caro para a

⁴³⁹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 18.

⁴⁴⁰ STEIN, Ernildo. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras: a aporia da filosofia analítica. In: SULIANI, Antônio (Org.). *Etnias & carisma: poliantéia em homenagem a Rovílio Costa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 438.

matriz hermenêutica: a dupla estrutura da linguagem. E, nessa perspectiva, o nível hermenêutico da linguagem acaba sendo, na matriz analítica, substituído pela subjetividade do intérprete, de modo que não se consegue chegar a um desvencilhamento da filosofia da consciência.

2.3.1 A Diferença entre Texto e Norma Diante do Problema da Interpretação Jurídica

É lugar comum na teoria jurídica contemporânea a afirmação de que texto e norma são distintos e que aí residiria um dos problemas centrais da interpretação do direito. Esse é, sem dúvida, um dos traços marcantes do modo como o direito é visualizado atualmente. Ninguém duvida que a atividade do juiz diante dos casos a serem decididos não se resume a uma mera exegese dos critérios jurídicos capazes de solucionar o caso. Antes, porém, de fazer uma análise mais profunda sobre o tema, é necessária uma explicação um pouco mais sofisticada acerca do que significa a diferença entre texto e norma.

O tema em questão não é novo, embora por muito tempo tenha sido pouco explorado pela doutrina. Ainda na década de 50, porém, Tullio Ascarelli trava um debate extremamente importante com Francesco Carnelutti, tendo como cerne a interpretação e a aplicação da lei. Segundo Ascarelli, o dado ao qual imediatamente se refere a interpretação é um texto, do qual se deve extrair uma norma abstratamente posta em relação a uma classe de casos, que se proponha como coerente para a solução de um caso real ou imaginário⁴⁴¹. Aspecto de crucial importância no pensamento de Ascarelli é a equivocidade do texto, que, para ele, decorreria do inevitável caráter abstrato da norma. Justamente essa equivocidade que permitiria uma aplicação a uma realidade concreta mutável. Por isso, a interpretação não seria um espelho em relação ao texto, mas uma nova formulação de norma em continuidade com o dado (texto), o que permitiria a aplicação de uma norma, segundo um critério de continuidade, a uma concreta e mutável realidade⁴⁴².

Note-se que a concepção de Ascarelli era bastante robusta para a sua época, pois partia do pressuposto de que a norma jurídica, enquanto produto da

⁴⁴¹ ASCARELLI, Tullio. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 13, p. 14, 1958.

⁴⁴² ASCARELLI, Tullio. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 13, p. 15, 1958.

interpretação do texto, somente existiria no caso concreto (real ou imaginário) em que aplicada. Interpretação e aplicação fundiam-se nesse processo de construção da norma diante do caso. Isso significa negar inclusive a tese *in claris cessat interpretatio*. É que, para o jurista italiano, a mais pedestre das interpretações literais deveria superar a inevitável equivocidade do texto para a formulação da norma a aplicar ao caso⁴⁴³.

Tratava-se, já naquele contexto, de enxergar um caráter criativo na interpretação dos textos jurídicos. Com efeito, intérprete exerceria uma função criativa, cooperando na evolução do direito. Nenhuma interpretação seria exclusivamente declaratória, na medida em que repousava sobre a reconstrução da norma⁴⁴⁴. Nessa senda, a formulação de uma norma constituiria a ponte sempre em construção entre um passado e um futuro, vivendo exatamente no momento dessa passagem. É que uma vez aplicada se reduziria ao passado, como norma precedente, ou melhor dizendo, voltando a ser texto para aplicações sucessivas⁴⁴⁵.

O debate com Carnelutti deu-se em razão deste não aceitar que a norma pudesse ser um *posterius* da interpretação, pois deveria ser concebida como o dado a interpretar, um *prius*, pois⁴⁴⁶. A afirmação de Ascarelli, para ele, seria o mesmo que dizer “*che non esiste il fucile fino a che non spara*”. Afinal, ainda que a norma não fosse aplicada ela ainda assim existiria. O que não existiria antes do fato seria,

⁴⁴³ ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 1, p. 353, 1957.

⁴⁴⁴ ASCARELLI, Tullio. L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione. Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 185. Nesse momento, Ascarelli ainda não distinguia nitidamente texto e norma, somente vindo a fazê-lo ensaios publicados em 1957 e 1958. No entanto, já no início da década de 50 sua concepção sobre a interpretação jurídica era bastante arrojada se comparada a grande maioria dos juristas da época.

⁴⁴⁵ ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 1, p. 355, 1957. Nesse sentido, afirma Ascarelli: “Ma fuori della interpretazione non c'è norma; c'è un mero testo ed è in funzione di questo che con un procedimento di interpretazione, mai eliminabile, sarà fissata la norma ai fini di un'applicazione (e la stessa norma così fissata sarà nuovamente e inevitabilmente testo ai fini di una nuova applicazione); la norma cioè è sempre e solo quale interpretata e applicata e nel momento eni qual é interpretata e applicata”. ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 1, p. 358, 1957.

⁴⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 13, p. 26, 1958.

portanto, o juízo, e não a norma⁴⁴⁷. A interpretação, com isso, consistiria na transformação da norma em direito⁴⁴⁸.

Não há dúvida que as preocupações de Ascarelli estão muito mais voltadas à interpretação que as de Carnelutti, cujo foco está centrado no juízo e no caráter criativo da atividade jurisdicional desenvolvida no processo. Nesse sentido, há entre os dois juristas uma falsa controvérsia, uma vez que visam a enfrentar problemas distintos. Ascarelli oferece uma profícua contribuição no que diz respeito ao caráter indeterminado do direito, enquanto Carnelutti – e o conjunto de sua obra melhor suscita essa questão – contribui para que se possa visualizar o caráter dinâmico do processo, a partir de sua concepção monista. A primeira questão – desenvolvida por Ascarelli – é a que mais interessa neste momento.

A diferença entre texto e norma estava, na obra de Ascarelli, mais voltada à questão da aplicação da norma diante do caso concreto (real ou hipotético) – e nisso residia a equivocidade do texto. Uma evolução das ideias de Ascarelli pode ser vista na década seguinte em outro autor italiano, Giovanni Tarello.

Tarello entendia que a norma não tinha um significado pela simples razão de que ela própria seria um significado de um segmento de linguagem de função perceptiva. Daí que, a exemplo de Ascarelli, Tarello entende equivocado falar em interpretação da norma: *“il processo interpretativo si esercita su di un enunciato, procede a partire da un enunciato, o perviene alla norma; la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto, il processo interpretativo”*⁴⁴⁹. No entanto, a equivocidade dos enunciados (textos) não residiria, para Tarello, no fato de a aplicação da norma depender do caso concreto, mas de uma questão anterior a isso, decorrente da própria indeterminação inerente à linguagem ordinária.

Nesse sentido, Tarello entende que um enunciado admite um variado número de interpretações quantas forem as possíveis combinações dos significados atribuídos, em um dado ambiente histórico-cultural, os vocábulos da linguagem ordinária e aos vocábulos técnicos que compõem os enunciados perceptivos. Essas combinações são numerosas uma vez que os vocábulos da linguagem comum apresentam largas zonas de penumbra e os termos técnicos são definidos por

⁴⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 13, p. 24, 1958.

⁴⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 1, p. 364, 1957.

⁴⁴⁹ TARELLO, Giovanni. Il problema dell'interpretazione: una formula ambigua. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, [S.l.], v. 43, n. 2, p. 353, 1966.

convenções variáveis e não necessariamente funcionalizadas a objetos precisos e unívocos⁴⁵⁰.

Essas questões foram gradualmente aprimoradas por Tarello a partir da diferença entre enunciado e proposição. Enunciados são expressões em língua caracterizadas por uma forma gramaticalmente completa⁴⁵¹. Proposições são segmentos de linguagem dotado de autonomia e individualizado pela autonomia da comunicação que constitui⁴⁵². As proposições em uma língua se exprimem através dos enunciados, porém não há uma relação biunívoca entre eles: uma proposição pode ser expressão de mais enunciados; um enunciado pode não exprimir nenhuma proposição; um enunciado pode exprimir somente uma proposição⁴⁵³. Pode-se dizer, nesse sentido, que *“la proposizione è un significato (il ‘significato-proposizione’) di un enunciato che ammette almeno una possibile interpretazione come proposizione”*⁴⁵⁴. A fruição da comunicação é mediada por um processo que vai do enunciado à proposição. Tal processo, para Tarello, é a interpretação, que pode, desse modo, assumir dois sentidos. Interpretação pode tanto designar o processo de individualização de uma proposição expressa de um enunciado, quanto a própria proposição individualizada através de tal processo⁴⁵⁵. A primeira hipótese trata-se daquilo que Tarello chamou de interpretação *attività*; a segunda, do que ele chamou de interpretação *prodotto*⁴⁵⁶, ideias que já estavam presentes no pensamento de Alf

⁴⁵⁰ TARELLO, Giovanni. Il problema dell'interpretazione: una formula ambigua. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, [S.l.], v. 43, n. 2, p. 353, 1966.

⁴⁵¹ TARELLO, Giovanni. Enunciati, enunciazioni e spie della loro funzione precettiva. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974. p. 144.

⁴⁵² TARELLO, Giovanni. Enunciati, enunciazioni e spie della loro funzione precettiva. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974. p. 175.

⁴⁵³ TARELLO, Giovanni. Enunciati, enunciazioni e spie della loro funzione precettiva. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974. p. 176.

⁴⁵⁴ TARELLO, Giovanni. Enunciati, enunciazioni e spie della loro funzione precettiva. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974. p. 176.

⁴⁵⁵ TARELLO, Giovanni. Enunciati, enunciazioni e spie della loro funzione precettiva. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974. p. 177.

⁴⁵⁶ TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 34. No mesmo sentido que Tarello, afirma Guastini que “‘interpretazione’ denota grosso modo: ora, l’attività di accertare o decidere il significato di un qualche documento o texto giuridico; ora, il resultado o prodotto o produto de tale attività, ossia, il significato stesso”. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 7. A respeito, ver também GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Tradición: Marina Gascón, Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 1.

Ross, para quem interpretação significava tanto a atividade que colima expor o significado de uma expressão, quanto o resultado de tal atividade⁴⁵⁷.

Atualmente, um dos autores mais influentes no tocante à distinção entre texto e norma é Riccardo Guastini, o qual, em grande medida, segue as lições de Giovanni Tarello. Para o jurista italiano, pode-se denominar “disposição” todo enunciado pertencente a uma fonte do direito e reservar o nome “norma” para designar o significado de tal disposição, que é variável e dependente da interpretação⁴⁵⁸. Com essa distinção, porém, Guastini deixa entrever uma outra premissa, diga-se de passagem, equivocada, do seu pensamento: que interpretação e aplicação se exercitam sobre objetos distintos. Com efeito, a interpretação teria como objeto textos normativos, enquanto que a aplicação teria por objeto normas, vale dizer, o conteúdo de sentido dos textos normativos⁴⁵⁹.

De modo muito parecido com Tarello, Guastini entende que um único enunciado normativo pode exprimir uma pluralidade de normas⁴⁶⁰; do mesmo modo é possível que, para reconstruir a norma seja necessário combinar uma pluralidade de enunciados normativos ou de fragmentos de enunciados normativos⁴⁶¹. Igualmente Guastini entende que entre texto e norma não há uma correspondência biunívoca, na medida em que cada texto normativo admitiria uma pluralidade de interpretações e seria, por isso, sujeito a possíveis controvérsias interpretativas⁴⁶².

Antes de avançar no tema algumas considerações tornam-se necessárias. É visível que Tarello e Guastini distanciam-se em certa medida do pensamento de Ascarelli – que talvez seja o mais original dentre os três autores – na medida em que a equivocidade dos textos passa a ser visualizada não somente como um problema de aplicação a um caso concreto, mas de atribuição de sentido diante das

⁴⁵⁷ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (1958) Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 145.

⁴⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción: Marina Gascón, Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 11.

⁴⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción: Marina Gascón, Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 10. Nota-se aqui o peso das lições de Tarello, para quem seria generalizada a “concezione sottostante secondo cui ogni attività di applicazione presuppone una attività di interpretazione mentre non ogni attività di interpretazione presuppone una attività di applicazione”. TARELLO, Giovanni. Orientamenti analítico-linguísticos e teoria dell’interpretazione giurídica. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1974. p. 408.

⁴⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 20.

⁴⁶¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 23.

⁴⁶² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 39.

indeterminações da linguagem. O que há em comum entre eles, no entanto, é a forma como eles superam as teorias cognitivistas (formalistas) da interpretação⁴⁶³. Em nenhum deles a interpretação dos textos jurídicos constitui um ato declaratório, como se o sentido estivesse colado no texto. Nesse sentido, parece acertado afirmar que a distinção entre texto e norma impõe uma superação da teoria normativista (entendida como sinônimo de teorias cognitivistas ou formalistas) revolucionando esse modo de pensar. Com isso, a interpretação torna-se o centro da experiência jurídica⁴⁶⁴.

Isso não quer dizer, porém, que o conceito de interpretação adotado pelos autores italianos mencionados seja o mesmo de outros autores responsáveis por disseminar na comunidade jurídica a distinção entre texto e norma. É que a distinção entre texto e norma – como adiante será melhor explanado – em que pese traga consigo, principalmente na perspectiva analítica de Tarello e Guastini, questões importantes referentes à indeterminação do direito, não é decisiva no que diz respeito aos possíveis caminhos que a interpretação do direito pode assumir. Dito de outro modo, o fato de determinado autor trabalhar com a diferença entre texto e

⁴⁶³ Conforme Guastini “La teoria cognitivistica presuppone l’esistenza, in ogni testo normativo, di un senso unívoco e suscettibile di conoscenza: il significato deve ritenersi incorporato ai testi normativi e precostituito all’interpretazione, la quale consiste appunto nel portarlo alla luce”. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 410. O formalismo interpretativo aparece condicionado desde o início por uma discriminação do que é intrínseco à norma e o que não é. Com efeito, “è intrinseco alla norma (infatti le metodologie formaliste si basano sulla previa accettazione, magari implicita, che l’oggetto della interpretazione sia una entità: l’entità “norma”) solo ciò che è contenuto nel dettato legislativo. I termini impiegati dal legislatore possono essere chiariti mediante esemplificazioni, ma si esclude o perlomeno si diffida di commenti che non seguano l’ordine de codici o di commenti che sussumano i termini impiegati dal legislatore in concetti più ampi. L’interpretazione è ammesse le forme tradizionali di interpretazioni per coppie contrapposte, come interpretazione estensiva e interpretazione restrittiva, *a simili* ed *a contrario*, con preferenza, di solito, per l’interpretazione restrittiva e l’argomento *a contrario*; si parla di interpretazione grammaticale e di interpretazione logica, per quanto nell’esemplificazione adottata quest’ultima venga praticamente ridotta alla prima”. TARELLO, Giovanni. Il formalismo giuridico. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974. p. 41. Conforme José Rodrigo Rodriguez pelo menos duas concepções podem ser atribuídas à expressão formalismo: “a) a visão do direito que coloca em seu centro a aplicação mecânica do direito positivo. Entenda-se “mecânica” como a aplicação por meio de raciocínios lógico-formais, ou seja, por meio da subsunção do caso concreto à norma abstrata. Desta forma, um formalista é aquele que vê o direito como caracterizado pela aplicação das regras por subsunção. Para identificar melhor esta posição, irei chamá-la de *legalismo*; b) chamaremos também de formalista a visão do direito que pensa suas categorias como dotadas de verdade transcendente ao direito positivo, seja em função de seu enraizamento e origem histórica; seja em razão de seu valor lógico ou racional. Este modo de ser formalista implica a naturalização das categorias dogmática e será chamado de *absolutismo conceitual*”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 119.

⁴⁶⁴ CHIASSONI, Pierlugi. Disposición y norma: una distinción revolucionaria. In: POZZOLO, Susanna; ESCUDERO, Rafael. *Disposición vs. norma*. Lima: Palestra Editores, 2011. p. 17.

norma é suficiente tão somente para indicar que este autor não se filia diretamente à alguma corrente cognitivista da interpretação. Mas isso é muito pouco para explicar o fenômeno da interpretação numa perspectiva hermenêutica.

O que foi dito pode ser bem ilustrado pelo fato de autores que trabalham numa perspectiva teórica diversa daquela adotada Tarello e Guastini também considerarem texto e norma diferentes. É o caso, por exemplo, de Friedrich Müller. Para o jurista alemão o “teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’”⁴⁶⁵, na medida em que serve tão-somente à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Ademais, a normatividade não é produzida pelo texto; ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social que sequer poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência⁴⁶⁶. A partir dessa premissa Müller vai defender uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista (interpretação cognitivista), em que o processo não seja concebido como uma mera reelaboração de algo já efetuado, mas que possa reelaborar os problemas da pré-compreensão da ciência jurídica e na qual a concretização esteja referida no caso, não sendo apenas um procedimento meramente cognitivo⁴⁶⁷. Com efeito, uma norma não será apenas carente de interpretação porquê e na medida em que não seja unívoca ou evidente, mas na medida em que é destituída de clareza porque deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)⁴⁶⁸. Quer-se com isso dizer que a norma, para Müller, somente faz sentido com vistas a um caso a ser solucionado por ela. Não é, portanto, possível descolar a norma do caso, nem o caso da norma. Ambos, cada um ao seu modo, fornecem os elementos para a decisão jurídica⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38.

⁴⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38.

⁴⁶⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47.

⁴⁶⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 48.

⁴⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 50. Nesse sentido: “a força enunciativa de uma norma para um caso é por assim provocada por esse mesmo caso. Em um procedimento, que ganha gradualmente em precisão por meio da verificação recíproca da(s) prescrição (prescrições) jurídica(s) considerada(s) relevante(s) junto aos componentes para elas relevantes do conjunto de fatos e, inversamente, dos componentes do conjunto de fatos – tratados, à guisa de hipótese de trabalho, como relevantes junto à norma que lhes é provisoriamente atribuída (ou junto a várias prescrições jurídicas) –, os elementos normativos e os elementos do conjunto de

Pode-se verificar que, apesar de Friedrich Müller também desenvolver sua metódica jurídica a partir da distinção entre texto e norma, ele trabalha numa linha bastante diversa daquela desenvolvida por outros autores que fazem dessa questão um ponto chave para o seu pensamento jurídico. Sua maior preocupação está na relação entre a norma e o caso concreto – algo de certo modo similar ao pensamento de Ascarelli. Nota-se, no entanto, um ponto em comum entre o seu pensamento e o pensamento de autores como Tarello e Guastini: a superação do positivismo legalista e o reconhecimento do caráter indeterminado ao direito. Ou, ainda, como prefere Guastini, uma superação da teoria cognitivista da interpretação (formalismo jurídico), cuja principal marca é a univocidade dos textos jurídico⁴⁷⁰.

2.3.2 Crítica a uma Distinção Puramente Analítica entre Texto e Norma

É possível destacar alguns pontos que evidenciam, na obra de Guastini, Tarello e Chiassoni (para ficar apenas com estes), uma visão estritamente analítica do fenômeno jurídico e, pois, insuficiente para dar conta de toda a complexidade que envolve a interpretação do direito. Pode-se mencionar, em primeiro lugar, uma verdadeira cisão entre interpretação e aplicação, consideradas como atividades que se exercitam sobre objetos diferentes. Guastini, por exemplo, considera que a interpretação tem como objeto textos normativos, “mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de

fatos assim selecionados ‘com vistas à sua reciprocidade’ continuam sendo concretizados, igualmente ‘com vistas à sua reciprocidade’, uns junto aos outros (e sempre com a possibilidade do insucesso, i.é, da necessidade de introduzir outras variantes de normas ou normas à guisa de hipótese de trabalho). A solução, i.é, a *concretização da norma jurídica em norma de decisão e do conjunto de fatos, juridicamente ainda não decidido, em caso jurídico decidido* deve comprovar a convergência material de ambos, publicá-la e fundamentá-la”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 51.

⁴⁷⁰ De acordo com Guastini, “la teoria cognitivista presuppone l’esistenza, in ogni testo normativo, di un senso unívoco e suscettibile di conoscenza: ill significato deve ritenersi incorporato ai testi normativi e precostituito all’interpretazione, la quale consiste appunto nel portarlo alla luce. Da questo punto di vista, ogni testo normativo è suscettibile di una sola, interpretazione, vera (tutte le altre essendo false), ed ogni questione di diritto è suscettibile, per così dire, di una ed una sola “soluzione corretta”. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 410. Há um grande equívoco por parte de autores como Guastini, ao considerar que Ronald Dworkin trabalha como uma concepção cognitivista (formalista) da interpretação jurídica. O equívoco reside numa inadequada compreensão acerca da tese da resposta correta de Dworkin, que, em momento nenhum, convoca para o Direito uma expressão estritamente sintática no âmbito das questões concernentes à linguagem.

los textos normativos)”, de modo que “la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva”⁴⁷¹.

Essa cisão entre interpretação e aplicação – avessa, pois, à tese da *applicatio* gadameriana – permite, num segundo momento, descolar a justificação das decisões judiciais da sua fundamentação. É por isso que Guastini, ao tratar do “raciocínio jurídico”, se vale de elementos das teorias científicas – próprios das ciências da natureza – como a distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação, tornando praticamente sem importância aquele primeiro. Com efeito, enquanto o contexto da descoberta diria respeito ao “processo psicológico attraverso il quale il giudice perviene alla decisione”, o contexto da justificação consistiria no “discorso attraverso il quale egli la argomenta o giustifica pubblicamente”. A importância da distinção, segundo o jurista italiano, decorre do fato de que “non necessariamente il discorso giustificatorio (la motivazione) riflette fedelmente il processo psicologico del giudice”⁴⁷². No contexto de justificação o juiz empreenderia uma racionalização *ex post* das conclusões, muitas vezes irracionais, fundadas na emoção, interesses, ideologias, etc. Guastini chega a dizer que esses elementos – por ele considerados psicológicos – seriam objeto tanto das teorias realistas quanto das teorias da interpretação de orientação hermenêutica⁴⁷³.

A posição de Guastini é bastante difundida no direito processual civil notadamente por ser compartilhada por Michelle Taruffo, para quem “formular uma decisão e expor as razões através das quais ela deve ser considerada pelos outros como uma boa decisão são atividades diversas”⁴⁷⁴. Nesse sentido, a fim de confirmar a ausência de uma necessária correspondência entre procedimento decisório e motivação, o referido jurista afirma que uma decisão tomada intuitivamente, ou ainda de modo irracional, poderá ser justificada *ex post* com argumentos racionalmente convincentes, da mesma forma que uma decisão tomada através de um raciocínio irracional poderá ser justificada em modo racionalmente

⁴⁷¹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Tradición: Marina Gascón, Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 10.

⁴⁷² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 237.

⁴⁷³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 237, nota 28. A remissão de elementos psicológicos à hermenêutica, no máximo, teria sentido se tomada a partir da matriz filosófica de Schleiermacher e de Dilthey, mas, em hipótese alguma, à hermenêutica filosófica de Gadamer ou à filosofia hermenêutica de Heidegger.

⁴⁷⁴ TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de processo*, São Paulo, ano 32, n. 143, p. 76, jan. 2007.

inadequado ou não ser justificada de fato⁴⁷⁵. Com efeito, a motivação deveria ser estruturada de modo a *justificar* a decisão. Não se trataria de um controle do que o juiz pensou, mas da racionalidade das razões que ele aduziu para justificar o que decidiu: “o controle sobre a motivação não é um controle sobre a validade e fundamentação das decisões feitas, mas sobre a validade e fundamentação das razões pelas quais o juiz se serve para tornar aceitável ‘aos outros’ a sua decisão”⁴⁷⁶. Essa justificação teria um *conteúdo mínimo* consistente no *enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis e às conseqüências jurídicas delas decorrentes, nos nexos de implicação e coerência entre os enunciados fáticos e jurídicos e, por fim, na justificação dos enunciados tomada racionalmente em face do ordenamento jurídico*⁴⁷⁷. Dessa forma, fundamentar a decisão, em termos processuais, equivaleria a uma justificativa tomada em momento posterior a partir de elementos jurídico-rationais. Dito de outro modo, a justificação estaria em um segundo nível em relação à decisão e aquilo que efetivamente fundamentou o decidido.

Registre-se que a cisão entre contexto da descoberta e contexto da justificação tem assento na filosofia analítica, no empirismo lógico e no positivismo dos filósofos do círculo de Viena, como é o caso de Herbert Feigl que via no contexto da justificação “*uma reconstrução lógica das estruturas conceituais e dos testes das teorias científicas*”⁴⁷⁸. Ocorre que, no final das contas, essa cisão metodológica representa uma primazia do contexto da justificação, ignorando-se a questão da dobra da linguagem tão cara à matriz hermenêutica filosófica. No máximo, ela pode ser tributada à hermenêutica metodológica (hermenêutica clássica), a qual, como bem acentua Luiz Rohden, reduz sua atividade e validade ao nível do *logos apofântico*, em detrimento do ainda-não-dito. Ela delimita o interpretar

⁴⁷⁵ TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de processo*, São Paulo, ano 32, n. 143, p. 76, jan. 2007.

⁴⁷⁶ TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de processo*, São Paulo, ano 32, n. 143, p. 75, jan. 2007.

⁴⁷⁷ TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 467. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v.17, n.50, p. 5-20, nov. 1990, p. 8-9.

⁴⁷⁸ FEIGL, Herbert. A visão “ortodoxa” de teorias: comentários para defesa assim como para crítica. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 265-277, 2004. A distinção tem origem no pensamento de Hans Reichenbach, que distingue o modo de o pensador encontrar o seu teorema e o modo de apresentá-lo ao público. REICHENBACH, Hans. *Elements of symbolic logic*. New York: The Macmillan, 1948.

ao mundo do dito, ignorando sua outra margem, o não-dito, como se houvesse uma conversão dos sentidos do plano hermenêutico para o apofântico⁴⁷⁹.

Cabe lembrar que o *como apofântico* trata daquilo que é expressável em locuções ou enunciados. No entanto, esse expressar sempre chega depois, ele é antecedido por uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí. Justamente partindo dessas bases, a filosofia hermenêutica oferece um novo olhar sobre a dicotomia *contexto da descoberta* e *contexto da justificação*, o que permite trabalhar com tais conceitos numa perspectiva muito distinta daquela empregada por autores ligados à teoria analítica. O *contexto da descoberta* não constitui em si uma operação lógica e as proposições aí produzidas sob o império de uma presunção de uma totalidade lógica que terá que revelar sua consciência no contexto de justificação. É que seguir certos caminhos, num contexto histórico e contingente, pode significar procedimento como método, mas não é justificação de método e através do método, das proposições (o seu conteúdo veritativo). O *contexto da justificação é uma parada metodológica*. É então que a antecipação de proposições é ou não confirmada em sua coerência interna. Esta é a situação hermenêutica produzida pelo caminho da analítica: nela o feixe de pressuposições – antecipações confirmadas – representa o momento de consciência do método, a consciência da boa circularidade. O contexto de justificação em *Ser e Tempo* é coincidente com a situação hermenêutica. A partir daí o caminho andado da provisória analítica do cotidiano – significando análise do objeto junto com uso implícito do método – se revela retrospectivamente válido e a consciência do método permite refazer, já com a totalidade antecipada, numa operação de antecipação de sentido, confirmada e justificada, a analítica existencial sob o signo da antecipação exitosa. Na condição produzida pelo “encurtamento hermenêutico”, em que está excluída a fundação (justificação), quer por uma proposição cosmológica, quer por uma proposição teológica, as proposições da analítica existencial só podem ser produzidas com sentido, através da boa circularidade da antecipação de sentido. Isto quer dizer que a totalidade é presumida – no contexto da descoberta – e explicitada no momento da situação hermenêutica – no contexto da justificação. Desse modo, *explicitação do método coincide com explicitação do objeto de toda*

⁴⁷⁹ ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008. p. 42.

analítica existencial. Ou em outras palavras: a justificação do modo de proceder coincide com o resultado da própria exposição do objeto⁴⁸⁰.

As teses de Taruffo e Guastini – para ficar apenas com estes - padecem do equívoco de aceitar uma cisão entre o momento decisório e o ato de fundamentação. Não que Michelle Taruffo ingenuamente acredite que a fundamentação venha depois do que foi decidido. Porém, ele parece considerar impossível um controle da fundamentação e, por isso, acredita que bastaria ao julgador formular a decisão e depois expor as razões pelas quais ela deveria ser considerada pelos outros como uma boa decisão. E com isso ele acaba aceitando que o verdadeiro fundamento, aquele que acompanhou a decisão, seja mascarado por uma justificação posterior fundada em critérios jurídico-rationais.

Ocorre que, como bem adverte Streck, “o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada”⁴⁸¹. Isso porque há um sentido que é antecipado ao julgador, do qual “a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento”⁴⁸². É claro que o julgador, em um segundo, poderá aprimorar o fundamento, utilizando-se, por exemplo, da doutrina e da jurisprudência, e deverá, ainda, submeter seus prejuízos a respeito da decisão e do seu fundamento em causa, ao crivo dos argumentos deduzidos no processo (e também do que é colocado pela doutrina e pela jurisprudência), dizendo expressamente porque repeliu os argumentos utilizados pelas partes⁴⁸³, tendo como pressuposto o princípio do contraditório tomado como direito de influência. Fazendo isso o julgador estará colocando em xeque o próprio fundamento que o levou a decidir, de modo que nesse processo decisório poderá haver diversos fundamentos e decisões até que se chegue à resposta adequada ao caso concreto.

Nessa senda, afigura-se inconcebível admitir que o juiz possa justificar a decisão de modo a mascarar os verdadeiros fundamentos que são inexoráveis à decisão. A falsa ideia de que a decisão se traduz na possibilidade de o juiz fazer

⁴⁸⁰ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo: comemoração dos sessenta anos de Ser e Tempo de Heidegger*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990. p. 59-61.

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 180.

⁴⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 180.

⁴⁸³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 3, p. 12.

escolhas, acaba servindo de álibi para que a fundamentação não venha explicitada na decisão. Por isso tem razão Streck quando propõe uma *fundamentação da fundamentação*. Ou seja, fundamentar não significa encobrir o fundamento, mas, sim, deixá-lo vir à tona. Cumpre com o dever de fundamentação o julgador quando explicita o compreendido. No entanto, “explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido”⁴⁸⁴. Quando se admite que o juiz possa em todo caso escolher entre várias respostas corretas, permite-se que uma dessas respostas sirva como uma capa de sentido ao compreendido. Vale dizer, permite-se que seja encoberto aquilo que serviu de fundamento para a decisão, de modo que fundamentar passa a significar uma justificativa (dentre as tantas possíveis) para a decisão. E essa justificativa acoplada à decisão posteriormente, poderá ser diversa da fundamentação.

Além da cisão entre interpretação/aplicação e fundamentação/justificação, a matriz analítica coloca o problema da interpretação do direito exclusivamente no plano apofântico, esquecendo que a atribuição de sentido ao texto não se dá a partir de um grau zero de sentido. Isso não significa dizer que o problema da interpretação jurídica resida em elementos psicológicos. O que se busca descortinar à luz da matriz hermenêutica é justamente a existência de uma situação hermenêutica, na

⁴⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 398. Conforme Streck: “quando sustento o dever de *accountability*, não estou simplesmente dizendo que a fundamentação ‘resolve’ o problema decorrente, por exemplo, do livre convencimento, da livre apreciação da prova ou da admissão *lato sensu* da discricionariedade. Por favor, não é isso que estou dizendo. *Accountability*, nos moldes em que proponho, quer dizer *fundamentação da fundamentação*. Isso quer dizer que nem de longe o problema da exigência de fundamentação se resolve no nível apofântico. Ora, com tudo o que já escrevi, eu não seria ingênuo em pensar que o ‘dever de fundamentar as decisões’ resolver(ia) o problema da decisão...! Um vetor de racionalidade de segundo nível – lógico-argumentativo – não pode se substituir ao vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão. Nela, *na compreensão*, reside a ‘razão hermenêutica’, para usar a expressão de Ernst Schnädelbach. Afinal, por que razão Gadamer diria que ‘interpretar é explicitar o compreendido’? Note-se: explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido. Esse é o espaço da epistemologia da hermenêutica. Não esqueçamos aqui, do dilema das teorias cognitivistas-teleológicas: *não é possível atravessar o abismo do conhecimento – que ‘separa’ o homem das coisas – construindo uma ponte pela qual ele já passou*. Não se pode fazer uma leitura rasa do art. 93, IX, da CF. A exigência de fundamentação não se resolve com ‘capas argumentativas’. Ou seja, o juiz não deve ‘explicar’ aquilo que o ‘convenceu’...Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídico e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 398-399.

qual está inserido o intérprete, cuja tematização afigura-se relevante para que se possa falar em atribuição de sentido ao texto.

Não é por acaso que Pierluigi Chiassoni, na esteira de Tarello e Guastini, considera a interpretação textual uma atividade compósita, que se articula em dois conjuntos correlatos de operações: um primeiro conjunto, constituído por operações de análise sintática das disposições, e um segundo conjunto, constituído por operações mais complexas, de interpretação semântica-pragmática das disposições⁴⁸⁵. Assim, enquanto a análise sintática compreende a identificação da função gramatical, da função lógica e estabelece a *estrutura sintática da disposição*⁴⁸⁶, a análise semântico-pragmática corresponde ao método jurídico, vale dizer, ao caminho de toda determinação de sentido no campo do direito, já que toda as disposições podem ser consideradas potencialmente complexas e/ou potencialmente equívocas⁴⁸⁷.

Não que o reconhecimento do carácter plurissignificativo da linguagem ordinária e, conseqüentemente, da linguagem jurídica, seja algo a ser desprezado. Pelo contrário, trata-se de uma das questões centrais que alicerçam a tese da indeterminação do direito. O que se quer evidenciar aqui é a limitação de uma análise exclusivamente analítica do fenómeno jurídico⁴⁸⁸ e como essa análise acaba levando a caminhos distintos no tocante à distinção entre texto e norma e à construção da teoria das normas (regras e princípios)⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 52.

⁴⁸⁶ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 53.

⁴⁸⁷ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 56.

⁴⁸⁸ Também Arthur Kaufmann aponta a insuficiência da teoria analítica, embora entenda ser impossível desprezá-la: “las teorías jurídicas formales, sobre todo la analítica, son imprescindibles, pues preparan el fundamento conceptual del conocimiento. Pero ellas no realizan la totalidad del conocimiento jurídico. Se debe introducir la comprensión del significado del derecho (hermenéutica). Se trata – hay que enfatizarlo otra vez – de una *visión pluralista* de ciencia y filosofía, conforme a la cual ninguna disciplina tiene carácter exclusivo, sino que todas concurren como partes de una integridade, cada una com su correspondiente función”. KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho em la posmodernidad*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998. p. 30.

⁴⁸⁹ Nesse mesmo sentido são endereças as críticas de Damiano Canale à teoria interpretativa de Guastini: “creo que reconocer la relevancia para una teoría de la interpretación jurídica del problema filosófico del significado, más allá de volver más sólidas sus bases filosóficas, puede contribuir a ampliar el campo de investigación hacia aspectos de la praxis interpretativa, generalmente no tomados en consideración por los teóricos del derecho y que son no obstante de gran interés para los juristas. Esta apertura de perspectiva no perjudicaría el rigor que caracteriza a una teoría de la interpretación como aquella elaborada por Riccardo Guastini, pero volvería más ricos y fecundos los contenidos, consintiendo desarrollos ulteriores”. CANALE, Damiano. *Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado*. Traducción de Magdalena Ana Rosso. *Discusiones*, [S.l.], v. 11, n. 11, p. 165, 2012.

2.3.3 A Interpretação Jurídica como um Problema Prático-Concreto

A interpretação jurídica não ocorre em abstrato. Toda interpretação pressupõe uma situação concreta, na qual está inserido o intérprete. Interpretar consiste em resolver uma tarefa prática, consistente na aplicação do significado do texto à situação presente do intérprete e ao caso decidendo. A questão hermenêutica orienta-se por um certo enfoque, o qual é dado pelo caso presente (seja ele um caso verdadeiro, seja um caso hipotético) e pelo texto (preceito jurídico ou disposição normativa) que reivindica a solução para o caso. Além disso, o intérprete encontra-se mergulhado no horizonte de sentido dado por uma compreensão prévia do assunto em questão que se funde com o horizonte questionador dos preceitos jurídicos e do caso. A tarefa hermenêutica é, sem dúvida, uma tarefa complexa, que não dispensa, em caso algum, a interpretação.

Isso evidencia o caráter falacioso da distinção entre casos fáceis e difíceis ou, ainda, do ponto de vista da interpretação jurídica, da tese *in claris non fit interpretatio*. Como bem adverte Castanheira Neves, “a clareza é ela própria um resultado interpretativo e não é a obscuridade do texto que justifica a interpretação, antes é a concreta realização do direito que não a pode nunca dispensar⁴⁹⁰.”

Embora Castanheira Neves entenda que a interpretação jurídica seja um problema normativo, e não um problema hermenêutico, sua tese não se divorcia totalmente da linha de pensamento traçada na presente tese. Pelo contrário, trilhando o caminho de certo modo já percorrido na doutrina brasileira⁴⁹¹, é possível apropriar-se dos ensinamentos do jurista lusitano de modo a conciliá-lo, naquilo que é possível, com a matriz hermenêutica filosófica.

É que a concepção normativa atribuída à interpretação jurídica por Castanheira Neves não significa uma vinculação da interpretação a regras metodológicas que sirvam de caminho seguro para uma boa interpretação⁴⁹². Com

⁴⁹⁰ NEVES, António Castanheira. *Interpretação jurídica*. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. v. 2, p. 338.

⁴⁹¹ Toma-se aqui com base para tal pensamento a excelente obra de Maurício Reis “A Legitimação do Estado Democrático”. REIS, Maurício Martins. *A legitimação do Estado Democrático de Direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito*. Passo Fundo: Editora IMED, 2012.

⁴⁹² Note-se que o próprio Castanheira Neves é contra uma interpretação gramatical, uma interpretação histórica, etc., na medida em que tais elementos podem se fazer presentes de forma menos ou mais acentuada diante dos diferentes casos concretos: “nem é, efetivamente, possível obter-se aqui uma

efeito, o problema da interpretação jurídica não se restringiria a determinar a significação que exprimem as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas, sim, obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos⁴⁹³.

Essa aproximação torna-se mais clara quando se verifica, na obra de Castanheira Neves, a defesa de “uma verdadeira unidade metodológica entre o que tradicionalmente se dizia ‘interpretação’ e ‘aplicação’”, como elemento inexorável à índole constitutivamente concretizadora da interpretação jurídica⁴⁹⁴. Desse modo, a interpretação não se coloca como uma determinação *a priori*, exegética ou analítica, de uma normatividade em abstrato, mas é constituída pela relação problemático-normativa entre a norma e o caso concreto. Assim, num movimento análogo ao “círculo hermenêutico”, tem-se que o “núcleo da normativa realização do direito” é sempre “uma dialéctica entre um constituído (o critério jurídico formalmente pressuposto) e um constituendo (a intenção normativa convocada integralmente como o concreto e decisivo critério jurídico)”⁴⁹⁵.

Daí que a interpretação jurídica não se resume a uma simples análise semântica determinativa de uma significação abstrata-ideal. Ela visa a atingir o seu sentido normativo-jurídico que lhe permite ser critério juridicamente adequado para a solução dos problemas (casos decididos) que as solicitam⁴⁹⁶. É como se a norma jurídica existisse na sua identidade de significado somente em presença de um caso concreto⁴⁹⁷. Isso confere ao direito um certo *dinamismo*, na medida em que as normas exigem constitutivamente uma explicitação e um prolongamento nos casos concretos. É que, enquanto as normas tendem a ser universais, os fatos aos quais

solução absoluta, ou sequer uma solução abstractamente definível uma vez por todas, considerando que seja justamente o sentido prático-normativo e problemático-concreto da interpretação jurídica. Pois nesta perspectiva o relevo dos elementos da interpretação só pode ser aquele que o problema concreto justifique, ou melhor, normativo-argumentativo solicite. Que o mesmo é dizer que terá maior relevo ou polarizará a interpretação aquele elemento que, perante os pontos problemáticos especificamente acentuados no caso concreto, tenha maior força argumentativa na utilização da norma como critério de solução desses pontos”. NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 106.

⁴⁹³ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 84.

⁴⁹⁴ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 125.

⁴⁹⁵ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 126.

⁴⁹⁶ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 129-130.

⁴⁹⁷ VIOLA, Francesco. Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica. *Rivista di Diritto Privato*, [S.l.], v. 7/8, p. 50, 2001/2002.

são aplicadas são particulares e ilimitados, na medida em que constituem expressão de uma esfera sempre nova de experiências⁴⁹⁸.

A interpretação, nessa perspectiva, apresenta-se como uma resposta normativo-juridicamente adequada à pergunta que a intencionalidade problemática do caso justifica enquanto questionadora da possibilidade e do sentido do critério normativo-jurídico que ela oferece para solucioná-lo⁴⁹⁹. Essa dialética entre o caso e a interpretação opera como a lógica da pergunta e da resposta desenvolvida por Gadamer e, igualmente, no espectro de uma fusão de horizontes entre o intérprete e o texto na relação recíproca que este último desenvolve com o caso concreto.

Nessa senda, desvela-se o dinamismo do direito na medida em que “il processo interpretativo si configura come una vicenda inesauribile di attualizzazioni successive”⁵⁰⁰. Como a interpretação configura sempre uma concretização – no sentido hermenêutico de referir-se a uma situação concreta na qual se mostra o sentido da coisa em questão – o sentido da norma variará diante da diversidade do problemático contexto situacional-pragmático do caso que interpretativo-normativamente o exige, o que se traduz, nas palavras de Castanheira Neves, em “*contínuas inovações semânticas*”, a reivindicar ao Direito um caráter “hermeneuticamente aberto”⁵⁰¹. Pretende-se, com isso, tratar do “significado contextual” – antes referido em contraposição ao significado de base na teoria da linguagem – como uma espécie de “contexto de aplicação”, em que as prescritivas expressões em causa tornam-se plurissignificativas (independente das imprecisões residentes na significação de base) ao abandonar o nível da idealidade puramente linguística para aventurarem-se, como elementos, expressivo-determinativos de um critério normativo, no problema da concreta realização do direito⁵⁰².

⁴⁹⁸ ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di interpretazioni*. Padova: CEDAM, 1996. p. 72.

⁴⁹⁹ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 130.

⁵⁰⁰ ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di interpretazioni*. Padova: CEDAM, 1996. p. 70.

⁵⁰¹ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 131.

⁵⁰² NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 133. Daí inclusive a imprestabilidade de uma metalinguagem para dar cabo aos problemas jurídicos, uma vez que essa perspectiva – própria do neopositivismo – olvida do elemento prático relativo à aplicação do direito. Nesse sentido: “a questão da metalinguagem ordinária para a linguagem jurídica como linguagem objecto, considerada como uma instância de controle susceptível de suprir ou anular as ‘ambiguidades’ de ‘penumbra’ desta. Só que quanto a este último ponto logo se terá de denunciar um erro capital: é que, como compreendemos atrás, a realidade dos casos decididos não é um pólo passivo, a simples realidade verificada das representações significativos-conceituais das normas-prescrições e desse modo por essas representações de todo determinada, mas diferentemente um pólo dinâmico, de autonomia

Reconhece-se, portanto, que a interpretação analítico-linguística não pode resolver o problema da interpretação/aplicação do direito, uma vez que a realização do direito convoca não apenas um problema linguístico, mas um problema concreto⁵⁰³. Essa crítica é endereçada a uma perspectiva estritamente analítica que enxerga o Direito com ênfase nas proposições linguísticas, colocando em segundo plano a pergunta hermenêutica que surge do caso concreto. Afinal, conforme se objetivou deixar claro até então, “um sistema analítico-linguisticamente ‘estável’ revela-se jurídico-pragmaticamente sempre ‘instável’”⁵⁰⁴.

Esse é o pano de fundo a partir do qual Castanheira Neves vai defender um modelo de realização jurisdicional do direito denominado *jurisprudencialismo*. Trata-se, pois, de pensar um sentido diverso à jurisdição correlativo a um diferente sentido do direito⁵⁰⁵. Nessa perspectiva, cobra-se uma nova dialética entre sistema jurídico e problema, o qual deixa de ser a expressão interrogante da resposta-solução já disponível (no sistema) para ser uma pergunta que ainda não encontrou resposta. O Direito, desse modo, não se concebe como um dado ou um objeto, mas como um problema, um “contínuo problematicamente constituindo”⁵⁰⁶.

Assim, no problema jurídico concreto estabelecer-se-á um diálogo problemático entre a normativa solução abstrata de um pressuposto problema jurídico tipificado (norma) e as exigências normativas específicas do caso decidindo compreendido autonomamente. E, nessa senda, embora seja possível uma prévia determinação do sentido normativo da norma em face do problema jurídico que lhe é

constitutiva e codeterminante na dialética que a interpretação jurídica é chamada a actuar na problemático-concreta realização do direito – elo que de novo se reconhecerá que esta realização não é redutível a um esquema lógico-dedutivo. E quanto à instância metalinguística da linguagem ordinária que seria susceptível de superar, relativamente à linguagem jurídica, as suas ambiguidades e de determinar a sua penumbra significativa, os resultados também não são melhores. Para tanto seriam necessários dois pressupostos que também de todo modo não se verificam. Em primeiro, a linguagem comum haveria de realizar um sistema linguístico de todo pré-dado (completo, fechado, invariável), que tanto é dizer perfeito e sem equívocos; e, em segundo lugar, deveria impor-se às linguagens particulares, especializadas ou não, numa relação hierárquica (fosse ontológica ou lógica) de superior para inferior”. NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 133, p. 135-137.

⁵⁰³ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 142.

⁵⁰⁴ NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.141.

⁵⁰⁵ NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, p. 4, 1998.

⁵⁰⁶ NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, p. 38, 1998.

pressuposto tal sentido tem apenas um valor hipotético e irá ser submetido como que uma experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto⁵⁰⁷. A norma, nessa senda, somente é aplicada porque lhe é atribuído “significado” a propósito de um caso individual⁵⁰⁸.

O diálogo problemático que se estabelece entre o direito e o problema se dá numa espécie de fusão de horizontes em que a pré-compreensão, numa perspectiva hermenêutica, é também interrogada constantemente. Como bem adverte Zaccaria, “*se il testo della norma non può essere identificato con la norma, l’interprete è costitutivamente incluso in questo processo di integrazione del senso normativo del dato giuridico*”⁵⁰⁹. O intérprete não está, portanto, fora desse processo de atribuição de sentido, ele não é, como bem adverte Lenio Streck, um *outsider* do processo hermenêutico⁵¹⁰. Isso tudo já estava implícito no pensamento de Josef Esser, na obra *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, publicada em 1956⁵¹¹, em que o autor alemão defendia que a interpretação de um texto não é o início de um processo cognitivo, mas depende da compreensão que se tenha adquirido da situação objetiva e o fim do ordenamento atual, sob a perspectiva de princípios jurídicos existentes⁵¹².

Na segunda fase do pensamento de Esser, materializado na obra *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970)⁵¹³, ganha relevo a crítica aos métodos de interpretação e a valorização da pré-compreensão no

⁵⁰⁷ NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, p. 39, 1998.

⁵⁰⁸ SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 387.

⁵⁰⁹ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 73.

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 353.

⁵¹¹ Como bem adverte Zaccaria, Graças a *Grundsatz und Norm* se abre na metodologia jurídica contemporânea “una strada veramente nuova, che, realizzando un più stretto contatto con il pensiero e il sistema giuridico anglosassone, avvia una fuoruscita effettiva dalla cultura del kelsenismo e del positivismo formalista”. ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 79.

⁵¹² ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 326.

⁵¹³ Segundo Zaccaria, “una volta provata la funzione dinamica del giudice nell’attività di concretizzazione del diritto, lo sforzo precipuo della metodologia di Esser si concentra nel dimostrare che questo lavoro, lungi dall’essere arbitrario ed irrazionale, è comunque vincolato a criteri di razionalità”. ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 146.

processo hermenêutico. Desse modo, Esser vai dizer que o jurista não consulta a matéria jurídica à luz de um esquema neutro, mas o compreende à luz do “índice” de interesses do seu tempo e da sua sociedade, que lhe servem de bússola para endereçar a consulta⁵¹⁴. Na verdade, a afirmação de Esser deve ser lida como uma contraposição à neutralidade analítica de que a interpretação se dê a partir de um grau zero de sentido. Aquele que interpreta o faz a partir de uma situação hermenêutica na qual estão em jogos seus pré-juízos (autênticos e inautênticos) os quais devem ser constantemente colocados em xeque, para que, à luz da autoridade da tradição, sejam suspensos os pré-juízos inautênticos.

A concepção de interpretação trabalhada por Esser foi adotada na doutrina alemã por Konrad Hesse, para quem “o intérprete não pode captar o conteúdo da norma de um ponto de vista quase arquimediano, situado fora da experiência histórica”⁵¹⁵. Não há interpretação (de textos ou mesmo do caso) desvinculada da antecipação de sentido que o intérprete tem do Direito e da Constituição⁵¹⁶. A interpretação está sempre condicionada pela pré-compreensão que o intérprete tem “acerca da Constituição, do constitucionalismo, da teoria do Estado, da sociedade, etc”⁵¹⁷. Ademais, diante do caso concreto, o intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma *pré-compreensão*, aproximando-se da norma e do caso sob certas perspectivas, integrando, num agir prático⁵¹⁸, a parte a ser compreendida com um conjunto pré-concebido, esboçando um primeiro projeto que vai sendo revisando sucessivamente numa progressiva aproximação à coisa até formar uma unidade de

⁵¹⁴ ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Traduzione: Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983. p. 119.

⁵¹⁵ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Traduzido por Inocência Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 109.

⁵¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 353.

⁵¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 361.

⁵¹⁸ O conhecimento primário que integra a pré-compreensão não é um conhecimento de tipo proposicional, o que permite separar a hermenêutica filosófica de matrizes puramente analíticas. Como bem adverte Canale, “El conocimiento primario implicado en la comprensión del lenguaje no es por lo tanto de tipo proposicional (knowing-that) sino de tipo práctico (knowing-how), consiste en la habilidad para responder adecuadamente a los estímulos lingüísticos provenientes de los demás, volviéndolos así significantes; una habilidad práctica de la cual a su vez depende el conocimiento de tipo proposicional”. CANALE, Damiano. Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado. Traducción de Magdalena Ana Rosso. *Discusiones*, [S.l.], v. 11, n. 11, p. 151, 2012.

sentido que se fixe claramente⁵¹⁹. Isso significa que o texto não se deixa interpretar senão sob a base da previsão do seu resultado aplicativo, vale dizer, da antecipação de sentido que vai sendo exercitada em um influxo constante no processo de concretização do direito⁵²⁰.

Nessa estrutura circular da compreensão também se evidencia o caráter criativo-constitutivo do Direito, de modo que “proposições sobre o Direito são sempre uma nova interpretação adicional à tradição de interpretação recentes (anteriores), as quais oportunizam uma atitude crítica em relação à interpretação (sentido) já dada”⁵²¹. A norma, portanto, não pode ser entendida como um ato imperativo que permanece sempre igual. Ela não poderia cumprir seus deveres de regulamentação em uma multiplicidade ilimitada, temporalmente e socialmente, caso não se encontrasse em um contexto de compreensão “tal que lhe permitisse extrair os necessários endereços da consciência e os modelos decisoriais dos conceitos da lei utilizados, e de outros valores semânticos, em um comportamento compreensivo, de vez em vez, atual”⁵²². É a partir dessas premissas que se pode abrir espaço para uma diferença (ontológica) entre texto e norma.

2.3.4 Da Diferença (Ontológica) entre Texto e Norma

A matriz hermenêutica aqui trabalhada permite que se possa avançar em relação às posturas estritamente analíticas a respeito da diferença entre texto e norma, que é, na verdade, uma diferença ontológica. Os textos jurídicos-normativos

⁵¹⁹ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109. Nesse sentido, ensina Canale que “precomprendere in senso stretto un enunciato normativo significa formulare un progetto di soluzione del caso, in virtù del quale viene ipotizzato sia quanto l’enunciato da interpretare prescrive, sia la situazione di fatto che esso regola. Si tratta tuttavia di un’ipotesi provvisoria, che attende di essere confermata o confutata durante il percorso interpretativo. Dal punto di vista ermeneutico quest’ultimo si sostanzia infatti nell’interrogare le disposizioni alla luce dei fatti e i fatti alla luce delle disposizioni, secondo un procedimento di domanda e risposta (circolo ermeneutico) che consente di determinare, in modo correlato, tanto il significato quanto il riferimento di un enunciato normativo”. CANALE, Damiano. La precomprensione dell’interprete è arbitraria? *Etica & Politica/Ethics & Politics*, Padova, n. 1, p. 5, 2006. Disponível em <http://www.units.it/etica/2006_1/CANALE.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁵²⁰ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 171.

⁵²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 332.

⁵²² ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Traduzione: Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983. p. 39.

aparecem na norma, que, por sua vez, não subsiste sem o texto. Somente seria possível cindir texto e norma se o acesso ao texto fosse possível sem que existisse interpretação.

O reconhecimento de que a norma é produto da atribuição de sentido ao texto não significa uma cisão estrutural entre texto e norma, não significa que estejam separados, como vem sendo propugnado pelas posturas neoconstitucionalistas que parecem permanecer em combate com os primeiros positivismos. Há, sim, uma diferença, que é ontológica, entre texto e norma, questão que, segundo Streck, “pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*”⁵²³. Daí a impossibilidade de se admitir que o intérprete possa atribuir sentido ao texto de forma arbitrária como se texto e norma já estivessem separados⁵²⁴. Afinal, “o sentido do ser jamais pode ser contraposto ao ente ou ao ser enquanto ‘fundamento’ de sustentação de um ente, porque o ‘fundamento’ só é acessível como sentido mesmo que, em si mesmo, seja o abismo de uma falta de sentido”⁵²⁵. Quando se fala, então, que a norma é o sentido do texto, quer-se dizer que se trata do sentido que ele assume no processo compreensivo⁵²⁶.

Dito de outra forma, texto é evento, não produz “realidades virtuais”, nem conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo): não há norma sem texto, nem eles são plenipotenciários carregando o seu próprio sentido e nem são desimportantes ao ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto⁵²⁷. É justamente

⁵²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 354.

⁵²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 355.

⁵²⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1, p. 209.

⁵²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 278.

⁵²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 165-166. Nessa linha: “o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 165.

através da diferença ontológica, pela qual o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – e somente pode ser – no seu ser, que se supera o paradigma da filosofia da consciência, compreendendo-se que não há dois mundos, que não há um sujeito separado do objeto: “é assim que se supera qualquer pretensão objetivista (pelo qual a norma estaria ‘contida’ no texto) e qualquer pretensão subjetivista (o texto perde importância, na medida em que o intérprete atribui ‘qualquer’ norma ao texto)”⁵²⁸.

É possível dizer, portanto, que a norma não é igual ao texto, como queriam os positivismo exegético e conceitual. Todavia, ela não é descolada do texto quando acontece a interpretação, muito menos é o sentido que o intérprete discricionariamente dá ao texto, como querem as posturas positivistas posteriores, que continuam apostando na discricionariedade.

No Direito, quando se interpreta um texto já há um sentido que se antecipa: o texto é um texto jurídico, e não qualquer outra coisa⁵²⁹. E isso porque “a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido”⁵³⁰. Toda interpretação se funda na compreensão: “o sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se prelineou como possibilidade de articulação”⁵³¹.

A pré-compreensão, nessa senda, pode ser caracterizada como uma entidade ou unidade de significado entendida previamente. Por exemplo, para identificar uma obra de arte, é necessário possuir previamente o conceito de arte, alguma ideia do que é arte. Tal ideia pode ser besta, simplista e imprecisa. Pode conter muitos prejuízos e suposições injustificadas. Porém, ainda assim, necessita-se de alguma ideia de arte e das obras de arte, a fim de, em geral, estar em condições de discutir sobre esses assuntos⁵³². O mesmo vale para a compreensão dos textos, na medida em que a eles deve-se aproximar de algum lugar. Vale dizer, a compreensão de textos não pode estar livre de pressuposições; não pode, por assim dizer, ser levada

⁵²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 165.

⁵²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 324.

⁵³⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 209.

⁵³¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 211.

⁵³² AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991. p. 113.

a cabo no vazio⁵³³. Não há um grau zero de sentido ou um ponto de Arquimedes do qual possa o intérprete partir para – a partir de um método ou da sua consciência – atribuir sentido as palavras do texto.

Além disso, a atribuição de sentido ao texto ocorre na incidência do tempo. É justamente a “distância temporal” em relação ao texto que permite ao intérprete ouvir e interrogar a tradição, bem como superar seus pré-juízos inautênticos. A distância temporal, desse modo, tem um valor produtivo, na medida em que “conduce l'interprete ad arricchire il senso di un enunciato normativo mediante la sua armonizzazione con le esigenze del presente”⁵³⁴. A situação em que está inserido o intérprete é elemento integrativo da atribuição de sentido ao texto. Vale dizer, “os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete”⁵³⁵. Com efeito, o intérprete, na sua simultânea obra de “*decontestualizzazione e ricontestualizzazione*” do texto jurídico – que em sentido lato abarca não somente aquilo que está escrito⁵³⁶ – colocará em jogo uma comunidade de identificadores, um sentido *a priori* que se forma intersubjetivamente, que não está à disposição do intérprete⁵³⁷. Afinal, como diz Lenio Streck, “*não há domínio sobre a compreensão. Ela (simplesmente) se dá, a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete*”⁵³⁸.

A atribuição de sentido ao texto (a norma do texto) não é algo que surge de modo arbitrário. Paolo Becchi, em sua crítica ao pensamento de Guastini, vai justamente dizer que “il significato non è uno degli infiniti possibili vestiti con cui l'interprete, a suo arbitrio, ricopre la nudità dell'oggetto da interpretare”⁵³⁹. É certo que isso não significa um retorno ao exegetismo, pois o texto deve ser considerado não somente em termos semióticos, mas no seu teor significativo, vale dizer, no sentido

⁵³³ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991. p. 113.

⁵³⁴ CANALE, Damiano. La precomprensione dell'interprete è arbitraria? In *La precomprensione dell'interprete è arbitraria? Etica & Politica/Ethics & Politics*, Padova, n. 1, p. 8, 2006. Disponível em <http://www.units.it/etica/2006_1/CANALE.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁵³⁵ STRECK, Lenio. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 135, jan./jun. 2004.

⁵³⁶ Conforme Zaccaria, “*testo sono anche le istituzioni sociali, i principi, le norme non scritte, gli istituti e la dottrina giuridica*”. ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di interpretazioni*. Padova: CEDAM, 1996. p. 90.

⁵³⁷ ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di interpretazioni*. Padova: CEDAM, 1996. p. 90.

⁵³⁸ STRECK, Lenio. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 154, jan./jun. 2004.

⁵³⁹ BECCHI, Paolo. Enunciati, significati, norme. Argumenti per una critica dell'ideologia neoscettica. *Analisi e diritto 1999*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli: Torino, 1990. p. 5.

normativo que através do texto se intenciona. Afinal, como bem notou Castanheira Neves, a interpretação jurídica não é mera análise da significação textual de uma fonte jurídica. Ela *abre* (normativamente) a fonte ao direito, e distingue a *lex* do *ius*⁵⁴⁰.

Como o texto e a norma não são cindíveis, não se pode considerar correta uma interpretação que extrapole os limites semânticos do texto⁵⁴¹. Mas, além disso, deve-se colocar em xeque a situação hermenêutica na qual se dá sentido do texto (norma)⁵⁴². Trata-se de questão extremamente complexa e polêmica, que vai além do espaço de reflexão do presente trabalho. É certo que, do ponto de vista hermenêutico, a questão acerca de uma interpretação correta depende muito mais dos seus pressupostos (explicitação do compreendido), que do seu resultado. Canale chega a dizer, com base em Heidegger, que “il problema della corretta interpretazione non si risolve uscendo dalla circolarità del comprendere, per controllarne dall'esterno la legittimità, ma entrando [nel circolo] nel modo corretto (in ihm nach der rechten Weise hineinzukommen)”⁵⁴³. Não é por outro motivo que a possibilidade de controle acerca de fundamentação das decisões judiciais não pode ficar restrita a uma análise lógico-formal do *logos apofântico*.

Finalizando esse ponto, cabe registrar que, inclusive, existem autores que consideram Ronald Dworkin um hermeneuta, como é o caso de Giuseppe Zaccaria⁵⁴⁴. No Brasil, a Crítica Hermenêutica do Direito propugnada por Lenio

⁵⁴⁰ NEVES, António Castanheira. Interpretação jurídica. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. v. 2, p. 341-342.

⁵⁴¹ A respeito, ver STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*. v. 41, n. 135, setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014.

⁵⁴² Ainda sobre a diferença entre texto e norma, pode-se acrescentar com Streck a seguinte lição: “quero dizer que a hermenêutica sabe que todo intérprete está tomado por sua situação hermenêutica e que é a partir dela que ele projeta sentidos. Portanto, essa primeira constatação faz com que tenhamos uma consequência para o direito: é impossível para o intérprete saltar sua situação hermenêutica e regredir ao tempo da feitura do texto. Aliás, isso representaria – além de uma parca ilusão – um significativo prejuízo, já que a distância temporal é o elemento que possibilita ao intérprete compreender o texto que o interpela. O tempo é nosso aliado, como foi dito acima. Por outro lado, os significados que nos chegam por conta de nossa situação hermenêutica e as possibilidades compreensivas emanadas da distância temporal, não são qualidades ‘subjetivas’ do intérprete, mas, sim, algo que ele compartilha com todos, intersubjetivamente, que a hermenêutica chama de tradição”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 297.

⁵⁴³ CANALE, Damiano. La precomprensione dell'interprete è arbitraria? *Etica & Politica/Ethics & Politics*, Padova, n. 1, p. 3, 2006. Disponível em <http://www.units.it/etica/2006_1/CANALE.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁵⁴⁴ Expressamente nesse sentido, afirma Zaccaria que a “custodia della continuità del senso istituzionale e creatività dell'interpretare non sono elementi affatto incompatibili nell'azione concreta dell'interprete di diritto. Qui la posizione di Dworkin può davvero definirsi come fondamentale ermeneutica: l'interprete, più esattamente il giudice, è per l'appunto il soggetto

Streck desenvolve diversos elementos de contato com a teoria de Ronald Dworkin, que concebe o Direito como uma prática interpretativa. Pode-se considerar que a interpretação/decisão correta⁵⁴⁵ é a melhor resposta possível com referência ao caso concreto⁵⁴⁶, no interior de uma prática jurídica determinada⁵⁴⁷. Afinal de contas, a hermenêutica não é relativista. Pelo contrário, ela busca a partir da explicitação da

che si misura con il compito e la difficoltà squistamente ermeneutici, di vincere una distanza, e dunque in definitiva di collegare, nell'inscindibile intreccio del próprio ragionamento e del próprio fare, le dimensioni diverse, ma nella sua opera convergenti e comunicante della temporalità". ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di interpretazioni*. Padova: CEDAM, 1996. p. 215-216.

⁵⁴⁵ Defendendo a necessidade de buscar a melhor decisão, Robert Summers afirma que "It is also importante that a judge construct the best justifications. Ideally, he should construct the justification available for each alternative decision, compare these, and then choose the decision supported by the best justification. A judge who goes through this process will more likely reach the best decision". SUMMERS, Robert S. Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification. *Cornell Law Review*, Ithaca, N.Y., v. 63, n. 5, p. 713, June 1978.

⁵⁴⁶ Como bem adverte Maurício Reis, "a resposta correta de Ronald Dworkin consiste em excelente metáfora para homenagear – e não abominar – o valor do caso concreto, cuja singularidade ontológica alimenta par e passo a especificidade decisória. Ocorre, entretanto, que indevidamente em alguma medida 'a' resposta correta converte-se na 'única' resposta correta: aquilo que resulta constituído pelo intérprete passa a ser descoberto por ele, mediante a vontade revelada do critério previamente estipulado pelo ordenamento posto. Em contrapartida a esta visão reducionista, o magistrado não cria o direito, para Dworkin, porquanto ele recusa o arbítrio de alguém a professar *ex nihilo* um critério destituído de juridicidade ou impassível de ser reconstituído via argumentativa da ordem normativa; igualmente a negativa dworkiniana frente à criação do direito confronta a discricionariedade judicial, na medida em que duas ou mais interpretações não poderiam suportar equivalência decisória razoável para o mesmo caso concreto. Porém, tampouco o juiz declara o direito, na esteira de um procedimento mecânico de descoberta da vontade pressuposta nas normas jurídicas". REIS, Maurício. A interpretação jurídica e a discricionariedade no pensamento tardio de Ovídio Baptista da Silva: reflexões críticas. In: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 146. Na doutrina processual, pode-se mencionar, em sentido semelhante, a adesão de Alexandre Freitas Câmara à tese de que o juiz não tem poder discricionário (no sentido de que a decisão judicial deve primar pela decisão correta ao caso concreto), nos seguintes termos: "a discricionariedade judicial é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Isso porque falar de discricionariedade é falar de 'indiferentes jurídicos'. Afinal, quando se reconhece um poder discricionário o que se faz é reconhecer que, diante de duas ou mais respostas possíveis, todas legítimas, pode o titular do poder de decidir escolher qualquer delas (sendo, pois, juridicamente indiferente qual das alternativas é a escolhida). Ora, no Estado Democrático de Direito não se pode admitir que uma causa seja submetida ao Judiciário e sua solução seja indiferente, podendo o juiz livremente escolher entre diversas decisões possíveis, todas corretas. Existe, para cada causa, uma resposta correta, uma decisão constitucionalmente legítima, e só ela pode ser a proferida em cada caso concreto. Incumbe ao Judiciário identificar, através de um processo de que participam, cooperativamente, todos os interessados, a solução correta da causa que lhe foi apresentada. E dar ao processo essa solução correta, este resultado juridicamente correto, constitucionalmente legítimo, do processo, é o resultado da atividade jurisdicional". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-31.

⁵⁴⁷ ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di interpretazioni*. Padova: CEDAM, 1996. p. 210. Segundo Zaccaria, "il giurista infatti si coloca in un rapporto di internità lla pratica, cioè al contesto istituzionale che egli stesso con la sua prassi interpretativa contribuisce a strutturare, a proseguire, a definire nella sua stessa identità e nel suoo necessário e continuo evolversi. Considerato da questo punto di vista, insomma, il diritto non è oggetto di conoscenza indifferente dal soggetto: non può darsi, infatti, correttezza oggettiva del diritto al di fuori del procedimento volto a reperirlo, o più in generale, della prassi che lo forma". ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di interpretazioni*. Padova: CEDAM, 1996. p. 210.

compreensão oferecer um desvelamento daquelas condições presentes em toda a interpretação, de modo a permitir que a tradição diga algo ao intérprete e que a distância temporal permita uma constante revisão dos pré-juízos⁵⁴⁸.

2.3.5 Do Processo como *locus* Privilegiado para a Compreensão do Sentido Prático-Problemático do Direito

A construção que até aqui se fez cumpre também o escopo de evidenciar uma postura metodológica para o problema jurídico que seja capaz de considerá-lo um problema prático-concreto. Nisso deve também ficar nítida a impossibilidade de se trabalhar, no terreno processual, com um alto grau de abstração conceitual suficiente para permitir divisões estanques no bojo do caso concreto decidendo. Colocadas as coisas desse modo, o processo civil somente pode ser bem compreendido numa perspectiva dinâmica, na qual divisões estanques entre categorias jurídicas que somente em abstrato e analiticamente podem ser separadas perdem sua razão de ser. Impossível, nesse quadro, a separação entre fato e direito ou entre direito material e processo.

Não que não seja possível construções teóricas acerca dos fatos, do direito, do processo e do direito material numa perspectiva abstrata. Porém, deve-se deixar claro que essas divisões estão mais bem afeiçoadas a pressupostos metodológicos distintos daqueles desenvolvidos no presente trabalho e, pode-se arriscar a dizer, insuficientes para lidar com a complexidade do Direito nos dias atuais.

Já foi dito que o problema metodológico do direito reside na sua realização prática, e não propriamente da sua interpretação em sentido estrito, perspectiva na qual o direito (condensado que está na lei e nos textos normativos) é objeto à

⁵⁴⁸ Segundo Lenio Streck, “a peculiaridade do direito reside no fato de que aquele que interpreta precisa, necessariamente, *dar à comunidade política as razões de sua interpretação*. Vale dizer, ele precisa mostrar que sua interpretação é correta, que ela está fundada em prejuízos legítimos e que sua subjetividade não se sobrepõe àquilo que deveria ser interpretado: o direito – e sua história institucional – e o contexto circunstancial dos fatos que define o caso concreto. Certamente quem interpreta um texto literário não está obrigado a dizer porque interpretou daquele modo; ao contrário, o intérprete do direito – e principalmente o juiz, mas não apenas ele – está obrigado, inclusive institucionalmente (Art. 93. IX, da CF), a dizer o porquê de sua interpretação [...], para finalizar, é preciso dizer que essa obrigação de oferecer os motivos da interpretação –explicitando o compreendido – não é atendida a partir da atenção a critérios lógicos, simplesmente, mas apenas no momento em que se consegue colocar o sentido ventilado na decisão, no contexto da história institucional do direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 289.

disposição do seu “aplicador”. É, pois, na concreta realização do direito que reside o seu problema metodológico fulcral. Isso quer significar, nas palavras de Castanheira Neves, que o cerne metodológico da teoria jurídica está na “realização da intenção axiológico-normativa do direito enquanto tal, em termos normativamente adequados ao problema jurídico concreto (ao seu mérito problemático-juridicamente concreto)”⁵⁴⁹. Tão significativa é essa opção metodológica que alguns autores chegam a dizer que a própria metodologia do direito estaria fixada na relação entre o caso e a norma, e que apenas na solução concreta há, de fato, direito⁵⁵⁰.

Diante desse perfil metodológico – que Castanheira Neves chama de *jurisprudencialismo* – revela-se como paradigma da jurisdição o *juízo*, este encarado não como uma aplicação lógica (clássico esquema subsuntivo), mas numa estrita decisão de índole prático-argumentativa, caracterizando-se, assim, na resolução de uma controvérsia prática⁵⁵¹. Ainda, vai-se evidenciando nessa superação do esquema metodológico clássico dois pontos fundamentais: o carácter unitário da realização do direito e a natureza constituinte da decisão⁵⁵².

O carácter unitário da realização do direito coloca em relevo a superação de dois pilares do sistema positivista, quais sejam, o método subsuntivo e a separação entre fato e direito. Em primeiro lugar, tem-se que a problemática da realização normativa concreta do direito deixa claro que o direito não seja por inteiro pressuposto e oferecido como um dado que bastaria interpretar para, num segundo momento, aplicá-lo⁵⁵³. Desse modo, a aplicabilidade da norma não vem a ser decidida por mera dedução conceitual ou por mera referência lógica-normativa do seu sentido hipotético abstrato às circunstâncias da situação concreta, mas da

⁵⁴⁹ NEVES, António Castanheira. Interpretação jurídica. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. v. 2, p. 373.

⁵⁵⁰ MENEZES-CORDEIRO, António. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. civ-cv.

⁵⁵¹ NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, p. 40-41, 1998.

⁵⁵² MENEZES-CORDEIRO, António. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. ciii.

⁵⁵³ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 262, nota 16.

ponderação jurídico-normativa do caso jurídico concreto⁵⁵⁴. Caso jurídico concreto que é um caso porque nele se põe um problema; é concreto porque o problema se põe numa certa situação e é jurídico porque desta situação concreta emerge um sentido jurídico⁵⁵⁵.

O caso concreto não oferece apenas fatos, pois assume desde já um sentido jurídico problemático que lhe é constitutivo, que lhe unifica e individualiza como um certo caso jurídico⁵⁵⁶. Também a norma não é apenas um dado pressuposto a ser convocado a resolver o caso. Ambos estão em permanente e dinâmica construção, o que impede que possam ser visualizados em termos meramente abstratos. A realização do direito, desse modo, se opera num todo unitário, que trabalha com fontes, fatos, interpretação e aplicação. Somente num esforço de análise é possível apontar várias operações⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 262.

⁵⁵⁵ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 274. Associado ao método subsuntivo está a artificial distinção entre casos fáceis e casos difíceis desenvolvida no seio da doutrina positivista de Herbert Hart, cuja crítica já merecida ser aqui antecipada. Conforme Castanheira Neves, “não há casos fáceis e casos difíceis, há simplesmente e sempre *casos jurídicos*. Em todos casos jurídicos concorrem o mesmo tipo de fundamentos e argumentos normativos próprios do *juízo jurídico* e exigem-no, já que só pela sua específica problematidade concreta, pela mediação do seu sempre *novum* normativo-problemático, poderão ser judicativamente decididos. E isto por implicação afinal, volte a dizer-se, do sentido do direito e da estrutura e exigência do seu universo normativo”. NEVES, António Castanheira. A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo. In: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37-38.

⁵⁵⁶ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 275.

⁵⁵⁷ MENEZES-CORDEIRO, António. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. ciii. Ainda conforme Menezes Cordeiro, “a realização do Direito é unitária: apenas em análise abstracta é possível decompô-la em várias fases que funcionam, tão-só, em inseparável conjunto. Particularmente focada é a unidade entre interpretação e aplicação”. MENEZES-CORDEIRO, António. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. civ. Do mesmo modo, afirma Castanheira Neves que “no campo metodológico do processo de decisão, o geral (a “regra”) só poderá ser o resultado adquirido por uma prévia resolução problemática, e será só numa outra atitude, numa *posterior* atitude regressiva e analítica, que o geral é susceptível de ocupar no lugar de pressuposto [...] Não se dispondo antecipadamente de um critério geral de relevância jurídica pelo qual se pudesse concluir, por sua mera “aplicação”, que o caso decidindo é um caso jurídico de um determinado tipo (com uma relevância jurídica perspectivada por um tipo geral de relevância, já disponível), por certo que a relevância jurídica do caso não pode ser outra senão aquela que lhe projecta o problemático sentido jurídico com que o assume, e constitui, uma autónoma abertura à juridicidade”. NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 314-315.

Isso significa que, embora seja possível numa perspectiva abstrata teorizar a respeito dos fatos e do direito como se fossem entidades autônomas, diante da complexidade do caso concreto essa separação perde toda a sua razão de ser. Trata-se de um artificialismo que, segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva, tem inspiração nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e o do *dever ser*, e que deita raízes nos filósofos do século XVII. Segundo ele, “o Direito, como *ciência da compreensão*, existe no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado”⁵⁵⁸. Para Castanheira Neves, talvez o jurista que com maior precisão tenha conseguido desvencilhar a metodologia jurídica do esquema normativista e apontar a inexorabilidade entre fato e direito, “‘o puro fato’ e ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que trata de aplicar o facto”. Consequentemente, “quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36. Ovídio segue a sua crítica afirmando que “ensina-se, ao contrário, nas universidades o ‘direito puro’, apenas a *norma*, como *axioma*, não como *problema*. Ao aluno oculta-se a essencial dimensão *problemática* do Direito, que só pode ser compreendida depois, através de uma longa e penosa aprendizagem profissional, que desfaça as ilusões que a Universidade lhe inculcara. Antes, porém de ser-lhe permitido o exercício da advocacia, o aluno egresso da Universidade ainda terá de enfrentar a derradeira prova que demonstre a eficiência do aprendizado universitário *more geométrico*, submetendo-se ao denominado “exame de Ordem” [...]. O Direito, tanto na Universidade quanto na prática, continua sendo uma ciência demonstrativa, não uma ciência da compreensão, construída dialeticamente. A retórica, enquanto ciência da argumentação forense, ainda não teve eu ingresso autorizado na Universidade brasileira. O ensino do Direito, em nosso país, tenta normatizar os *fatos* dando-lhes o sentido de uma *norma*, mesmo que o processo tenha como objeto a *lide*, que é um pedaço da história humana. Nossa metodologia universitária cuida dessa parcela da história como se estivesse a tratar de um problema geométrico, como preconizara Savigny. O estudante não tem acesso aos ‘fatos’, apenas às regras”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36-37.

⁵⁵⁹ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 55-56. Na doutrina brasileira, mais recentemente, também Júlio Cesar Goulart Lanes defendeu a inseparabilidade entre fato e direito: “desde a propositura da ação, foi demonstrado que é essencial o constante olhar no fato e na norma. É preciso que se tenha sempre presente a recíproca e contínua implicação entre fato e direito. Pensar o fato implica pensar o direito. Pensar o direito depende do fato pensado. Para que um ganhe sentido, é necessário o outro. Um sem o outro, nada diz para o processo”. LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 213). Essa tese veio a ser, posteriormente, aceita por José Tesheiner, com algumas observações, sendo importante registrar que esse jurista, anteriormente, com ela não concordava. Para Tesheiner, “Admito, agora, a inseparabilidade das questões de direito e de fato, mas apenas no momento da aplicação do Direito, que é o momento em que juízes e tribunais se pronunciam sobre um caso concreto”. TESHEINER, José. Sobre a inseparabilidade das questões de fato e de direito. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/715-sobre-a-inseparabilidade-das-questoes-de-fato-e-de-direito>>. Acesso em: 01 ago. 2015. Ainda sobre o tema, na doutrina

É certo que numa perspectiva hermenêutica, própria das ciências do espírito, conforme aqui já esboçado, fica mais fácil enxergar a inexistência de separação entre fato e direito na dinâmica processual. Certo ainda que essa separação está atrelada à um esquema lógico subsuntivo de aplicação do direito, fundado, igualmente, na separação entre interpretação e aplicação. O reconhecimento do caráter unitário na realização do direito é elemento suficiente para afastar qualquer tentativa de separação entre fato e direito na concretude do caso⁵⁶⁰. Isso tanto é verdade que Salvatore Satta, ao defender a essência unitária do juízo, também defendia a inseparabilidade entre fato e direito, afirmando que ambos não existem em juízo como elementos extrínsecos ou categorias abstratas. Julgar que um fato existe de um certo modo já é qualificá-lo juridicamente⁵⁶¹. Daí a acertada lição de Ovídio A. Baptista da Silva no sentido de que os Tribunais Superiores – que artificialmente apreciam recursos cujo âmbito de cognição é, artificialmente, limitado às “questões jurídicas” – ao tratarem dos fatos, para qualificá-los, “já abandonaram o terreno dos puros fatos, para cuidarem de uma ‘questão de direito’”⁵⁶².

Para o processo, que lida com o concreto e com o histórico⁵⁶³, não há fatos na sua pura materialidade; o processo lida com o significado dos fatos, que se dá numa dada situação hermenêutica em que compreensão, interpretação e aplicação perfazem uma unidade. Isso mostra, conforme Ovídio, que “para qualificar aquele ‘fato’ como uma

nacional, ver KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁵⁶⁰ A propósito, ensina Lenio Streck: “Gadamer deixa claro que a ausência do método não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos. Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio juris*. A hermenêutica não trata apenas da facticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, fato e direito se conjunham em uma síntese, que somente ocorre concretamente, na *applicatio* (lembramos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação)”. STRECK, Lenio. Em busca das “coordenadas filogenéticas” para a construção de uma teoria da decisão. In: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

⁵⁶¹ SATTA, Salvatore. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1971. p. 481.

⁵⁶² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Questão de fato em recurso extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 92, jul./ago. 2006.

⁵⁶³ Não se deve olvidar, como bem adverte Ovídio, que “o processualista, especialmente, tem como seu objeto de investigação e, finalmente, como seu produto final, uma relação jurídica de natureza histórica. A lide é um microcosmos da história humana”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 121.

‘arma’ deve-se ter, antes, a compreensão do conceito de roubo qualificado”, o que evidencia “‘o círculo hermenêutico’, como uma exigência de todo o compreender”⁵⁶⁴.

Indo adiante nas questões relativas ao carácter unitário da realização do direito, que serviram para confirmar uma igual unidade entre fato e direito na síntese integradora da aplicação concreta⁵⁶⁵, pode-se avançar nessa mesma perspectiva metodológica, crescendo-se ao horizonte de conhecimento uma espécie de irreduzibilidade teórica do direito, na medida em que ele é, na sua essência, intenção normativa a realizar-se historicamente⁵⁶⁶ e em ato⁵⁶⁷.

Se procurou até aqui, ainda que de modo não tanto sistemático, deixar evidenciado que o direito é algo muito mais vasto que a lei ou que os textos normativos. Seria possível acrescentar, nesse sentido, uma vasta gama de autores que compartilham do entendimento que *lex* e *ius* não são coisas idênticas. Veja-se o caso, para ficar com um processualista, de Giovanni Verde, para quem “*la legge (in senso formale) non esaurisce il fenomeno giuridico*”. Segundo ele, “*il ‘diritto’ è altra cosa*’. *Esso è il prodotto della vita associata, quale si sviluppa, giorno dopo giorno,*

⁵⁶⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Questão de fato em recurso extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 93, jul./ago. 2006. Nesse sentido, acrescenta Ovídio que “a separação entre “direito” e “fato” foi uma ambição das filosofias modernas que nossa contemporaneidade não pode aceitar. Esta compreensão do Direito que serve de fundamento para todas as formas de *normativismos*, é que deve ser questionada, a partir da nova compreensão do Direito como ciência carente de compreensão hermenêutica”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Questão de fato em recurso extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 94, jul./ago. 2006.

⁵⁶⁵ NEDEL, Antônio Carlos. A superação do método jurídico positivista e o reencontro do direito com o direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2009. p. 172.

⁵⁶⁶ Conforme Castanheira Neves, “O direito é essencialmente *histórico* [...] o direito só é verdadeiramente como tal, ou só o compreendemos *como direito* (i. é, *juridicamente*) enquanto o compreendemos como ‘sujeito’ de normatividade, como o problema da validade jurídica posto num tempo presente perante uma realidade actual; como uma validade que é problemática no momento em que se solicita e no modo como por ela se pergunta [...] Ele é histórico, não porque o seu tempo é o passado, mas porque o seu tempo é o futuro a precipitar-se a moldar o presente”. NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p.906-907.

⁵⁶⁷ Ainda segundo Castanheira Neves, “o direito é o *transcendens* de uma validade. Transcendendo a realidade para perguntar pelo seu fundamento, transcendendo a objectivação para discutir dela o seu sentido, revela-se-nos o direito na tensão e distanciação de uma validade interrogada e fundamentante que só pode, como tal, assumir-se *em acto*. Só pode assumir-se ao transcender-se algo (o transcender próprio da validade), que é, no entanto e simultaneamente, um transcender *para* esse algo (o transcender para predicar a esse algo *a sua* validade). Tendo em si mesmo a estrutura de um *acto* – transcendendo o objeto é ele quem objectiva, sem ser ele próprio objeto – é decerto susceptível de objectivar-se nas realidades que juridicamente se tenham constituído, mas essas sua objectivação é justamente o resultado do acto em que ele a constitui”. NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 906-907.

*attimo per attimo, per effetto di quanti operano con e per il diritto*⁵⁶⁸. A superação do esquema metodológico subsuntivo – próprio do normativismo – veio a contribuir para que se deixe claro que o direito não existe antes da sua realização, o que significa dizer que não se tem o direito pelo fato de se ter um sistema jurídico, uma vez que este “representa apenas uma possibilidade ideal e abstrata do direito que ainda não se manifestou”⁵⁶⁹.

Não se quer aqui negar a existência de categorias jurídicas estáticas como a noção de direito subjetivo. Seria necessário talvez uma tese para de modo responsável atacar categorias tão solidamente desenvolvidas ao longo dos tempos e, desse modo, substituí-la com outras categorias capazes de explicar a vasta gama de temas jurídicos que, por exemplo, ainda estão alicerçados com base em conceitos como direito subjetivo e pretensão de direito material. O que se pretende colocar em relevo é que essas categorias são categorias abstratas, que espelham o caráter estático do ordenamento jurídico. Isso não importa, portanto, uma identificação do ordenamento jurídico com a jurisdição, mas, sim, que o processo representa a faceta dinâmica do direito, em que os ideais de certeza e segurança próprios da sociedade moderna caem por terra⁵⁷⁰.

A natureza constituinte da decisão jurídica (Menezes Cordeiro) ou, ainda, o aspecto constituendo da decisão do caso concreto em que o direito se realiza (Castanheira Neves) não quer significar que nada, do ponto de vista jurídico, exista antes da sentença. A afirmação de que o direito não existe antes da sua realização deve ser tomada em termos, vale dizer, deve levar em conta que o modo de ser do direito é sua realização. Isso, porém, não quer significar que o direito não realize suas intenções jurídico-normativas fora do processo, mas que no fluxo constante da vida humana a diante da eventual não realização do direito e da sua incapacidade

⁵⁶⁸ VERDE, Giovanni. *Il difficile rapporto tra giudice e legge*. Introduzione di Natalino Irti. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p. 178.

⁵⁶⁹ NEDEL, Antônio Carlos. A superação do método jurídico positivista e o reencontro do direito com o direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2009. p. 172-173.

⁵⁷⁰ Segue-se aqui a linha adotada por Ovídio A. Baptista da Silva que, embora critique a postura monista de autores como Satta e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, enfatiza o caráter de instabilidade gerado na pendência do processo. Nesse sentido: “pode-se, sem dúvida, aceitar a asserção de que “o ordenamento sem ação” seria um conceito vazio. Entretanto, parece-nos inaceitável identificar “ordenamento” com “jurisdição”, assim como será inaceitável confundir o direito, enquanto instrumento de disciplina das relações sociais, exclusivamente com seu aspecto dinâmico, através do processo judicial”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

para regular as relações sociais seu grau de estabilidade poderá ampliar-se ou reduzir-se. Esse é o sentido da crítica formulada por Ovídio Baptista a autores como Satta e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que entendiam pela existência do direito somente quando certificado pela sentença⁵⁷¹.

Os mesmos pressupostos para defender a impossibilidade de uma cisão entre fato e direito também servem para defender o manifesto artificialismo de um mundo jurídico separado do mundo dos fatos, propugnado do ponto de vista da teoria do direito. Não há um mundo jurídico separado do mundo dos fatos até porque o homem encontra-se no mundo como ser-no-mundo e não como que num outro plano (nem o dos fatos, nem o do direito) e de lá pudesse apreendê-los como se fossem realidades autônomas.

O que se pode considerar, de modo acertado, é que as categorias do direito material espelham uma realidade normativa estática, própria da função extrajudicial das normas jurídicas⁵⁷². Até mesmo para um jurista como James Goldschmidt, que se apercebeu do caráter dinâmico do direito, o conceito de direito subjetivo estaria fundado na ideia de um “poder de hacer eficaces, en interés próprio, los imperativos

⁵⁷¹ Conforme Ovídio, “para Satta, o que ocorre no mundo social poderá ser direito se o juiz assim o considerar. Ou o direito existe certificado pela sentença; ou aquilo que todos imaginamos que seja um fenômeno jurídico, quando, por exemplo, compramos ou vendemos, poderá resultar em “*flatus vocis*” quando a sentença disser que não houve o contrato; que, na verdade, aquilo não era uma compra e venda. Se a sentença declarar que o autor estava equivocado e que o contrato não era uma compra e venda, então aquele episódio não passara de uma conduta social, por certo existente e, provavelmente, não passara de uma conduta social, por certo existente e, provavelmente, relevante para a economia ou para os sociólogos, ou como história, mas não chega a ser jurídica. [...]. O jurídico, para este modo de compreender o Direito, não pode ficar submetido às incertezas da vida humana [...]. Os processualistas que têm esta compreensão do direito e do processo não conseguem lidar com os indeterminismos e as inseguranças que presidem nossa existência. Uma compra e venda somente existe se o juiz disser que ela existe (!), porque, a partir daí, ninguém mais terá dúvida de sua existência. Antes haverá somente relações econômicas e, em sentido mais geral, relações sociais, que podem interessar ao sociólogo ou ao economista”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 10). No tocante ao pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, afirma Ovídio: “a nosso ver, sua concepção é igualmente monista. Ele, embora por um caminho diferente daquele trilhado por Chiovenda, chega a resultado semelhante. Para o processualista italiano, o direito existirá sempre no curso da demanda, como será ‘absoluto e certo’; Carlos Alberto também pressupõe as mesmas notas conceituais, ao exigir o direito e a ação somente depois da coisa julgada. Ele, como Chiovenda, consegue saltar sobre a *insegurança*, própria do momento da *pendência*, em que os direitos deixam de ‘ser’, para tornarem-se uma nova categoria lógica, identificada como uma simples expectativa de ‘vir a ser’. Este momento, porém, não faz com o que o direito material não exista. Tanto existe – e continua existindo, durante o processo – que a sentença de procedência o declara existente! Ocorre, apenas, que no curso da relação processual litigiosa, não se pode falar em direito realmente existente, por estar o direito, que fora real e incontroverso, nas relações sociais, dependente (Em estado de *pendência*) da confirmação que lhe dará a sentença de procedência”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 105-106.

⁵⁷² GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoria general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961. p. 49.

jurídicos”⁵⁷³, o que não destoa sequer do pensamento nominalista de Guilherme de Ockham, responsável pelo surgimento da noção de direito subjetivo, momento copernicano da ciência do direito, conforme afiança Michel Villey⁵⁷⁴. No seu germe, o direito subjetivo esteve associado à noção de poder⁵⁷⁵, o que costuma também ser traduzido como uma vantagem. E assim continua sendo. É por esse motivo que, para Pontes de Miranda, o direito subjetivo é uma vantagem que foi conferida a alguém em virtude da incidência da regra jurídica em algum suporte fático. O que dessa ocorrência emana de vantajoso é direito já aqui *subjetivo*, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele⁵⁷⁶.

Não se pretende aqui avançar com muita profundidade no tema em questão, uma vez que tal empreendimento demandaria uma abordagem bastante extensa acerca da distinção entre direito subjetivo e outras categorias do direito material, como o conceito de pretensão e de ação de direito material⁵⁷⁷. Controvérsias existentes no seio doutrinário, ficarão de fora da presente investigação⁵⁷⁸. Importa, no entanto, advertir que se tratam de construções teóricas que dependem de artificialismos que funcionam como mecanismos de observação puramente

⁵⁷³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoria general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961. p. 51.

⁵⁷⁴ De acordo com Villey, “A eclosão do direito subjetivo, sua definição teórica, não é apenas um pequeno detalhe da história da linguagem jurídica. Significa o abandono de uma forma de pensamento jurídico experimentado até então, fundado na ordem natural, e sua substituição por um outro, fundado na ideia de poderes. Estamos no momento “copernicano” da história da ciência do direito, na fronteira de dois mundos. Surge uma nova ordem social, da qual o direito individual será a célula elementar, e que se construirá inteiramente sobre a noção de *potestas*, elevada à dignidade de *direito*. Disso dependerão, em seguida, por um lado, as leis positivas, que passam a ser a única fonte da ordem, oriundas de poderes individuais, e por outro, o conteúdo individualista liberal e utilitário de nosso direito ocidental”. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 288).

⁵⁷⁵ Para Villey, o que parece característico da expressão direito subjetivo, se entendida em sentido autêntico e originário, é que ela aplica o selo, a rubrica do jurídico (a força normativa do *direito*), a uma faculdade do sujeito, a um de seus *poderes*. O direito subjetivo de propriedade é, por exemplo, o *poder* de usar, de desfrutar, de dispor da coisa atribuído ao proprietário, ele mesmo reconhecido, garantido *juridicamente*. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 253.

⁵⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 47.

⁵⁷⁷ Sobre os conceitos de pretensão de direito material e ação de direito material, numa perspectiva dogmática, consultar SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Também sobre o tema, com profunda pesquisa doutrinária, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

⁵⁷⁸ Para uma análise profunda acerca da temática no âmbito da doutrina processual, ver ANCHIETA, Natascha Silva. *Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito*. 2013. 301 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000008/00000890.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

analíticos, como é o caso dos dualismos mundo jurídico-mundo dos fatos⁵⁷⁹ e direito objetivo-direito subjetivo.

O conceito de direito objetivo ou de ordem jurídica constitui tema de alta complexidade, cuja análise, neste momento, apresentar-se-á de forma sucinta, sem que se possa adentrar nas diversas teorias a seu respeito⁵⁸⁰. Importante mencionar que a ideia de ordem jurídica (ordenamento jurídico) constitui a primeira experiência que se tem acerca do direito. Nisso, pode-se ressaltar que o direito, enquanto ordem, traduz uma *racionalização da vida histórico-social*, resolvendo os conflitos sociais de interesses através de uma solução regulamentada que se impõe aos interesses, reafirmando os direitos ofendidos e punindo o seu descumprimento, permitindo, ainda, ao tipificar a ação e lhe prescrever antecipadamente o seu estatuto, a previsão das consequências e, desse modo, a possibilidade de segurança na vida social⁵⁸¹.

De acordo com a aceção clássica, o ordenamento jurídico é composto, para consecução de tais finalidades, de *normas jurídicas*, ou seja, de proposições de intencionalidade prescritiva que enunciam um dever-ser, ou seja, traduzem uma intenção regulativa, uma exigência dirigida à realidade, convocando-a a orientar-se no sentido prescrito ou a conformar-se em termos de cumprir em si o sentido regulativamente projetado⁵⁸². Como ensina Castanheira Neves, a norma possui uma estrutura específica: “*representa uma determinada situação objectiva (uma certa ‘situação de facto’, uma certa conduta, uma certa relação, etc.) a que liga certas*

⁵⁷⁹ Defendendo a existência de dois mundos, artificialmente construídos pelo direito, Pontes de Miranda afirma que o jurista se vale de conceitos de dois mundos diferentes, quais sejam, “o mundo fático, em que se dão os fatos físicos e os fatos do mundo jurídico, quando tratados somente como fatos do mundo fático, e o mundo jurídico em que só se leva em conta o que nele entrou, colorido pela regra jurídica que incidiu”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 21).

⁵⁸⁰ As teorias do direito objetivo podem ser agrupadas em três grupos: aquelas que concebem o direito objetivo como vontade de garantir ao homem o domínio dos bens materiais, aquelas que concebem o direito objetivo como vontade de tutelar os interesses humanos, e as teorias que concebem o direito objetivo como vontade de potenciar as energias do espírito humano. Sobre o tema, ver FERRANTE, Matteo. *Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947. p. 20-57.

⁵⁸¹ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 23-24.

⁵⁸² NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 266.

*consequências, práticas, aqueles particulares efeitos que prescreve*⁵⁸³. Trata-se do conhecimento esquema lógico suporte fático e preceito (eficácia jurídica).

A dicotomia direito objetivo e direito subjetivo é um tema que divide os juristas, o que fica estampado no embate entre as orientações jusnaturalistas-individualistas e as orientações objetivistas e normativistas, cuja solução comumente é extraída das perspectivas dualistas, nas quais *“o direito objetivo (norma agendi) e o direito subjetivo (facultas agendi) seriam dois sentidos ou duas perspectivas diferentes mas correlativas do direito em geral”*⁵⁸⁴, mais precisamente as teoria da vontade de Savigny e de Windscheid, contrapostas à teoria do interesse de Ihering⁵⁸⁵.

⁵⁸³ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 268-269.

⁵⁸⁴ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 379.

⁵⁸⁵ Fazendo uma crítica a correlação entre direito objetivo e direito subjetivo, Castanheira Neves afirma que “a ordem jurídica não pode compreender-se nem só a partir dos direitos subjectivos, nem excluindo radicalmente esses direitos. A preferência pelo direito subjectivo omite a dimensão comunitária (objectiva ou transobjectiva) do direito – foi esse o erro do jusnaturalismo individualista –, e a preferência pelo direito objectivo apaga o momento de autonomia e de participação pessoal, que não é dimensão menos essencial de uma qualquer ordem jurídica – o erro do estribo objectivismo. Mas sem querer isto significar –o que sobretudo importa ter presente – que se constituam assim dois domínios de todo separados (Como que espacialmente separados) a oporem-se em contradição de forças um ao outro até se estabilizarem num equilíbrio de compromisso. Pois a autonomia não pode mais pensar-se fora do contexto comunitário, mas apenas no seu seio, e a comunidade não o será verdadeiramente se o não for de pessoas, com a específica autonomia que a estas compete por essência. Não teremos uma comunidade de direito, e sim um colectivo massificado, onde não se verifique a participação e a afirmação pessoal, mas a pessoa não implica menos – estamos hoje disso irreversivelmente conscientes – uma co-responsabilidade e solidariedade comunitária. O que tem uma importância decisiva para compreendermos o verdadeiros sentido normativo que hoje define o direito subjectivo [...] Por um lado, os direitos subjectivos que jurídico-positivamente se reconheçam e se pretendam impor não-de exhibir concretamente um fundamento normativo pelo qual eles se justifiquem como legítima afirmação ou realização de uma autonomia – já directamente, manifestando o seu “ser”. assim, nos direitos fundamentais e nos direitos de personalidade), já indirectamente, traduzindo um seu ‘ter’ (os vários direitos subjectivos de objecto material ou imaterial). Por outro lado, essa fundamentada afirmação ou realização concerta há-de ser correlativa das exigências e, portando, dos limites que a integração comunitária, no sentido da co-responsabilidade e da solidariedade, lhe imponham. Deste modo os direitos subjectivos só serão válidos desde que, e simultaneamente, traduzam um concreto fundamento normativo (um fundamento teleológico, se quisermos) e se não neguem à co-responsabilidade e à solidariedade social. [...] Com este fundamento normativo, que nos ilumina do seu verdadeiro sentido, se vêm a objectivar positivamente os direitos subjectivos. E a determinação dessa sua objectivação, ou a definição objectiva do seu específico conteúdo jurídico-positivo, é, como sabemos, o seu problema dogmático [...] situadas, como vimos, desde logo em sede dogmática, as teorias da vontade e do interesse propunham-se oferecer, com a determinação da sua natureza, simultaneamente a definição do conceito de direito subjectivo. Não temos de repetir aqui as suas definições desse conceito, nem as críticas de que cada uma dessas tem sido algo. Só não aludimos a que uma ampla corrente doutrinal se formou no sentido de uma síntese daquelas duas posições, integrando de um ou de outro modo os dois elementos ‘poder de vontade’ e ‘interesse’ numa utilitária definição que a ambos assimiladas, e para assim beneficiar do que houvesse no fundo de válido em cada uma daquelas teorias, ao mesmo tempo que se obviava

Embora seja inegável que o direito possa ser perspectivado nessas duas dimensões, não se pode exigir uma necessária correlação entre ambas, pois isso somente importaria em reduzir o grau de autonomia de cada uma delas. Quando Pontes de Miranda, por exemplo, diz que antes de cada direito esteve a ordem jurídica, deve-se considerar o direito numa estrita dimensão subjetiva como poder ou

aos seus respectivos inconvenientes. São célebres, neste sentido, as formulações de G. JELLINEK, de KICHOUD, de SALEILLES, etc. Algum benefício se obtém da conjugação dos dois elementos, mas não até no ponto de se conseguir assim uma exacta conceitualização do direito subjectivo. Com efeito, o erro capital da teoria da vontade está em confundir a autonomia jurídica com uma imposição da vontade (que poderá ser quando muito um dos modos da manifestação efectiva dessa autonomia) ou o reconhecimento normativo da autonomia social da pessoa jurídica com os seus actos de vontade, enquanto o erro não menos fundamental da teoria do interesse é o de deixar inconsiderada a especificidade jurídica dos direitos subjectivos – aquele suum particular que eles imputam ao seu titular –, já que os confunde com as mais variada e distintas situações de interesses reconhecidos juridicamente – e se a associação do interesse com outros elementos determinantes permite apagar este erro da sua exclusiva consideração, ao mesmo tempo que insere no direito subjectivo um imprescindível momento de função e justificação material, o que a síntese dos dois elementos não consegue, é eliminar o erro decisivo da teoria da vontade. A doutrina mais recente situa-se, no entanto, para além já do plano em que se manteve a polémica tradicional – que se traduzia na determinação de um elemento extrajurídico em si que pudesse dizer-se a natureza essencial do direito subjectivo –, e o que procura é caracterizar a expressão jurídica da autonomia particular, fazendo a análise do seu positivo conteúdo jurídico. Citaremos como especialmente relevantes, nesta orientação, as investigações de DABIN e de ROUBIER. E é também nesta linha que nós poderemos dizer que o direito subjectivo é a positiva afirmação jurídica da autonomia pessoal no contexto de uma certa comunidade – no quadro, portanto, de uma determinada ordem jurídica – e que se traduz na titularidade ou na pretensão pessoal (proprium como ‘seu’), impositiva (imposta ou a exigida de outrem com o carácter de facultas ad potestas e que para os outros destinatários se traduz num dever ou obrigação) e dispositiva (cabendo de qualquer modo na disposição pessoal do titular) jurídico-normativamente válida de certos valores ou bens jurídicos. Notas de que não mais do que outros tantos corolários dogmáticos do princípio normativo que informa a constituição dos direitos subjectivos: a concreta subjectivação da autonomia haverá de ter decerto um carácter pessoal; a sua afirmação socialmente efectiva implica sempre a imposição dela a outros, que têm de respeitar essa pessoal autonomia; nem há autonomia que não se mostre real num qualquer poder de disposição; por último, a concreta manifestação da autonomia só adquirirá a validade de ‘um direito’ se no seu conteúdo se mostrar jurídico-normativamente fundada, i. é, se nela se puder ver uma específica realização do princípio normativo geral (o princípio da justiça) que define o próprio direito. E se quisermos exemplos positivos de direitos subjectivos, basta termos presente os vários domínios do direito privado para o qual aquele tipo de direitos é uma realidade jurídica nuclear: desde os especiais direitos de personalidade aos direitos reais, dos direitos de crédito (particularmente de origem negocial) aos direitos sucessórios (os direitos do herdeiro à herança e do legatário ao legado), etc. [...] Para além das diversas figuras jurídicas que já distinguimos destes direitos, importa para este ponto ter sobretudo presente as capacidades, as várias situações objectivas definidoras não de direitos mas de um status (estado de cônjuge, de filho), as competências funcionais (p. ex. a do tutor), assim como as regulamentações jurídico-privadas da validade dos actos ou negócios, etc. – todo o que é irreduzível a direitos subjectivos. E já por aqui se vê que é errado dizer-se, como diz o pensamento dominante, que o direito objectivo e o direito subjectivo são sempre correlativos, simplesmente duas perspectivas diferentes de ver o direito unitário, dois sentidos diversos do direito em geral, ou as suas duas faces, o anverso e o reverso, etc. É esta uma posição que desconhece tanto a específica autonomia do direito subjectivo como a autonomia não menos específica do direito objectivo – que são sim duas dimensões ou duas modalidades diferentes e a actuar fundamentos normativos diversos, embora complementares e integrantes, do direito no seu todo, considerando este na sua unidade dialéctica e global”. NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abranches, 1971-1972. p. 379, 390-407.

vantagem atribuída juridicamente a algum sujeito⁵⁸⁶. É claro que essa noção de direito subjetivo parte de um alto grau de estabilidade, que somente pode se dar numa consideração estática, que enfoca as relações jurídicas “como consecuencias juridicamente necesarias de los hechos presupuestos como realizados”⁵⁸⁷.

No processo, porém, esse grau de estabilidade propugnado pelo direito material inevitavelmente deixa de existir. Como disse Goldschmidt, “la incertidumbre es consubstancial a las relaciones procesales, puesto que la sentencia judicial nunca puede preverse con seguridad”⁵⁸⁸. Daí o rechaço à teoria da relação jurídica processual por parte do jurista alemão, uma vez que, para ele, os vínculos jurídicos que nasceriam no processo não seriam considerações estáticas do direito; não seriam faculdades nem deveres, mas situações jurídicas, vale dizer, considerações dinâmicas do direito, concebidas como expectativas, esperanças da conduta judicial que há de ser produzida e, em último termo, da decisão judicial futura⁵⁸⁹.

Ainda que a teoria do processo como situação jurídica não tenha recebido grande aceitação por parte da doutrina processual, é inegável que Goldschmidt introduziu uma considerável novidade na estrutura do fenômeno jurídico, consistente, segundo Ovídio Baptista da Silva, no reconhecimento de que, em determinadas circunstâncias, os direitos perdem ou veem enfraquecer-se aquela proteção que os torna inimpugnáveis, “permitindo o surgimento de uma *segunda versão* que, na controvérsia processual, os tornará discutíveis e, portanto, apenas

⁵⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 47.

⁵⁸⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoria general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961. p. 65. Ainda nesse ponto, deve-se fazer justiça ao pensamento de Pontes de Miranda, pois para o jurista alagoano a noção de incidência estaria no plano do pensamento. Vale dizer, Pontes não afirmou que a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático concreto operaria de modo automático (sem a participação humana). Embora viesse a considerá-la infalível (a incidência) tal se daria no plano do pensamento. É nesse sentido a sua afirmação de que “a incidência da regra jurídica ocorre como fato que cria ou continua a criar o mundo jurídico; é *fato dentro do mundo dos nossos pensamentos*, - perceptível, porém, em conseqüências que acontecem dentro do mundo total. Quando o Código Civil estatui que, ‘aberta a sucessão’, isto é, morto alguém, ‘o domínio e a posse da herança’ se ‘transmitem’, desde logo, ‘aos herdeiros legítimos e testamentários’, estabelece êle que ao fato (jurídico) da morte suceda, imediatamente, o fato jurídico da transmissão dos bens; nenhum instante fica vazio entre a propriedade do falecido e a propriedade dos herdeiros. Tudo isso se desenrola mediante o pensamento, que está na regra jurídica (pensar vem de *pesar*), e incide nos fatos, ainda em queda (incidere, cadere) que só se passa no mundo dos nossos pensamentos, porém que nós *vemos* em suas conseqüências: a entrada dos herdeiros na casa, a retirada dos objetos, o alojamento dêles, a venda em leilão e a distribuição, entre êles, da quantia apurada [...]”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1: parte geral, p. 6-7, §2.

⁵⁸⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoria general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961. p. 66.

⁵⁸⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936. p. 8.

prováveis”⁵⁹⁰. Talvez ninguém melhor que Ovídio Baptista da Silva tenha se valido das lições de Goldschmidt no processo civil, de modo a deixar claro que no processo, não existem as categorias próprias do direito material (ação de direito material, pretensão, direito subjetivo) senão como simples afirmações. O que há, no processo, são afirmações relativas ao plano do direito material. Há, portanto, uma instabilidade que é inerente ao processo⁵⁹¹.

É somente no bojo do *devido processo*, que se opera a determinação do direito⁵⁹² como seu resultado. Nisso fica bastante claro também o caráter indeterminado e fluido das categorias do direito material quando afirmadas no processo⁵⁹³, o qual constitui o *locus* de formação dinâmica do caso concreto, a partir de uma reconstrução dos fatos e do direito, numa unidade decisória e constitutiva⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 117.

⁵⁹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62. Como bem destacou Ovídio, “A *insegurança* quanto à futura sentença faz parte de nosso purgatório. Estamos longe daquele ponto em que Calamandrei podia – antes da sentença – prognosticar, com segurança, o seu resultado”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 117.

⁵⁹² BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). São Paulo: Malheiros, 1996. p. 47.

⁵⁹³ Trata-se, com isso, de adotar uma perspectiva monista moderada acerca do ordenamento jurídico, a exemplo do que defende Darci Guimarães Ribeiro. Segundo o autor gaúcho “en la fase anterior al proceso no existe propiamente derecho subjetivo mediato, sino sólo un derecho subjetivo inmediato. El derecho subjetivo ‘mediato’, como suele ser concebido por los autores, no es más que una ventaja objetiva: es una ventaja porque el ordenamiento jurídico, a través de su función principal de jerarquizar los intereses en sociedad, favorece el interés de una persona en detrimento de otra; y es objetiva porque esta prevista en el propio ordenamiento jurídico. Esta ventaja objetiva, para que sea un ‘derecho subjetivo’, adquiriendo el verdadero status de protección definitiva, en el sentido estrictamente técnico de la palabra, necesita ser confirmada por una sentencia, puesto que, como señala IHERING, ‘el derecho existe para realizarse. La realización es la vida del derecho, y la verdad del derecho en sí mismo. Lo que no sucede nunca en realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel, es sólo un fantasma de derecho, meras palabras y nada más’. Es decir, si el derecho existe para realizarse, con anterioridad a la sentencia no puede existir ‘derecho subjetivo mediato’, porque antes de ella su realidad es cuestionable y su realización depende exclusivamente de la voluntad de las personas, es una regla social de conducta (“Verhaltensrecht”), ya que el Estado solamente puede constreñirlas a realizar el derecho a través de una sentencia, es decir, con la sentencia existe la concreción de una sanción abstracta a través de la coacción que puede ser actual o potencial, y además de asentar la existencia del derecho, desplaza la voluntad del obligado que ya no tiene importancia para la realización del derecho. En consecuencia, toda sentencia es intrínseca y objetivamente coercitiva, porque además de concretar la existencia del derecho a las partes, se impone a la voluntad de las mismas, por lo que el querer volitivo del obligado para la realización del derecho subjetivo mediato es un elemento secundario [...] no queremos decir que el juez pueda, a su arbitrio, crear el ‘derecho subjetivo mediato’, sino que su misión es cooperar a la realización de ideales previamente establecidos, dentro de un ordenamiento jurídico dado, en donde este ordenamiento jurídico sirve de límite para la actuación del juez”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 44-48.

⁵⁹⁴ COSSUTA, Marco. Il diritto come processo. *Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*. A cura di Paolo Moro. Milano: Franco Angeli, 2012. p. 94.

2.4 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO À FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS: DA FUNÇÃO À FORMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO CIVIL

Alicerçando-se na matriz hermenêutica desenvolvida nos itens precedentes, torna-se possível questionar, por fim, o conceito de princípio jurídico comumente utilizado pela doutrina processual contemporânea. Também aqui há um nítido exemplo no sentido da primazia da matriz hermenêutica em relação à matriz analítica, mormente pelo fato de que esta última trabalha unicamente no nível lógico-semântico das proposições jurídicas, tendo cuja teorização é insuficiente para que se possa chegar a uma noção revigorada de princípio.

Para tal desenvolvimento, será realizado um estudo sobre a história dos princípios no direito, passando dos princípios gerais do direito aos princípios constitucionais teorizados a partir do segundo pós-guerra. Tudo isso terá por pressuposto a *tese da descontinuidade*, no sentido de que a noção contemporânea de princípio deve ser visualizada como ruptura frente ao modelo anterior de produção do direito, e não como uma evolução dos princípios gerais do direito, cuja construção teórica remonta aos primeiros positivismos. Com isso, pretende-se deixar assentado o “conceito” de princípios que alicerçará o desenvolvimento da tese, mormente no que diz respeito à problematização do chamado princípio dispositivo.

2.4.1 O Conceito de Princípio Diante das Primeiras Posturas Positivistas: o Desenvolvimento Teórico dos Princípios Gerais do Direito

O projeto de codificação do direito, não obstante tenha importado, mormente na França, em um deslocamento de legitimidade do Direito produzido pelo Estado, apresentou-se nitidamente como uma tentativa de sufocar o direito natural com a força do direito positivo⁵⁹⁵. Nesse afã, começou a ganhar relevo a teoria da *plenitude do ordenamento jurídico*, segundo a qual todo o sistema jurídico vigente deve considerar-se logicamente como completo, hermético e sem lacunas⁵⁹⁶, na medida em que um ordenamento jurídico incapaz de resolver alguns casos “*se anularia ipso*

⁵⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 77.

⁵⁹⁶ COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967. p. 156.

*facto a si mesmo, posto que resultaria inferior a sua função de estabelecer uma ordem justa entre os que vivem*⁵⁹⁷.

Em suma, como é proibido ao juiz não julgar por falta de clareza a respeito da solução do caso concreto (*proibição de non liquet*)⁵⁹⁸, a sua resposta deveria ser buscada exclusivamente no ordenamento jurídico positivo. Tal proposta, apesar de ter sido desenvolvida com maior fôlego pela escola da exegese francesa⁵⁹⁹, já tinha sido duramente criticada por Portalis que, no seu famoso discurso preliminar do projeto do Código Civil de Napoleão, duvidava da onipotência do legislador, afirmando que “*si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie*” (se a previdência do legislador é limitada, a natureza é infinita)⁶⁰⁰, num claro apego ao direito natural, instância em que se resolveria o caso quando o Código apresentasse lacunas.

O desenvolvimento dos princípios gerais do direito ao lado do tema da plenitude do ordenamento jurídico é uma constante no movimento de codificação do direito que atravessa o século XIX, sendo possível verificá-lo na doutrina e nos códigos de diversos países. Na verdade, pode-se dizer, com maior precisão, que os princípios gerais do direito foram, gradualmente, ganhando força na medida em que as insuficiências dos primeiros positivismos tornavam-se mais evidentes. Nesse ponto, mostra-se imprescindível traçar algumas considerações sobre as primeiras facetas assumidas pelo positivismo: o positivismo exegetico e o positivismo científico ou conceitual.

⁵⁹⁷ COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento juridico*. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1947, p. 51.

⁵⁹⁸ Sobre as origens históricas do tema, ver GÉLIO, Aulo. *Noites áticas*. Tradução e notas: José R. Seabra F. Londrina: MMX, 2010. Para uma análise da questão a partir da teoria sistêmica, ver LHUMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005, especialmente o capítulo 7, intitulado “o lugar dos tribunais no sistema jurídico”.

⁵⁹⁹ Após a promulgação do Código de Napoleão, a escola da exegese cria então um sistema jurídico baseado numa suposta completude da lei (a qual deveria contemplar todos os casos possíveis). Porém, as suas pretensões logo soçobraram. Nesse sentido, Díaz Couselo afirma que, “a partir da promulgação do Código, desaparece essa ideia manifestada por Portalis e, fascinados pela obra legislativa, os comentadores da codificação que vão integrar a Escola da Exegese, sustentam que o conjunto de normas legislativas vigentes na França, mediante o método dedutivo, são suficientes para fundamentar toda decisão. É que para eles o direito se identifica com a lei e a lei e o justo com o Direito Positivo”. DÍAZ COUSELO, José María. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. p. 52.

⁶⁰⁰ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Préface de Michel Massenet. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004. p. 18. Titre original: Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil, Sobre o problema plenitude do ordenamento jurídico na elaboração do Código Civil francês e o papel de Portalis, ver BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. COUSELO, José María. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. p. 49-52.

Com efeito, os primeiros positivismos jurídicos podem ser considerados como caudatários de uma orientação teórica do pensamento jurídico, caracterizada (a) por um direito pertencente à esfera intelectual (lógico-teórica) calcada na intenção científica de verdade, (b) por um direito subsistente em um mundo objetivo de significações pressupostas, suscetíveis de serem consideradas em termos absolutos ou desligados da realidade e da história, (c) por um pensamento jurídico de uma estrutura apriorística, dedutiva e sistemático-formalizante (*more geométrico*), (d) pela realização histórico-concreta do direito reduzida a uma mera aplicação analítico-dedutiva, (e) pela objetividade jurídica identificada com a objetividade teórica, ou seja, o direito é um objeto de conhecimento e o jurista é o que conhece o direito e, por fim, pela ordem como definidora do direito⁶⁰¹.

O positivismo-exegético enxerga o direito na lei, como aquilo que o legislador quis de forma racional. A lei torna-se uma forma pura, um ato sem conteúdo, cuja qualidade é tirada do sujeito legislador que carrega a sua legitimidade⁶⁰². Impera aí a importância do código, “uma regulamentação autoritária, unitária, racional-sistemática, total, exclusiva e definitiva de um sector da vida jurídico-social”⁶⁰³. Em razão da suposta suficiência-normativa da lei, a sua interpretação deveria ser buscada na vontade do legislador. Porém, gradativamente, em razão dos casos omissos passou a admitir-se a auto-integração legal, calcada na analogia e nos princípios gerais do direito⁶⁰⁴.

O positivismo científico ou conceitual (*Begriffsjurisprudenz*) tem como coordenadas fundamentais o sistema conceitual e a lei. O direito, nesse sentido, teria uma imanente e essencial racionalidade, de modo que o sistema conceitual teria um valor ontológico, traduzindo a estrutura construtiva e fundamentando o direito, cujo elemento constitutivo seria o conceito e a estrutura fundamental, o sistema conceitual, expressão eterna e universal do direito. Aqui, a lei figura como dado fundamental, como ponto de partida para a construção do conceito, ainda que, inicialmente, o labor jurídico se desse sobre textos do direito romano e

⁶⁰¹ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 411.

⁶⁰² GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 51.

⁶⁰³ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72. p. 411-412.

⁶⁰⁴ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 412.

comum⁶⁰⁵. De qualquer forma, imperava o método da inversão, mediante o qual o dado positivo da lei era revertido aos conceitos e ao sistema conceitual pressuposto: o procedimento consistia em utilizar como fonte para a criação de normas necessárias e não existentes as noções gerais que a ciência abstraía das normas legais particulares. Para fins de clareza e sinopse, a ciência ordenaria o conteúdo legal no sistema. Os elementos comuns se compreenderiam, então, em conceitos cada vez mais gerais, definidos com exatidão⁶⁰⁶. Daí Savigny, um dos arautos da escola histórica (e a escola histórica forma a base do positivismo científico), afirmar que seu método não era uma veneração exclusiva do direito romano, mas, sim, consistia em *“encontrar sob sua raiz toda a doutrina do passado, e descobrir o princípio orgânico, de maneira que quanto haja vivo se separe das partes mortas já, as quais restariam como meros objetos do domínio da história”*⁶⁰⁷. Ainda, deve-se destacar que esse método de conceitualização realizava-se mediante um processo lógico-subsuntivo de modo a alcançar, por um lado, o conhecimento “científico” do direito, e, por outro, garantir a possibilidade de uma aplicação concreta nos termos de uma estrita operação lógica de subsunção: os fatos haviam de ser subsumidos ao conceito que logicamente os representava, para se deduzir das inferências lógico-jurídicas do conceito a solução jurídica do caso a ser resolvido⁶⁰⁸.

Os dois positivismos, segundo Castanheira Neves, só se distinguem por uma diversa acentuação de notas comuns: *“o positivismo exegético preocupar-se-á mais com os problemas analíticos-interpretativos – será o positivismo jurídico à baisse –, o positivismo científico ocupa-se, sobretudo, das análises e construções conceituais – e será o positivismo jurídico à hausse”*⁶⁰⁹. Ambos, no entanto, reduzem o direito a um esquema puramente lógico de dedução silogístico-subsuntiva e são alvos da mesma crítica formulada pelo mestre conimbricense. E esta reside justamente no *“momento subjectivamente arbitrário de toda a construção”*, vale dizer, o fator

⁶⁰⁵ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 414 - 415.

⁶⁰⁶ HECK, Philip. *El problema de la creación del derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961. p. 44.

⁶⁰⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocation de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Traducción del alemán de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Arengreen, 1946. p. 112.

⁶⁰⁸ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 418. Ainda sobre o positivismo científico, com ampla análise, ver WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 491-524.

⁶⁰⁹ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 418-419.

decisivo na construção era a “*função da subjectividade do intérprete*”⁶¹⁰, nela se assentando o problema da discricionariedade, marca de todos os positivismos, como será visto mais adiante.

Nessa linha, pode-se dizer, com Lenio Streck, que justamente da “brecha”, decorrente da constatação de que a lei não cobre tudo, que a faticidade apresenta problemas que nem sempre foram esboçados pelo *legislador racional* (que, com uma discricionariedade política, cria o conteúdo da lei), o positivismo exegético e o positivismo científico acabaram por deixar a cargo da discricionariedade do *juiz intérprete racional* o poder de preencher, de forma ilimitada, os vácuos deixados pelo legislador⁶¹¹. Justamente nesse vazio que entravam em cena os princípios gerais do direito, concebidos como “*norme implicite nell’ordinamento, che vengono desunte attraverso successive generalizzazioni*”⁶¹², articuladas para *autointegrar* o ordenamento jurídico⁶¹³ e servir, ainda, como cortina para esconder o arbítrio judicial quando o sistema de regras não conseguia dar conta da realidade.

Na medida em que se iam evidenciando as insuficiências dos primeiros positivismos, mormente a noção de que a lei continha todas as hipóteses de aplicação (plenitude do ordenamento) e que o papel do juiz estaria proibido de interpretar, os princípios gerais do direito ganhavam mais espaço.

Na França surgiram doutrinas arrojadas como o método da livre investigação científica de François Geny⁶¹⁴, enquanto, na Alemanha, os movimentos libertários eram encabeçados por autores como Philipp Heck, maior expoente da jurisprudência dos interesses, Bülow, Kantorowicz, Fuchs e Ehrlich, representantes do movimento do direito livre⁶¹⁵. O traço comum no pensamento desses autores, que se colocavam

⁶¹⁰ NEVES, António Castanheira. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972. p. 421.

⁶¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 472-473.

⁶¹² VIRGA, Pietro. *Diritto costituzionale*. 8. ed.. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975. p. 325.

⁶¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell’ordinamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1960. 171.

⁶¹⁴ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.

⁶¹⁵ O movimento do direito livre, segundo Castanheira Neves, foi caracterizado, antes de mais, pelo seu combate ao positivismo e seus postulados fundamentais: o postulado do legalismo estadista, o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e o postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutível aplicável. NEVES, António Castanheira. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2, p. 196. Sobre o tema, ver, também, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX. Acerca da posição de Oskar

em um franco combate ao formalismo jurídico, é o reconhecimento de que “o sentido literal puro supõe declarações não condicionadas pelas circunstâncias e, na vida prática, não há dessas declarações, a não ser nos estudos linguísticos”, já que “as circunstâncias ambientes influem sempre no sentido puramente literal e devem ter-se em conta, mesmo para a determinação dum sentido objectivo”⁶¹⁶. Nessa senda, a transição do século XIX para o século XX foi marcada pela substituição das leis da lógica, segundo a qual a interpretação resumia-se em operações lógicas de subsunção do caso concreto na norma abstrata, pela vontade. Com isso, “a relação entre o legislador e juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador”⁶¹⁷.

Se, por um lado, esses movimentos teóricos foram capazes de abalar as estruturas rígidas dos primeiros positivismo, isso não quer dizer que tenham sido capazes de sepultá-los. Os códigos permaneciam com todo o seu vigor e os juízes continuavam a desenvolver um papel tímido no tocante à interpretação da lei. Todavia, o problema das lacunas, ou seja, o avesso da plenitude do ordenamento, ganhou desenvolvimento e passou a ser teorizado por diversos autores preocupados em identificar e estudar os chamados princípios gerais.

Nesse sentido, pode-se dizer que a doutrina de François Geny teve grande importância, em que pese o autor não tenha cuidado efetivamente do problema. Sua influência, mormente no que tange ao caráter científico do estudo das fontes do direito, é notada em diversos autores⁶¹⁸, especialmente a partir da seguinte citação extraída da sua obra: “os elementos puramente formais e lógicos, que se oferecem aos jurisconsultos no aparelho exterior e plástico do direito positivo, são insuficientes a satisfazer os desideratos da vida jurídica; de onde resulta a consequência inevitável de que a jurisprudência deve procurar, fora e acima desses elementos, os meios de cumprir a sua missão”⁶¹⁹.

Bülow como um dos precursores do movimento do direito livre e a influência de tal paradigma teórico na sua doutrina, ver LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

⁶¹⁶ HECK, Philip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947, p. 53.

⁶¹⁷ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX, p. 143.

⁶¹⁸ Tais considerações e conclusões são extraídas de FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p.51.

⁶¹⁹ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925, p. 234.

A existência de um espaço não preenchido pelos elementos formais e lógicos, por conseguinte, fez com que a doutrina francesa viesse a admitir, ainda que ao arrepio do *Code Napoleon*, que a vontade do legislador não poderia ter previsto tudo⁶²⁰, motivo pelo qual seria necessário lançar mão de princípios gerais capazes de solucionar os casos não abarcados pelas regras. Esses princípios, no entanto, eram vistos como elementos do próprio sistema jurídico, e não um resquício do direito natural como outrora afirmara Portalis: “*são bens de direito positivo, e não do direito natural, porque não constituem o enunciado dos elementos primeiros da justiça, mas regras mais contingentes, que são positivas porque admitidas pela opinião, ao mesmo título que a lei*”⁶²¹.

De fato, a questão relativa à incompletude do ordenamento jurídico, das lacunas⁶²² e do seu preenchimento pelos princípios gerais do direito foi ganhando cada vez mais relevância na medida em que a ilusão positivista de que a lei pudesse prever todas as hipóteses de aplicação foi se desgastando. Nesse sentido, Díaz Couselo traduz, sinteticamente, o pensamento a respeito das lacunas do sistema positivista:

É evidente que existem lacunas na lei, pois existe uma total impossibilidade de satisfazer, de uma vez e para sempre, as exigências da sociedade de dar-se aos homens uma regulação normativa para todas as possíveis interferências de suas condutas. A ilimitada variedade e variabilidade dessas condutas no presente e no futuro faz que não se possam provê-las em sua totalidade em um ordenamento jurídico. As mais importantes construções de Direito efetuadas pelos homens não são mais que um intento de regular a conduta deles em forma total ou imutável, que a realidade da vida demonstra que se trata nada mais que de uma pretensão.⁶²³

⁶²⁰ COLIN, Ambroise. *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1948. p. 54.

⁶²¹ LA GRESSAYE, Jean Brethe de. *Introduction generale a l'etude du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 323.

⁶²² A existência de lacunas no ordenamento jurídico positivo é sentida por diversos autores e tratada de forma distinta, seja no sentido de manter a estrutura positivista primitiva, seja no sentido de superar o formalismo apostando na vontade. Por exemplo, RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofia de la interpretacion del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 250. ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1944-1951. p. 215.

⁶²³ DÍAZ COUSELO, José María. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. p. 20-21. Antes disso, Savigny, ao formular sua crítica à codificação do direito alemão, já alertava pela impossibilidade de os códigos preverem todos os casos futuros: “frequentemente tem-se acreditado como coisa possível e boa, conhecer por experiência todos os casos particulares para resolvê-los em lugar correspondente do Código. Porém quem tenha tomado conhecimento da variedade de casos de direito, claro que terá de ver como semelhante empresa deve ser perfeitamente infrutífera, sendo difícil pré-fixar que limites haverão de encontrar no porvir para recolher os casos mais importantes”. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946. 172 p. 55.

Nessa senda, Del Vecchio justificava a criação dos princípios gerais do direito na impossibilidade imposta à mente humana de regular com exatidão todos os inumeráveis casos futuros. Diante dessa impossibilidade o próprio legislador indicava ao juiz o meio para resolver uma controvérsia quando fosse impossível decidir com uma precisa disposição legal: em primeiro lugar, a analogia; e, quando nem a analogia resolvesse o caso, os princípios gerais do direito⁶²⁴.

Frente à questão, pode-se mencionar, sem fazer referência àqueles que entendem pela improcedência do pedido do autor quando presentes lacunas no sistema, duas correntes opostas: uma, de caráter extremo, que aposta na vontade do intérprete, e, outra, ainda apegada ao positivismo (com ou sem abertura para o direito natural), que entende ser possível lidar com o problema das lacunas a partir de pautas objetivas que lhe proporciona o ordenamento, as valorações vigentes, a analogia e os princípios gerais do Direito⁶²⁵. Em que pese as críticas positivistas à primeira corrente, sintetizada nos movimentos libertários alemães (movimento do direito livre e jurisprudência dos interesses), no sentido de que ela “*oferece o inconveniente de que a solução possa ser meramente subjetiva, incompatível com o sistema formulado, com a valoração tida em conta pelo legislador ou pela comunidade*”⁶²⁶, é certo que ambas apresentam uma forte dose de discricionariedade, na medida em que também a doutrina positivista não oferece soluções satisfatórias para reduzir a discricionariedade do julgador no momento de valer-se dos princípios gerais do direito e defini-los.

2.4.2 Imprecisão e Ausência de Normatividade dos Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais do direito, entendidos como decorrentes do próprio direito positivo ou mesmo quando considerados como hauridos do direito natural, apresenta(va)m, pois, o mesmo problema relativo à sua especificação. A pergunta, nessa senda, diz respeito ao que caracteriza um princípio geral do direito e quem diz

⁶²⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Sui principî generali del diritto*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 6.

⁶²⁵ COUSELO, José María. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. p. 26.

⁶²⁶ DÍAZ COUSELO, José María. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. p. 27. Ainda que sem sucesso, também Limongi França afirmava que, na definição dos princípios gerais do direito, “o intérprete deve alijar das suas indagações qualquer ideia de subjetivismo”. FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 187.

quais são esses princípios. Nisso reside o problema da imprecisão e especificação. Por outro lado, tendo em vista que os princípios gerais se faziam presentes somente quando o sistema de regras falhava, é fácil verificar que eram dotados de um caráter supletivo, no que é possível questionar a sua normatividade.

No que diz respeito à especificação dos princípios gerais do direito, é possível notar que a doutrina costuma equipará-los às máximas e brocardos jurídicos⁶²⁷, não havendo uma distinção precisa entre eles. Também é comum traduzi-los como decorrência de noções básicas acerca do justo e do injusto⁶²⁸. No Brasil, todos esses elementos foram utilizados por Limongi França, em obra clássica, na qual os princípios gerais são divididos em (a) princípios essenciais e (b) princípios contingentes. Os princípios essenciais seriam aqueles “princípios *estáveis*, que não se transformam, ou não se devem transformar através dos tempos e dos povos, sob pena de desvirtuamento da própria índole do Direito”, ao passo que os contingentes admitiriam certas modificações, “de acordo com o meio e o momento”⁶²⁹. Os princípios essenciais dividir-se-iam em duas espécies: os decorrentes dos *elementos primeiros da justiça* e os decorrentes dos *elementos básicos que decorrem da natureza das instituições*⁶³⁰. Já os princípios contingentes englobariam (a) os princípios do ordenamento, (b) os princípios gerais do direito costumeiro e (c) os princípios gerais de direito das gentes prolatados pela doutrina do direito comparado⁶³¹.

Uma outra perspectiva, que em nada resolve o problema da precisão e criação dos princípios gerais do direito pode ser visualizada na obra clássica de Giorgio Del Vecchio sobre o tema. Para o jurista italiano, o método para traçar os princípios gerais do direito seria o da “generalização crescente”, de modo que das particulares disposições de lei se remontaria, por via de abstração, a determinações

⁶²⁷ É o caso, dentre tantos outros, de Limongi França, para quem “os brocardos seculares não constituem *uma espécie à parte* de Princípios Gerais de Direito. Tais anexins consubstanciam preceitos que se enquadram, não em uma, mas em diversas espécies dos princípios em aprêço, como por exemplo, o – *Pacta sub servanda*, que se inclui entre os que decorrem da natureza das instituições, ou o – *Nemo locupletari debet cum aliena injuria*, que pertence ao feixe dos elementos básicos da justiça”. FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 199.

⁶²⁸ Nesse sentido, Limongi França afirma que “também, os elementos primeiros da Justiça se incluem entre os Princípios Gerais de Direito, pois, com efeito, não é possível aquilatar bem quais “os princípios que decorrem da *natureza das instituições*” sem uma constante referência às noções básicas do justo e do injusto”. FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 198-199.

⁶²⁹ FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 201.

⁶³⁰ FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 202.

⁶³¹ FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 207.

mais abrangentes⁶³². Esse “método” para extrair princípios do sistema do direito positivo também se fez presente na doutrina brasileira, principalmente a partir da obra de Carlos Maximiliano⁶³³.

Não interessa aqui analisar de forma pormenorizada a referida classificação, mas, sim, apontar a sua falta de condições em oferecer uma especificação dos princípios ou, ainda, elementos capazes de servirem de guia para que se possa identificar os chamados princípios gerais do direito. No final das contas, pois, a sua fixação, em que pese todos os esforços doutrinários, dependia do poder discricionário do seu aplicador.

Mais problemática ainda é a questão da normatividade dos referidos princípios. Como já mencionado, os princípios gerais do direito são dotados de caráter supletivo, ou seja, somente tem aplicação frente à insuficiência do modelo de regras. Dito de outro modo, *“só podem ser invocados como regra normativa, à falta de lei, quer específica, quer reguladora de matéria análoga; bem assim quando a questão não se possa resolver de acordo com os usos e costumes”*⁶³⁴. Por conseguinte, o advento dos princípios gerais de direito não significou sequer uma séria possibilidade de superação dos primeiros positivismos, mas, sim, uma forte arma em sua defesa, com manutenção do sistema de regras, o qual persistia inabalável, ainda que reconhecida a existência dos princípios gerais, figura jurídica supletiva e de menor importância.

Nem mesmo com a gradual superação dos primeiros positivismos houve um real e efetivo redimensionamento do sistema jurídico para se enxergar, nos princípios, padrões normativos que estivessem, no mínimo, em idêntico patamar frente às regras. O fato é que essas figuras jurídicas foram cada vez mais ganhando espaço sem um efetivo desenvolvimento teórico, confundindo-se cada com máximas e brocardos, além de receber diversas classificações cuja função prática é bastante duvidosa.

⁶³² DEL VECCHIO, Giorgio. *Sui principî generali del diritto*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 11.

⁶³³ Nesse sentido: “Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece, explícita ou implicitamente, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado ou funcionário administrativo como que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador: este procede de cima para baixo, do geral ao particular; sobre aquele gradativamente, por indução, da ideia em foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada”. CARLOS, Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 295.

⁶³⁴ FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 218.

2.4.3 Do Desenvolvimento dos Princípios (Gerais e Epistemológicos) no Direito Processual Civil

O tema dos princípios, no direito processual civil, encontrou uma das suas primeiras sistematizações no clássico *“Comentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi”*, publicado em 1855 por Mancini, Pisanelli e Scialoia. Para os referidos autores, quatro seriam os princípios atinentes ao direito processual: o princípio lógico, o princípio jurídico, o princípio político e o princípio econômico. O princípio lógico traduzir-se-ia na “escolha dos meios mais seguros e expeditos para procurar e descobrir a verdade, e para evitar o erro”. O princípio jurídico seria aquele “tendente a proporcionar aos litigantes a igualdade na contenda, e a justiça na decisão”. O princípio político teria o propósito de “introduzir no processo a máxima garantia social dos direitos com o mínimo sacrifício individual de liberdade”. Por fim, o princípio econômico teria o sentido de “requerer que as lides não sejam matéria de gravosa impositação, nem para a sua longevidade e as despesas sejam acessíveis somente a alguns privilegiados pela riqueza”. A aplicação de tais princípios seria melhor de acordo com o grau de progresso intelectual, moral, político e econômico de acordo com a época e com o seu povo, razão pela qual o seu aperfeiçoamento elevar-se-ia segundo a temperança e o incremento da civilização⁶³⁵.

Tais princípios passaram a ser chamados de princípios informativos ou formativos do processo civil, sendo convocados a atuar quase como axiomas por prescindirem de maiores indagações e não necessitarem de um processo demonstrativo⁶³⁶. Esses princípios, segundo alguns autores, inclusive informariam os demais princípios processuais⁶³⁷, tratando-se, pois, de princípios *universais*, a transcender a disciplina processual⁶³⁸. Alguns autores, inclusive, chegaram a

⁶³⁵ MANCINI, P. S.; PISANELLI, G.; SCIALOIA, A. *Comentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*: com la comparazione degli altri Codici Italiani, e delle principali Legislazioni straniere. Torino: Società Editrice, 1855. v. 2, p. 10.

⁶³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009. p. 50.

⁶³⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14. Outros autores, porém, apesar de negarem que se tratariam de princípios, os consideram como se fossem regras técnicas que não refletem opções políticas, já que um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e politicamente seria um processo tecnicamente bem feito apesar de produzir ou não resultados de acordo com as premissas constitucionais. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 456.

⁶³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 23. No geral, a

distinguir esses princípios formativos, dos denominados princípios fundamentais (também denominados de princípios gerais), na medida em que os primeiros não teriam uma conotação ideológica imediata, como aconteceria com os segundos, os quais, inclusive, teriam como característica existir em contraposição a outro princípio antagônico. Assim, por exemplo, ao princípio da publicidade estaria contraposto o princípio do segredo do procedimento⁶³⁹.

Gradualmente, a doutrina processual passou a utilizar indistintamente as expressões princípios informativos, formativos e princípios gerais, o que não deveria ser nenhuma surpresa, uma vez que, do ponto de vista prático, tratava-se de distinção sem grande utilidade. Um dos principais marcos sobre o tema é o estudo de Robert Wynes Millar, publicado, primeiramente, no *Illionis Law Review* em 1923 e, depois, na introdução da obra *A history of continental civil procedure* no ano de

doutrina processual não destoava dessa perspectiva. Com efeito, para *Moacyr Amaral dos Santos*, cada sistema processual se calca em princípios que se fazem presentes em todos os sistemas, com aplicação mais ou menos intensa, e em princípios outros que lhe são próprios, que o caracterizam. Os princípios gerais de cada sistema permitiriam ao legislador a criação de novos institutos e, ao intérprete, dar a inteligência dos que no sistema se estruturam, o sentido e a aplicação das normas legais que os disciplinam, propiciando, assim, a colaboração da ciência jurídica na obra incessante do aprimoramento do processo, visando sua adaptação às circunstâncias ocorrentes com as transformações dos fenômenos sociais. SANTOS, Moacyr Amaral. *Novas linhas de direito processual*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2, p. 73. José Frederico Marques, por sua vez, entende que nos princípios “estão condensados, de qualquer modo, a orientação e diretrizes que o legislador adotou na ordenação normativa e sistemática dos preceitos que formulou, pelo que servem para indicar os motivos que o inspiram e a dar particular evidência às principais características das regras legais em conjunto. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2001. v. 1, p. 600. Ernani Fidélis dos Santos afirma que “o processo tem também princípios diretores. Conhecê-los é de suma importância, pois, em face da interpretação da lei, a solução será sempre encontrada com o auxílio de princípios que se constituem no substrato de toda a ciência processual”. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 37. Apesar de trabalhar numa postura bem mais arrojada, *Cássio Scarpinella Bueno* também distingue os princípios constitucionais do processo dos princípios informativos ou fundamentais (por ele denominados *infraconstitucionais do processo*), fazendo uma distinção entre as duas figuras. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1: teoria geral do direito processual civil, p. 444. A mesma distinção pode ser visualizada em *Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, os quais distinguem os direitos fundamentais processuais (contraditório, igualdade, motivação, etc.) das “normas jurídicas estruturantes do processo civil, as quais seriam compostas por outros princípios (segurança, efetividade, dispositivo, inquisitório, impulso processual, demanda, conhecimento oficioso do direito, adequação, colaboração, duplo grau de jurisdição, oralidade, preclusão e economia processual). OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil.

O que há em comum no conceito de princípio trabalhado por todos esses autores é a falta de normatividade atribuída aos princípios. Na verdade, para eles, os princípios serviriam apenas como pautas gerais interpretativas, como elementos para melhor compreensão do sistema jurídico e, eventualmente para colmatar lacunas.

⁶³⁹ NETTO, José Manuel de Arruda Alvim. Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileno. *Revista de Processo*, São Paulo, v.10, n. 38, p. 92, abr. 1985.

1927⁶⁴⁰. Os princípios, para Millar, consistiriam em generalizações estabelecidas a respeito dos métodos processuais, cujo objetivo seria o estabelecimento de conceitos fundamentais que, consciente ou inconscientemente, dariam forma e caráter aos sistemas processuais⁶⁴¹.

Uma breve incursão sobre a obra de Robert Millar permite identificar um conceito de princípio carente de normatividade. Para ele, bem como para boa parte da doutrina processual que lhe sucedeu, os princípios (formativos ou gerais) nada mais seriam que generalizações extraídas do próprio sistema jurídico positivo. Além disso, tais generalizações em regra poderiam ser contrapostas com noções opostas, com ideais divergentes que dariam o tom da legislação processual. Não é por menos que Robert Millar, ao longo da sua robusta obra sobre os princípios formativos do procedimento civil, contrapõe alguns princípios como “oralidade e escritura”, “impulso processual pelas partes e impulso pelo juiz”, “mediação e mediação”, “publicidade e segredo”, dentre outros.

Um ponto comum que vai se desenhando a partir disso tudo é uma noção de princípio carente de normatividade, que permanece, pois, refém do mundo das regras e incapaz de efetivamente informar a construção do sistema jurídico positivo. Ao contrário disso, os princípios muitas vezes passam a ser concebidos como construções a partir do próprio sistema. É por isso que Peyrano, em vasta obra sobre os princípios processuais, diz que a chave para saber quando se está frente a um legítimo princípio processual reside em comprovar se o propugnado explica satisfatoriamente as soluções aportadas por um setor, mais ou menos amplos, de normas processuais⁶⁴². Os princípios, desse modo, acabam se resumindo a uma espécie de generalização extraída as regras processuais, cuja aplicação tem caráter supletivo, dependendo, pois, da ausência de alguma regra processual para reger determinado caso concreto⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Para o presente estudo foram consultados as obras ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. New York: A. M. Kelley, 1969 e MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del Inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Prólogo del Eduardo J. Couture. Buenos Aires: Ediar Editores, 1945.

⁶⁴¹ MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del Inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Prólogo del Eduardo J. Couture. Buenos Aires: Ediar Editores, 1945. p. 43.

⁶⁴² PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978. p. 35-36.

⁶⁴³ Nesse sentido, Peyrano procura definir os princípios processuais como “construcciones normativas jurídicas de índole subsidiaria, produto de la más cuidadosa decantación técnico-sistemática de las normas que regulan un proceso civil dado; no excluyentes, en general, de sus antítesis lógicas ou de las consecuencias de éstas; que contribuyen a integrar los vacíos que presente la regulación normativa donde vem la luz; pero cuya primera misión es la de servir de faro para que el intérprete,

Isso fica bastante evidente em algumas construções teóricas como é o caso do chamado princípio dispositivo em sentido material (princípio da demanda) que será analisado com mais vagar no momento oportuno. Referido “princípio” costuma ser explicado como uma espécie de generalização extraída de determinadas regras processuais, que, de modo sistemático, espelham ideais e elementos comuns. Esse modo de pensar dá primazia às regras e faz com que os princípios sejam dela decorrentes. Faz ainda com que os princípios só tenham interesse de organização metodológica, sistematização e importância didática⁶⁴⁴.

2.4.4 Do Reconhecimento do Caráter Normativo dos Princípios: da Superação da Noção de Princípios Gerais do Direito À Força Normativa dos Princípios

Das questões anteriores a respeito dos princípios gerais do direito, pode-se afirmar que o direito processual civil se desenvolveu a partir de uma noção de princípio carente de normatividade ou, quando muito, de normatividade bastante reduzida. Os princípios, desse modo, apresentavam-se ora como mecanismos de fechamento do sistema diante do problema das lacunas, ora como construções conceituais hauridas das próprias regras jurídicas, obtidas mediante um procedimento de generalização capaz de identificar os pontos chave do próprio sistema das regras. De um modo ou de outro, os princípios eram dependentes das regras. Eles eram quase que decorrências das próprias regras.

É a partir do segundo pós-guerra que a discussão a respeito dos princípios começa a ganhar uma nova tonalidade. No direito europeu, principalmente, ela se desenvolve juntamente com o reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa cada vez mais a ser dotada de uma pretensão de eficácia, no escopo de imprimir ordem e conformação à realidade política e social⁶⁴⁵. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela passa a impor tarefas, transformando-se em

sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino y olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ellas, so pena de introducir la incoherencia lí donde resulta más nefasta; es decir, em el ámbito del proceso”. PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978. p. 49.

⁶⁴⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de direito: introdução à filosofia e metodologia jurídicas*. Porto: Rés Editora, 1990. p. 314.

⁶⁴⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 18-19.

força ativa caso essas tarefas sejam efetivamente realizadas⁶⁴⁶. Aqui, já se começa a identificar e delinear uma espécie de vontade de Constituição ao lado da vontade de poder, baseada na necessidade de uma ordem normativa inquebrantável que proteja o Estado contra o arbítrio⁶⁴⁷. Em síntese, a Constituição deixa de ser um espelho da realidade social (Constituição política) e passa a ser jurídica, ordenando e conformando a própria realidade jurídica e social, o que se impõe graças ao elemento normativo⁶⁴⁸.

Não é por acaso que um dos primeiros autores responsáveis por reivindicar um caráter normativo aos princípios constitucionais foi Vezio Crisafulli, em 1952. Em sua obra, a Constituição começa a ser concebida a partir de duas facetas, uma apta a regular a estrutura do Estado e a forma de governo, de modo a recuperar as liberdades democráticas tradicionais, revigoradas após a derrubada dos regimes totalitários de governo e, outra, direcionada a determinar as premissas para o desenvolvimento do porvir, colocando certas diretivas programáticas à ação dos futuros órgãos constituídos no campo das relações sociais⁶⁴⁹.

Nesse contexto de reconhecimento da dignidade constitucional, em que a primazia do direito codificado começa a ceder frente a um status superior de juridicidade presente na Constituição, ocorre uma espécie de inversão em relação ao desenvolvimento dos princípios. É que, se antes os princípios eram espécies de generalizações extraídas do sistema de direito positivo, vale dizer, das regras jurídicas, agora os princípios passam a ser reconhecidos como portadores dos marcos fundantes do Estado e da sociedade, consagrados na ordem constitucional. A partir dessa nova perspectiva são os princípios que vão informar as regras jurídicas, como se houvesse uma precedência dos princípios frente às regras. Sobreleva aqui as chamadas normas-princípios, definidas como normas fundamentais das quais derivam logicamente (e nas quais são, portanto, já contidas implicitamente) as normas particulares reguladoras imediatamente de relações e situações específicas da vida real⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 19.

⁶⁴⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 19.

⁶⁴⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 24.

⁶⁴⁹ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 32.

⁶⁵⁰ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 38.

Os princípios, nesse primeiro estágio de desenvolvimento teórico, passam, pois, a ser concebidos como verdadeiras e próprias normas jurídicas (normas-princípios), dividindo-se em duas espécies: “princípios gerais já em ato” (*principi generale già in ato*), voltados a determinar ou a definir resumidamente o modo de se atuar do ordenamento jurídico, e princípios programáticos, correspondentes às linhas fundamentais do desenvolvimento futuro em relação a determinado assunto. A distinção entre as duas espécies de princípio, no entanto, diria respeito apenas aos seus destinatários, na medida em que os princípios programáticos seriam destinados somente aos órgãos legislativos do Estado⁶⁵¹.

Nota-se, com isso, que os princípios constitucionais recebem um novo vigor, na medida em que o vínculo que deles deriva ao legislador torna-se juridicamente obrigatório, não se tratando, pois, de meras diretivas⁶⁵². Isso inclusive já era antevisto às normas programáticas, cuja força normativa, em relação ao legislador, não destoaria daquele atribuída aos demais princípios⁶⁵³. Por isso, em 1952, Crisafulli já defendia que a inobservância dessas normas por parte dos órgãos legislativos seria motivo de invalidade, total ou parcial, do ato de exercício de poder, podendo-se falar, no caso, de inconstitucionalidade por omissão⁶⁵⁴.

Ainda nesse mesmo período, outro autor que exerceu enorme influência no direito europeu relativamente ao conceito de princípio, seu papel e normatividade, foi Josef Esser. Como já foi mencionado, a obra *Grundsatz und Norm in der*

⁶⁵¹ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 37-38.

Importante registrar que o próprio Vezio Crisafulli considera essa afirmação somente parcialmente exata. Na realidade, segundo o constitucionalista italiano, as normas programáticas se direcionam na realidade ao Estado-sujeito, prescrevendo o alcance de certos escopos, colocando a sua atividade, portanto, determinados limites positivos e negativos; e é em consequência da articulação interna do Estado mesmo, da repartição de competência entre os seus próprios órgãos e grupos de órgãos, da presença, ao fim, no ordenamento, do princípio da legalidade, que a eficácia das normas programáticas se traduz, em primeiro lugar em modo especialmente evidente, na imposição de certos deveres aos órgãos legislativos no que concerne ao exercício da função legislativa. O conceito, portanto, pode melhor exprimir-se, evitando-se equívocos inerentes ao problema dos “destinatários” das normas, dizendo que as normas constitucionais programáticas, tem como objeto tanto um comportamento normativo dos órgãos legislativos, quanto exatamente um comportamento do Estado-sujeito em ordem a determinados interesses, cuja as normas mesmas se referem, mas se referem de modo indireto ou mediato, promovendo a proteção e prossecução por parte do Estado. CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 67.

⁶⁵² CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 45.

⁶⁵³ Trata-se, pois, do reconhecimento “della efficacia normativa anche delle disposizioni costituzionali esclusivamente programmatiche, le quali enunciano vere norme giuridiche, che sono perciò *precettive* non meno delle altre, sebbene rivolte originariamente e direttamente ai soli organi dello Stato, ed anzitutto con certezza, *almeno* agli organi legislativi”. CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 52.

⁶⁵⁴ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 63.

richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Princípio e Norma na elaboração jurisprudencial do direito privado), publicada em 1956, representou um novo caminho no sentido de superação da cultura jurídica do positivismo formalista. Interessa, agora, ressaltar que também o conceito de princípio recebeu um tratamento novo no pensamento de Josef Esser. Ele vai, de certo modo, superar a noção axiomática de princípio, concebido como derivação conceitual e lógica do próprio sistema – os princípios como uma parte dogmatizada do sistema de normas –, para enxergar uma nova possibilidade, em que os princípios formem um ponto de partida para um desenvolvimento jurisprudencial aberto do Direito⁶⁵⁵.

A tese de Esser é que o princípio não seria uma mera diretiva, mas fundamento, critério, justificação de uma diretiva⁶⁵⁶. Nesse sentido, o jurista alemão procura explicar que os então chamados “princípios informativos” não constituem direito substancial, mas somente diretrizes (*guides*) que, as vezes, obrigam o legislador, mas que para o indivíduo não constituem direito efetivo⁶⁵⁷. No entanto, o objetivo de Esser é construir um conceito de princípio capaz de sustentar o sentido problemático do Direito, focado no caso concreto, e que, portanto, seja avesso ao modelo lógico-subsuntivo próprio do positivismo. Daí a necessidade de explorar o tema a partir de uma aproximação com o *common law*, cujo cerne da juridicidade residiria no Direito do caso. Desse modo, Esser vai dizer que o princípio possui no “Direito do caso” a significação de um pensamento diretivo material que determina a regra. Ele é “ponto de partida e justificação da *ratio decidendi* e da regra integrada com ela. Nela, e como elemento dela, é direito positivo e vinculante, porém não é princípio independente”⁶⁵⁸.

A partir de uma comparação entre o sistema axiomático (*civil law*) e o sistema problemático (*common law*), Esser desenvolve a tese de que, em nenhum sistema a regra constitui uma disposição independente do ordenamento, na medida em que seu conteúdo normativo vem sempre fixado pelos princípios do ordenamento total e

⁶⁵⁵ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 88.

⁶⁵⁶ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 81.

⁶⁵⁷ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 95.

⁶⁵⁸ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 249.

da jurisprudência⁶⁵⁹. Com isso, fica bastante claro que os princípios passam a assumir um papel primordial na ordem jurídica, deixando de constituírem meras deduções lógicas hauridas das regras do sistema codificado. Tratam-se, pois, de princípios normativos, que obtém uma eficácia institucional na medida em que utilizados pela jurisprudência ou pelo legislador, incorporando-se nas instituições positivamente reconhecidas e, por essa via, encontrando emprego efetivo no sistema⁶⁶⁰. Esser dá, pois, uma dimensão prática aos princípios na medida em que estes passam a ser reconhecidos também de modo casuístico⁶⁶¹ a partir de uma relação recíproca entre regras e princípios⁶⁶².

2.4.4.1 O Conceito de Princípio em Ronald Dworkin

O passo ulterior para o desenvolvimento dos princípios a partir de uma perspectiva não-positivista deve-se a Ronald Dworkin. O desenvolvidor da tese dos princípios por Ronald Dworkin ocorre no contexto de um ataque geral ao positivismo (*general attack on positivism*)⁶⁶³, que tem, nesse caso, Herbert Hart como seu principal alvo e expoente. Hart é um jurista ligado à teoria analítica, sendo possível verificar na sua obra um desenvolvimento bastante robusto acerca da questão da linguagem, estando nitidamente demarcada pela filosofia da linguagem ordinária. Nesse sentido, Hart tem ciência de que “mesmo quando usadas regras gerais

⁶⁵⁹ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 279.

⁶⁶⁰ ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 83.

⁶⁶¹ Desse modo, também no direito continental a enunciação de princípios deixa de ser um ato legislativo único dos tribunais supremos, para assumir um processo contínuo em que os precedentes de significação mais ou menos amplos de desenvolvem paulatinamente até amadurecer em princípios, até chegar ao reconhecimento de um princípio jurídico material que vem à luz com a jurisprudência constante e que segue estando sujeito a ulteriores modelamentos. No entanto, não há regra sobre a duração dessa prática de preparação. Para a elaboração de um princípio reconhecido se exige algo mais, uma casuística que exponha o círculo de problemas desde vários pontos de vista, sem haver chegado ainda a uma formulação geral clara. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 354-355.

⁶⁶² Zaccaria, analisando a obra de Esser, menciona que “la reciprocità del rapporto principio-norma consiste allora nel fatto che da um lato le norme si deducono dai principi, ma dall’altro i principi si possono costruire muovendo dalle norme (o meglio dalla loro insufficienza). Al centro di questo rapporto vicendevolesse è l’attività valutativa del giudice, che decide sai della esistenza o meno di valutazioni giuridico-positivo “sufficienti” e “soddisfacenti”, sai (ove le ritenga manchevoli) del ricorso a critério material di valore ricavati dall’ambito prepositivo dei principi”. ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 84.

⁶⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas⁶⁶⁴. É justamente em decorrência dos limites inerentes à natureza da linguagem (textura aberta) que Hart vai desenvolver sua famosa distinção entre casos simples e casos difíceis, posteriormente combatida por Dworkin. Nos casos simples, que ocorrem em contextos semelhantes, as expressões gerais são claramente aplicáveis. Por outro lado, nos casos difíceis não há a mesma clareza quanto a aplicabilidade das regras. Novamente, o exemplo da regra que proíbe veículos no parque é bastante elucidativo: diante de um automóvel, tem-se um caso simples, pois “se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente; porém, poderá haver casos em que não é claro que se aplicam ou não, já que dúvidas poderiam surgir no sentido de saber se a expressão veículo utilizada na regra inclui bicicletas, aviões e patins⁶⁶⁵.”

Na verdade, a teoria de Hart era bastante arrojada para a sua época, pois tinha como pressuposto a indeterminação do direito decorrente da porosidade da linguagem, o que fez com que visualizasse diferentes técnicas para lidar com esse problema. Uma dessas técnicas seria reconhecer desde o princípio que o domínio do que deve ser juridicamente controlado é um domínio em que os aspectos dos casos individuais variarão tanto em contextos socialmente importantes, mas imprevisíveis, não podendo o legislativo criar antecipadamente regras uniformes destinadas a serem aplicadas caso a caso sem diretivas oficiais ulteriores. Nesses casos, o legislativo poderia criar padrões gerais e delegar a um corpo administrativo o papel de moldar as regras adaptadas às suas necessidades especiais. É o caso em que o poder legislativo exige que indústrias mantenham certos padrões, como cobrar um *preço justo*. Esse poder regulamentar seria exercido depois de uma espécie de inquérito para aquilatar se, nas circunstâncias concretas, determinada indústria estaria a aplicar um *preço justo*⁶⁶⁶. E, nesse caso, a autoridade regulamentar exerceria uma espécie de poder discricionário, dada a impossibilidade de se estabelecer uma única resposta correta. Outra técnica seria a de não identificar, no domínio daquilo que se pretende controlar, uma série de ações

⁶⁶⁴ HART, L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 139.

⁶⁶⁵ HART, L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 139.

⁶⁶⁶ HART, L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 144.

específicas a serem eleitas ou omitidas uniformemente, recorrendo-se a juízos comuns sobre o que é razoável. Um bom exemplo disso, é o uso do padrão de *diligência devida* nos casos de culpa⁶⁶⁷. Esses casos deixam evidente que “na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis”⁶⁶⁸.

Isso nada mais é, para Hart, que o reconhecimento de um poder discricionário atribuído aos juízes. Esse poder, no entanto, não é um poder ilimitado, tanto que os tribunais não devem considerar as regras como predições, mas “como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da textura aberta, para limitar o seu caráter discricionário, embora sem o excluir”⁶⁶⁹.

Dworkin identifica na teoria positivista de Hart alguns aspectos, que, para ele, formam o esqueleto do positivismo, quais sejam: (a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público; (a1) essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos que não têm relação alguma com o seu

⁶⁶⁷ Conforme Hart: “as sanções civis, e menos frequentemente as criminais, podem ser aplicadas àqueles que omitam usar da diligência devida para evitar causar danos físicos aos outros. Mas o que é razoável ou diligência devida numa situação concreta? Podemos, claro, referir exemplos típicos de diligência devida: fazer coisas como parar, olhar e escutar, quando se espera em trânsito. Mas todos estamos bem conscientes de que as situações em que se exige diligência são altamente variadas e que muitas outras acções são agora exigidas além de, ou em lugar de, “pare, escute e olhe”; na verdade, estas podem não ser suficientes e podiam ser completamente inúteis, se o olhar não ajudasse a evitar o perigo. O que nós nos esforçamos, ao aplicar padrões de diligência razoável, é por assegurarmo-nos: (1) de que serão tomadas precauções que evitarão um mal grave, embora (2) as precauções sejam tais, que o encargo das precauções adequadas não envolva um sacrifício demasiado grande de outros interesses respeitáveis. Nada de importante é sacrificado por se parar, escutar e olhar, a menos, claro, que uma pessoa a sangrar, em risco de vida, esteja a ser conduzida ao hospital. Mas devido à imensa variedade de casos possíveis em que se exige diligência, não podemos prever *ab initio* que combinações de circunstâncias surgirão, nem que interesses terão de ser sacrificados e em que medida, se houver que tomar precauções contra os danos. Daí que sejam incapazes de considerar de forma precisa, antes que surjam casos concretos, que sacrifício ou compromisso de interesses ou valores desejamos fazer, para reduzir o risco de danos. De novo, a nossa finalidade de proteger as pessoas dos danos é indeterminada, até que ponhamos em conjugação com, ou a experimentemos contra as possibilidades que só a experiência trará perante nós; quando isso ocorre, temos então de encarar uma decisão que tornará, quando feita, a nossa finalidade *pro tanto* determinada. HART, L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 145-146.

⁶⁶⁸ HART, L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 149.

⁶⁶⁹ HART, L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 161.

conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas; (b) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra, seja porque não existe nenhuma regra apropriada, seja porque as que parecem apropriadas são vagas, então esse caso não poderá ser decidido com a aplicação do direito, mas pelo discernimento pessoal da autoridade pública, no caso o juiz, dotada de poder para fazê-lo; dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa⁶⁷⁰.

Fica nítido que Dworkin passa a combater o conceito de discricionariedade trabalhado por Hart, não por entender que a aplicação do direito não deve se resumir a uma mera subsunção ou que o juiz esteja proibido de interpretar, mas por conceber inadequado que, diante da textura aberta das regras, o juiz possa decidir com base em padrões outros que sejam incapazes de limitá-lo. Aliado a isso, Dworkin também entende pela inexistência de uma separação entre direito e moral (embora isso vá ficar mais claro e amadurecido no desenvolvimento ulterior do seu pensamento). É nessa conjuntura que surge a questão envolvendo os princípios, como padrões que, ao lado das regras, devem ser observados pelo juiz para a solução de casos jurídicos.

Com efeito, Dworkin entende que nos denominados “casos difíceis”, nos quais os problemas pertinentes a direitos e obrigações tornam-se mais agudos “os juristas recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”⁶⁷¹. Numa primeira aproximação conceitual, Dworkin vai denominar princípio como um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁶⁷². Isso já deixa claro que o

⁶⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28.

⁶⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁶⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

conceito de princípio em Dworkin está aliado à sua concepção acerca do direito como um segmento da moral, e não como algo separado dela⁶⁷³.

Uma vez que os princípios e as regras são padrões jurídicos que devem ser observados, Dworkin propõe uma diferenciação entre eles de natureza lógica⁶⁷⁴. Com efeito, os dois conjuntos de padrões (regras e princípios) apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específica, distinguindo-se quanto à natureza de orientação que oferecem. As regras, desse modo, são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*). Tendo em vista os fatos que uma regra estipula ela poderá ser válida e, nesse caso, a resposta por ela fornecida deve ser aceita, ou não ser válida, não contribuindo em nada para a decisão. Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se analisadas as regras de um jogo, como o de beisebol. Existindo uma regra a qual estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo, não pode o juiz, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado⁶⁷⁵.

O princípio, por sua vez, não pretende sequer estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, mesmo quando se pode neles separar o

⁶⁷³ Dworkin critica a concepção tradicional no sentido de que “moral” e “direito” designam esferas de pensamento em princípios distintas, ainda que talvez interdependentes em diferentes sentidos. Sugere uma *topografia intelectual diferente*: “poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela”. Afirma que costumamos entender a teoria política como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Desse modo, a teoria jurídica poderia ser tratada como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais. Isso faz com que consideremos as questões de teoria do direito como questões morais a respeito de quando, até que ponto e por qual motivo as decisões coletivas dotadas de força cogente e as convenções especializadas devem ter a última palavra em nossas vidas. Com isso, deixar-se-ia de duvida que a justiça tem um papel a desempenhar na determinação do direito, para se concentrar na questão mais complexa e importante consistente em saber que papel é esse. DWORKIN, Roland. *A justiça de toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 51. Posteriormente, Dworkin veio a conceber as relações entre direito e moral a partir de uma estrutura em árvore, em que o direito é um ramo da moral política, a qual pode decorrer da moral pessoal, que, por sua vez, pode decorrer da ética: “rejeitamos o velho quadro que descreve o direito e a moral como dois sistemas separados e depois procura ou nega, infrutiferamente, interligações entre eles. Substituímo-lo por um quadro de um sistema; tratamos agora o direito como parte da moral política”. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 414.

⁶⁷⁴ Conforme Alexy, o termo “lógica” é empregado por Dworkin em um sentido amplo, que abrange também características gerais da estrutura da norma. ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). *Teoria discursiva do direito*. Tradução e estudo introdutório, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 168.

⁶⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

antecedente normativo e a consequência jurídica, estando preenchidas as condições do antecedente. O princípio enuncia uma razão que conduz o argumento a uma certa dimensão, mas, ainda assim, necessita de uma decisão particular⁶⁷⁶. Um bom exemplo é o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, essa é uma razão que deverá ser levada em conta ao decidir se ele deve mantê-la. Podem existir outros princípios que argumentem em outra direção. De acordo com o caso, o princípio pode não prevalecer, mas isso não faz com que deixe de ser um princípio do sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo⁶⁷⁷. Inclusive, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam, sendo o caso mais notório disso o da usucapião⁶⁷⁸.

Esse aspecto faz com que seja reconhecida aos princípios uma dimensão de peso ou de importância, o que também acaba por diferenciá-los das regras. Assim, quando se inter cruzam os princípios, quem vai resolver o conflito deve levar em consideração o peso de cada um. Embora não seja possível aquilatar de modo exato qual é mais importante, essa dimensão de importância é uma parte integrante do próprio conceito de princípio⁶⁷⁹.

Importante registrar que Dworkin não distingue regras e princípios em abstrato, como se a norma jurídica precedesse ao caso concreto. Daí que a forma de um padrão é muito pouco para saber se ele é uma regra ou um princípio. O padrão “um testamento é inválido a menos que seja assinado por três testemunhas” não é muito diferente, quanto à forma, de “um homem não pode beneficiar-se de seus atos ilícitos”. Daí que saber se um padrão é regra ou princípio também pode ser objeto de controvérsia⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41.

⁶⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41-42.

⁶⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

⁶⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

⁶⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44.

Regras e princípios, porém, não estão, na solução dos diversos casos concretos, separados. Quando as regras se valem de conceitos de evidente vagueza, sua aplicação depende, até certo ponto, de princípios que extrapolam a própria regra. Esses termos, apesar disso, não chegam a transformar uma regra em princípio, na medida em que por mais aberto que sejam, ainda assim, restringem os princípios dos quais pode depender a regra⁶⁸¹.

Como esse conceito de regras e princípios é construído no seio da *common law*, não leva em conta a existência de códigos e de uma ampla gama de direitos legislados. Quando o juiz se depara com determinados casos não cobertos por regras legislativas ou por precedentes, ele se vê obrigado a formular regras para decidi-los. Os princípios surgem aqui como razões em favor dessas regras. Nega-se, com isso, que o Direito seja um conjunto fixo de padrões de algum tipo, na medida em que, ao se decidir um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, são incluídas proposições com a forma de princípios para justificar as respectivas conclusões⁶⁸². Esses princípios, por sua vez, não podem ser objetivados a partir de testes de *pedigree*. Ainda que encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples ou direta com esses atos que lhes permitam enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por alguma regra suprema de reconhecimento⁶⁸³. Tratar os princípios como direitos significa, portanto, rejeitar a doutrina positivista segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste que toma a forma de uma regra suprema⁶⁸⁴. É que seria impossível conceber uma fórmula para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico e, muito menos, para atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44.

⁶⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 119.

⁶⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66.

⁶⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 70.

⁶⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 65.

Pode-se verificar que a distinção entre regras e princípios, para Dworkin, não se desenvolve de acordo com o grau de generalidade⁶⁸⁶. Vale dizer, princípios não são normas com grau de generalidade relativamente alto, em contraposição as regras que seriam normas com grau de generalidade relativamente baixo⁶⁸⁷. A diferença entre princípios e regras pode ser surpreendida em duas frentes: por um lado, o chamado critério lógico, que diz respeito ao modo como se argumenta, no caso concreto, com princípios ou com regras, e o modo como regras e princípios são identificados, na medida em que estes últimos não passam por testes de *pedigree* e não estariam a depender de uma regra de reconhecimento como as regras. Com efeito, para Dworkin, a pertença dos princípios ao Direito não depende da maneira com que são criados, mas, sim, do seu conteúdo⁶⁸⁸. Além disso, para Dworkin, a pertença de um princípio ao sistema jurídico não se produz por fatos socialmente comprováveis – tese das fontes sociais do Direito desenvolvida por Hart – mas, sim, pelo valor moral do seu conteúdo⁶⁸⁹.

Não se pode olvidar que, para Dworkin, o conceito doutrinário de direito é um conceito interpretativo, cuja elucidação exige uma tomada de posição acerca das questões de moralidade política⁶⁹⁰. A normatividade das regras e dos princípios vai se dar, desse modo, numa prática interpretativa, não sendo possível estabelecer de antemão se uma norma é uma regra ou um princípio, até porque a norma somente se dá no caso concreto (ou hipotético) em que os textos são interpretados. Assim, quando um juiz declara que um determinado princípio está imbutido no direito, sua opinião reflete uma prática interpretativa, na medida em que “o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer”⁶⁹¹. Com efeito, a origem dos princípios jurídicos, em Dworkin,

⁶⁸⁶ ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). *Teoria discursiva do direito*. Tradução e estudo introdutório, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 170.

⁶⁸⁷ Conforme Alexy, dentre os vários critérios para distinguir regras e princípios, utiliza-se com mais frequência o da generalidade. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

⁶⁸⁸ ARJONA, César. Afinidades entre Dworkin y Pound: un breve estudio sobre influencias y coincidências. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante, n. 26, p. 391, 2003.

⁶⁸⁹ ARJONA, César. Afinidades entre Dworkin y Pound: un breve estudio sobre influencias y coincidências. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante, n. 26, p. 391, 2003.

⁶⁹⁰ DWORKIN, Roland. *A justiça de toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 46.

⁶⁹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 274.

não se encontra em decisões particulares do legislador ou de juízes, mas “na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo poder público ao longo do tempo”, de modo que “a continuidade do seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado”⁶⁹².

2.4.4.2 O Conceito de Princípio em Robert Alexy

Ao lado de Dworkin, o jurista cujo pensamento a respeito dos princípios alcançou maior influência no pensamento jurídico brasileiro foi Robert Alexy. Para o professor alemão, a distinção entre regras e princípios seria uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais⁶⁹³, perspectiva a partir da qual ele desenvolve sua proposta de distinção entre regras e princípios.

Alexy deixa, desde logo, bastante claro que tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, uma vez que ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas de mandamento, permissão e proibição. Regras e princípios são, portanto, dois tipos de norma. Após arrolar diversos critérios de distinção entre regras e princípios, considera que o ponto decisivo da distinção é de natureza qualitativa: “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São, pois, *mandamentos de otimização*, que podem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que sua satisfação depende, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes⁶⁹⁴. Por sua vez, as “*regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Elas contêm *determinações* no âmbito daquilo

⁶⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 64. Conforme Dworkin, “Se tentarmos arrolar todos os princípios em vigor, seremos mal sucedidos. Eles são controversos, seu peso é de importância fundamental, eles são incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade dele. Mesmo se tivéssemos sucesso, não teríamos uma chave para o direito, pois não teria restado nada para a nossa chave abrir”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 70.

⁶⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

⁶⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

que é fática e juridicamente possível”, o que não impede que nela sejam descritas ações que podem ser realizadas em diferentes graus⁶⁹⁵.

Para Alexy, a diferença entre regras e princípios mostra-se com mais clareza nos casos de *colisões* entre *princípios* e de *conflitos* entre *regras*⁶⁹⁶. Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida⁶⁹⁷. A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito, como, por exemplo, a prioridade do direito federal sobre o direito estadual⁶⁹⁸.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão

⁶⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91. Exemplo disso são as prescrições que se referem a condutas imprudentes. O que nelas se exige não é um grau máximo de cuidado, mas um determinado grau de cuidado, dependendo do ramo do direito de que se trate. O esclarecimento da dúvida acerca do grau de cuidado impõe que se decida se o grau de cuidado exigido pelo dispositivo foi satisfeito ou não. Trata-se de questionamento, segundo Alexy, típico da regras. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

⁶⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

⁶⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

⁶⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

do peso⁶⁹⁹. É claro que nem sempre haverá colisão entre princípios. Não é todo o caso em que se estará diante de tal situação. Como o próprio Alexy destaca, sua teoria não exclui, se for conveniente, a adoção de um ponto de vista no qual princípios sejam considerados em si mesmos ou de forma isolada, hipótese na qual, diante da ausência de condicionantes jurídicas – possibilidades jurídicas – são transformados em mandamentos de maximização relativos apenas às possibilidades fáticas⁷⁰⁰.

No caso de colisão entre princípios, porém, vale a máxima de que nenhum deles goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro, sendo possível apenas falar de uma relação de precedência condicionada, vale dizer, concreta. A questão decisiva consiste em saber sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Com efeito, um princípio terá um peso maior que outro, se houver razões para que prevaleça sob determinadas condições – vale dizer, as condições presentes no caso concreto⁷⁰¹. A equação (sopesamento) entre os princípios será traduzida na existência de condições diante das quais se verifica uma violação a um direito fundamental, o que pode ser compreendido como a formulação de uma *regra* nos seguintes termos: “se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”⁷⁰². A letra “C” – identificada como condição de precedência – desempenhará um duplo papel, funcionando como *condição de uma relação de precedência* e como *pressuposto do suporte fático de uma regra*.

Com efeito, “C” funcionará como condição de uma relação de precedência na formulação da regra “se uma ação h preenche C, então, h é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais” e como pressuposto do suporte fático da regra “se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 **P** P2)⁷⁰³ C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R”. Tudo isso pode ser simplificado na seguinte regra: “as condições

⁶⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94.

⁷⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95-96.

⁷⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.97.

⁷⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 98.

⁷⁰³ P1 significa princípio 1, **P** significa relação de precedência e P2 significa princípio 2.

*sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência*⁷⁰⁴.

A exemplo de Dworkin, Alexy também admite que as regras possam ser superadas pelos princípios. Para melhor compreender o ponto, é necessário antes ter em conta que para o jurista alemão, tanto as regras quanto os princípios possuem um caráter *prima facie*, embora diferenciado em cada uma das duas espécies normativas. Isso quer dizer que os princípios não contêm um mandamento definitivo, enquanto a extensão do conteúdo das regras, embora determinada, pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas⁷⁰⁵.

Dito isso, cumpre registrar que o princípio cederá lugar quando, em um caso determinado, for conferido um peso maior a outro princípio antagônico. A regra, por sua vez, não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário também que sejam superados os chamados princípios formais, segundo os quais *as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legítimas devem ser seguidas e que não se deve relativizar uma prática estabelecida sem motivos*. Quanto maior for o peso desses princípios mais forte será o caráter *prima facie* das regras e, conseqüentemente, mais rígido será o ordenamento jurídico. Somente se tais princípios formais não tivessem importância é que seria possível atribuir o mesmo caráter *prima facie* às regras e aos princípios⁷⁰⁶.

Segundo Alexy, regras e princípios são razões tanto para normas universais (gerais-abstratas), quanto para normas individuais (juízos concretos de dever-ser). Equivocado seria considerar os princípios como razões para regras, e somente para elas. Alexy entende que, caso tal critério fosse correto, *princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas*. Para ele, regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas⁷⁰⁷. No entanto, Alexy não nega a importância da caracterização

⁷⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99.

⁷⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

⁷⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

⁷⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 107.

dos princípios como razões para regras, uma vez que tal distinção bem reflete o diferente caráter das regras e dos princípios como razões para juízos concretos de dever-ser. É que a definição de que alguém tem determinado direito a partir de um juízo concreto significa que essa pessoa tem um direito definitivo, enquanto os princípios – ao contrário das regras – são sempre razões *prima facie*. Desse modo, deve-se enfatizar que o caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo, passa pela definição de uma relação de preferência, que é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Assim é possível afirmar que “sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto”⁷⁰⁸.

A questão de saber que espécies normativas são princípios, passa pela possibilidade de serem reconhecidos princípios emanados de normas de direitos fundamentais, ou seja, que conferem direitos fundamentais *prima facie*, e também princípios que têm por objeto bens coletivos e que, sobretudo, podem ser utilizados como razões a favor ou contra os direitos fundamentais *prima facie*. Enquanto o acervo dos princípios que outorgam direitos fundamentais *prima facie* seria de fácil determinação (cada vez que uma disposição de direito fundamental confere um direito subjetivo estaria adstrito a ela pelo menos um princípio), a pergunta sobre os princípios relativos a bens coletivos não seria tão fácil de responder⁷⁰⁹. Para tentar lidar com a questão, Alexy propõe a distinção entre princípios adstritos a uma disposição constitucional e princípios que não são diretamente a elas adstritos. Na segunda hipótese, entraria em jogo a autorização ao legislador para limitar direitos fundamentais com base em princípios, que do ponto de vista da Constituição, não devem ser seguidos⁷¹⁰. No que diz respeito às regras, estas poderiam derivar também da ponderação de princípios, vale dizer, o resultado da ponderação dos princípios em colisão seria uma nova regra, completa em razão da ponderação prévia⁷¹¹.

⁷⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108.

⁷⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 130.

⁷¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 132.

⁷¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 134.

Nessa senda, Alexy vai reivindicar uma estreita vinculação entre princípios e valores, os quais se diferenciariam pelo seu caráter, respectivamente, deontológico e axiológico⁷¹². Como se vê, o professor alemão permanece preso ao paradigma da jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional Alemão e ao conceito de “ordem hierárquica de valores”⁷¹³, sendo certo que tal amplitude, aliada ao caráter generalizante atribuído aos princípios, contribui sobremaneira para uma criação desenfreada de princípios e, pois, no enfraquecimento da própria noção de princípio. Nesse sentido, relevante a crítica de Ferrajoli acerca da ideia de que as normas constitucionais não seriam estritamente vinculantes, “mas, sim, princípios ético-políticos, fruto de argumentações morais”, que, segundo ele, teria favorecido “o desenvolvimento de uma inventiva jurisprudência – onde o debate infelizmente não permaneceu limitado à academia, entre os filósofos do direito –, que se manifestou através da criação de princípios que não têm nenhum fundamento no texto da Constituição”⁷¹⁴.

Apesar disso, verifica-se, ainda em Alexy uma desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição

⁷¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147.

⁷¹³ A respeito, a interessante crítica de Habermas: “a transformação conceitual de direitos fundamentais em bens fundamentais significa que direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em um contexto de justificação, *normas e valores têm diferentes papéis na lógica da argumentação*. Porque normas e princípios, em virtude do seu caráter deontológico, podem pretender ser universalmente obrigatórios e não apenas especialmente preferíveis, eles possuem uma maior força de justificação que os valores. Valores devem ser postos em uma ordem transitiva com outros valores, caso a caso. Como não há padrões racionais para isso, esse sopesamento acontece arbitrariamente ou sem maior reflexão, de acordo com os padrões e hierarquias costumeiras. A partir do momento em que uma corte constitucional adota a doutrina de uma ordem objetiva de valores e fundamenta seu processo de decisão em uma forma de realismo ou convencionalismo moral, o perigo de decisões irracionais cresce, porque os argumentos funcionais ganham precedência sobre os normativos. Certamente, há vários princípios ou bens coletivos que representam perspectivas cujos argumentos podem ser introduzidos em um discurso jurídico em casos de colisão de normas [...] Um julgamento orientado por princípios precisa decidir qual pretensão e qual ação em um dado conflito é correta e não como ponderar interesses ou relacionar valores. [...] A validade jurídica do julgamento tem o caráter deontológico de um comando, e não o caráter teleológico de um bem desejável que nós podemos alcançar até um certo nível”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 257-261.

⁷¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 44. Fenômeno que, no Brasil, é chamado por Lenio Streck de pan-principiologismo.

de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam *concepções difundidas sobre o que deve ser o direito*⁷¹⁵.

Se, por um lado, a teoria de Alexy acabou servindo de sustentáculo para uma criação desenfreada de princípios⁷¹⁶, o recurso à ponderação acabou servindo como uma forma sofisticada de resolver os problemas das antigas lacunas dos primeiros positivismos. Vale dizer, a ponderação veio a substituir o papel desempenhado pelos princípios gerais do direito, servindo de porta de entrada para a discricionariedade⁷¹⁷, que, agora, vem mascarada pelo manejo (livre) de bens, interesses, valores, direitos fundamentais e princípios (alguns constitucionais outros de origem duvidosa). Nesse ponto, é necessário fazer justiça ao próprio Alexy, uma vez que, apesar de todas as críticas que possam ser endereçadas à sua teoria, é certo que referido autor nunca pensou em uma forma de ponderação livre como acontece na prática jurídica brasileira. Tanto é assim que para ele “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente”⁷¹⁸. É por isso que, ao tratar do tema da ponderação, Alexy faz referência a sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*. Vale dizer, mostra-se extremamente perigosa a utilização da teoria dos direitos fundamentais de Alexy separada da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por ele.

⁷¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 109.

⁷¹⁶ Afirma Lenio Streck: “positivação de valores’: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a ‘criação’ (sic), em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’ (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou ‘corrigir’ (sic) as incertezas da linguagem”. STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 65.

⁷¹⁷ Nesse sentido, a crítica de Jorge Reis Novais: “o recurso à ponderação de bens no Direito Público e, designadamente, no domínio que aqui nos ocupa exclusivamente, o das restrições aos direitos fundamentais, generalizou-se, nos últimos cinquenta anos, de uma forma tão avassaladora que pôde ser designada, criticamente, numa caracterização que revela a controvérsia que acompanha esse processo, como determinando uma substituição do Estado de Direito pelo Estado da ponderação (LEISNER). Impossibilidade de colher da Constituição parâmetros materiais susceptíveis de balizar objectivamente o recurso ao método, subjectivismo, intuição e arbitrariedade, transferência ilegítima de poderes do legislativo para o juiz com substituição da reserva de lei pela reserva de sentença, dissolução dos controlos típicos de Estado de Direito, corrosão da força normativa da Constituição, nivelação e indiferenciação dos direitos fundamentais, tirania dos valores e fórmula vazia, de tudo a ponderação de bens no domínio dos direitos fundamentais tem sido, e com argumentos de peso, acusada”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 640.

⁷¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 159.

Para Alexy, o problema da fundamentação jurídica seria um problema de metodologia jurídica. O professor alemão constrói sua teoria a partir de discussões e críticas desenvolvidas no campo da filosofia da linguagem e da teoria da argumentação. Para ele, a argumentação jurídica é uma atividade linguística que tem lugar em situações diversas, como o processo e a discussão científico-jurídica. Tal atividade linguística trata da correção dos enunciados normativos, podendo ser designada de “discurso”⁷¹⁹.

Nessa esteira, o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral. Em ambas as formas, trata-se da correção de enunciados normativos. Tanto com a afirmação de um enunciado prático geral, como com a afirmação ou pronunciamento de um discurso jurídico, levanta-se uma *pretensão de correção*. O discurso jurídico trata-se de um caso *especial*, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de condições limitadoras, como a sujeição à lei, a consideração dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, e as limitações das regras processuais⁷²⁰. É justamente por isso que elabora a sua Teoria da Argumentação Jurídica, buscando, procedimentalmente, fornecer as bases para que se possa considerar correta a fundamentação. Não bastaria, portanto, qualquer fundamentação, pois “quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta. No discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar razões para isso. Os enunciados jurídicos formulam, portanto, como os enunciados normativos gerais, uma pretensão de correção”⁷²¹.

A fundamentação pretendida por Alexy deveria ser construída a partir de um procedimento e uma série de regras da argumentação jurídica, os quais nunca foram considerados pela prática jurídica brasileira no momento da ponderação e da fundamentação de decisões que fazem referências à princípios. Isso se deve ao fato, talvez, de ser a teoria da argumentação de Alexy totalmente impraticável, além de presa à noção de procedimento (método) redentor, que, ao final, não garante

⁷¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 30

⁷²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 31

⁷²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 212.

uma resposta correta ou adequada, mas, sim, exige um maior esforço argumentativo pelo órgão julgador⁷²².

2.4.4.3 Perspectivas Críticas Acerca do Conceito Contemporâneo de Princípio

Uma primeira premissa para prosseguir no tema relativo à distinção entre regras e princípios é deixar claro que Dworkin e Alexy trabalham com conceitos jurídicos sobremaneira distintos. Em primeiro lugar, o conceito de norma jurídica para Alexy se estabelece exclusivamente no nível semântico da linguagem, como um esquema de interpretação do mundo, numa postura bastante similar àquela desenvolvida pelo positivismo lógico; Dworkin, por sua vez, considera o direito como sendo uma prática interpretativa, o que permite associar a sua teoria, em certa medida, à matriz hermenêutica que alicerça o presente trabalho. A normatividade dos princípios não se dá antes do caso e da interpretação, mas no caso concreto. Com efeito, “os princípios e as regras são como condição de possibilidade da normatividade, e não o contrário”⁷²³. Em segundo lugar, Alexy não abandona o esquema subsuntivo para a aplicação das regras, o que, por outro lado, não se passa em Dworkin. É que, embora este fale em aplicação das regras no tudo-ou-nada, deve-se entender que isso quer significar que o ônus argumentativo daquele que empreende a “aplicação” de uma regra é relativamente menor que o ônus atribuído àquele que argumenta a solução de um caso com base em princípios⁷²⁴. Em terceiro lugar, a dimensão de peso e de importância dos princípios em Dworkin quer significar que, na complexidade do caso concreto, não estão em jogo dois princípios colidentes (como quer Alexy e os doutrinadores adeptos à noção de princípios informativos), mas uma série de princípios que se entrecruzam e sem

⁷²² Nesse sentido, as palavras do próprio Alexy ilustram a questão: “é verdade que o fato de se cumprir as regras do discurso, justamente com a premissa de que os participantes do discurso dispõem de uma capacidade de imaginação e de juízo suficiente, não conduz logicamente à correção dos resultados no sentido absoluto. Isso não ocorre por se poder usar a capacidade suficiente de modo censurável ou incorreto. Seria, porém, equivocado, particularmente no que se refere às questões práticas, exigir a segurança de uma correção absoluta. Isso não pode garantir nenhum procedimento. Se se suprime esta exigência excessiva, então fica claro que nenhum procedimento é mais adequado do que o discurso para desenvolver ao mesmo tempo a capacidade de imaginação e de juízo e a obtenção de um controle racional, aproximando-se, dessa maneira, da correção”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 318.

⁷²³ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 550.

⁷²⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 200.

deixar de serem importantes assumem um peso argumentativo maior ou menor para a solução do caso⁷²⁵.

Com efeito, pode-se dizer que Alexy trabalha com uma distinção estrutural entre regras e princípios. Desse modo, a distinção residiria na própria estrutura dos comandos normativos, vale dizer, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, enquanto as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. No entanto, há quem defenda que essa distinção seria cabível mesmo se concebida a norma como produto da interpretação do texto, na medida em que a identificação do padrão normativo (regra ou princípio) ocorreria no momento posterior à interpretação⁷²⁶.

De fato, numa perspectiva puramente analítica, a distinção entre regras e princípios somente pode ser concebida no nível estrutural das proposições. É certo, no entanto, que isso não autoriza a considerar como elemento diferenciador das regras e dos princípios, o fato de as regras estruturarem-se em hipótese e consequência. Esse modelo estrutural pode ser comum às regras e aos princípios, de modo que ambas podem consistir em uma condição e uma conclusão⁷²⁷. Na verdade, embora seja comum afirmar que as regras se estruturam em predicado factual (hipótese fática) e consequente, qualquer norma pode ser reformulada para assumir a forma canônica da hipótese fática seguida por uma consequência. Trata-se de uma constatação que não causa estranheza sequer para um positivista normativista do quilate de Frederick Schauer⁷²⁸. A existência de uma hipótese e de uma consequência depende, portanto, mais do modo de formulação do que

⁷²⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 200.

⁷²⁶ Conforme Bustamante, "o fato de que só depois da interpretação de um enunciado normativo é que podemos saber com certeza se estamos diante de uma regra ou de um princípio não implica a ausência de uma distinção estrutural entre as duas espécies de normas". BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – respostas às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 163, out./dez. 2002.

⁷²⁷ VERHEIJ, Bart; HAGE, Jaap; HERIK, Jaap Van Den. An integrated view on rules and principles. *Artificial Intelligence and Law*, Dordrecht, the Netherlands, v. 6, n. 1, p. 3, 1998.

⁷²⁸ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford Clarendon Press, 2002. p. 23. Sobre a vinculação de Schauer ao "positivismo normativo", a partir de uma análise de Bentham, Austin e Hart tendo em vista a crítica de Dworkin, ver BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015.

propriamente de uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas⁷²⁹.

No entanto, apesar da acertada crítica realizada por setores da doutrina nacional acerca do tema, segue-se trabalhando com o conceito de princípio a partir de uma perspectiva mais arrojada, que, porém, ainda se vale de alguns critérios estruturais. É o caso de Humberto Ávila, o qual oferece três critérios de dissociação entre regras e princípios, quais sejam, o *critério da natureza do comportamento prescrito*, o *critério da natureza da justificação exigida* e o *critério da medida de contribuição para a decisão*. De acordo com a natureza do comportamento prescrito, as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, enquanto que os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos⁷³⁰. Com base na natureza da justificação exigida, as regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que os princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária⁷³¹. Por fim, quanto à medida de contribuição para a decisão, pode-se dizer que os princípios consistem em normas *primariamente complementares* e *preliminarmente parciais*, na medida em que não têm a pretensão de gerar uma

⁷²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 63.

⁷³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 95. Daí afirmar-se, segundo Ávila, “que os princípios são *normas-do-que-deve-ser*: seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas [...] os princípios estabelecem uma espécie de *necessidade prática*: prescrevem um estado ideal de coisas que só será realizado se determinado comportamento for adotado”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 95-96.

⁷³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 98. Segundo Ávila, “o importante é que a distinção entre as regras e os princípios remete ao conhecimento e capacidade diversos do aplicador, relativamente ao objeto e ao modo de justificação da decisão de interpretação. As regras e os princípios divergem relativamente à sua força justificativa e ao seu objeto de avaliação. Com efeito, como as regras consistem em normas imediatamente descritivas e imediatamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e imediatamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 100.

solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão, enquanto que as regras consistem em normas *preliminarmente decisivas* e *abarcantes*, na medida em que têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões⁷³².

É interessante notar que, mais adiante em sua obra, Humberto Ávila vai dizer que o que distingue os princípios é a sua indeterminação estrutural, vale dizer, eles não enumeram exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica e demandam a concretização por outra norma⁷³³. Sob esse aspecto, os princípios seriam dotados de um alto grau de indeterminação – não no sentido de serem vagos – mas por não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequências jurídicas, nem estabelecer consequências específicas previamente determinadas⁷³⁴.

Essa concepção é seguida também por Guastini, para quem os princípios são normas com suporte fático aberto⁷³⁵. No entanto, o jurista italiano admite que os princípios também podem ter por característica serem “defectíveis”⁷³⁶ ou também normas genéricas. No final das contas, a única peculiaridade dos princípios, enquanto normas distintas das regras, seria a sua posição no ordenamento jurídico, vale dizer, o seu caráter fundamental, a sua capacidade de justificar outras normas⁷³⁷, uma vez que as demais características (antecedente aberto, defectibilidade e caráter genérico) também podem se fazer presentes nas regras. Como se vê, referidos autores, ao trabalharem, na medida em que não consegue se desprender de elementos estruturais, a exemplo do que ocorre com Alexy, valem-se de elementos insuficientes para defini-los teoricamente.

O que talvez possa ser salvo na construção de Guastini é o caráter fundamental que ele acaba, por final, atribuído aos princípios, o que, sem dúvida,

⁷³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 100.

⁷³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 157.

⁷³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 155.

⁷³⁵ Conforme Guastini, “l’antecedente (la fattispecie) di una norma è chiuso (chiusa), allorché la norma enumera exaustivamente i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica che essa stessa dispone. Per contro, l’antecedente (la fattispecie) è aperto (aperta), allorché la norma *non* enumera exaustivamente i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica corrispondente”. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 177.

⁷³⁶ Embora deve-se registrar que para Guastini, assim com para Humberto Ávila, a defectibilidade é apenas um elemento contingente dos princípios.

⁷³⁷ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 180.

constitui um elemento essencial para a sua construção teórica. Note-se que a fundamentalidade dos princípios é uma nota que acompanha o conceito desde seu surgimento na filosofia aristotélica, em que pese nela o conceito de princípio assumia contornos metafísicos como proposições primordiais, verdadeiras. Os princípios, da ciência, por exemplo, mereceriam crédito por si mesmos, não sendo pertinente perguntar as razões segundo as quais são credíveis⁷³⁸. Já aqui os princípios assumem um caráter de transcendência por serem elementos anteriores a tudo mais, que não podem ser demonstrados, mas, somente, conhecidos a partir da dialética⁷³⁹.

Embora não seja possível traçar um grau abstrato de prioridade dos princípios em relação às regras é certo que eles possuem a capacidade de justificar a aplicação das regras. O princípio fundamenta a regra, na medida em que carrega consigo uma dimensão da moralidade política de um determinado Estado. Com bem destaca Lenio Streck, a normatividade dos princípios é decorrente “de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”⁷⁴⁰.

É verdade que se afigura impossível traçar de antemão, de modo perene e exato, um catálogo dos princípios jurídicos que alicerçam o atual Estado Democrático de Direito, uma vez que, conforme já restou mencionado, a normatividade das regras e dos princípios se dá na sua interpretação/aplicação nas mais diversas situações concretas. O ordenamento jurídico e a própria ordem constitucional estão assentados em textos normativos cujo sentido depende da interpretação, que não se dá no vazio. Ainda quando se interpretam textos jurídicos (constitucionais ou não) as normas são extraídas diante de uma situação concreta, para a solução de casos reais ou hipotéticos. Por isso, o texto da norma não carrega consigo o princípio, mas na interpretação do texto surge a norma, que poderá ser uma regra ou um princípio. A questão nodal a se esclarecer aqui é que os princípios

⁷³⁸ ARISTÓTELES. *Tópicos*: dos argumentos sofisticos. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 78.

⁷³⁹ Sobre o ponto, afirma Rohden que “para Aristóteles não é possível demonstrar os princípios. Pois demonstrar é mostrar a necessidade de uma conclusão a partir de premissas, e como a demonstração dos princípios levaria a um processo *ad infinitum*, devemos afirmar a existência de princípios não demonstrativos, ou seja, uma ciência anapodítica”. Com efeito, “rigorosamente falando o conhecimento dos princípios não poderia chamar-se de ciência, pois toda ciência é acompanhada de demonstração, e os princípios não são demonstráveis”. ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem: a arte retórica de Aristóteles*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 109).

⁷⁴⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57.

não podem ser apanhados num plano meramente analítico, como proposições linguísticas dotadas de certas características que fazem da norma uma regra ou um princípio.

Objetivou-se, no início do presente trabalho, reivindicar, para o tratamento das questões mais agudas da teoria do direito, uma perspectiva hermenêutica, em que o problema do sentido do direito transcendesse o plano meramente apofântico da linguagem. Emerge disso tudo que a Constituição, no paradigma constitucional presente, é um existencial⁷⁴¹, “como manifestação da própria condição existencial do ser humano”⁷⁴². O existencial não é uma simples remissão ao empírico, ao existente, mas é uma dimensão que não tem justamente esse caráter de ser categoria, mas de qualidade existencial⁷⁴³. A Constituição fundamenta o sentido jurídico, sem ser fundamento, vale dizer, sem constituir uma hipótese a partir da qual se pode fazer deduções⁷⁴⁴.

Nessa senda, os princípios, pois, “são construídos no interior de uma comunidade histórica que desde sempre é compreendida antecipadamente na historicidade do ser-aí”⁷⁴⁵, razão pela qual “não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e

⁷⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 122.

⁷⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.122.

⁷⁴³ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí, Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2002. p. 160-161.

⁷⁴⁴ Conforme Streck, “a Constituição, enquanto matriz privilegiada de sentido do ordenamento, que une o político e o jurídico, é o espaço (enquanto ‘como se’) onde se ‘fundamenta’ o sentido jurídico. Ocorre que esse sentido ‘fundante’ acontece a partir de uma manifestação prévia, no interior do qual já existe um processo de compreensão. *A constituição, assim, funda, sem ser ‘fundamento’, porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer ‘deduções’*. Daí que é possível afirmar que a noção de Constituição é *um paradoxo*, exatamente porque funda sem ser fundamento, e, ao mesmo tempo, constitui sem constituir, como se houvesse um ponto de partida. A Constituição é um paradoxo, na medida em que temos que colocar um ponto de partida (por isso é *al sob*, onde o ‘como se’ deve ser entendido ‘como se apanhasse o todo da interação humana no mundo jurídico’), *mas ao mesmo tempo ela frustra essa pretensão de ser o começo, já que esse se dá sempre de novo e de várias formas na antecipação de sentido, a partir de um modo prático de ser-no-mundo do intérprete*. A Constituição não teria sentido sem a compreensão prévia do sentido, mas não teria sentido falarmos nessa compreensão prévia sem que estivéssemos lidando com o sentido mesmo da Constituição, no nível do cotidiano e da interação social”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 122.

⁷⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 205.

identificação dos princípios”⁷⁴⁶. Daí a necessidade de se aplainar o catálogo de princípios comumente trabalhados no bojo do direito processual civil, que convive, inclusive, com categorias e divisões que não fazem o menor sentido do ponto de vista normativo. Os chamados “princípios” da oralidade, da escritura, da adequação, dentre tantos outros que, como bem se procurou demonstrar anteriormente, poluem o imaginário jurídico-processual, não passam de álbis teóricos utilizados pelo juiz mascarar a exercício de manobras arbitrárias-decisionais. Acima de tudo, princípio é norma, e não um mero reforço argumentativo.

Com efeito, os princípios, na atual quadra da história do pensamento jurídico, não podem ser vistos como uma versão mais sofisticada dos antigos princípios gerais do direito. Ao contrário do que muitas vezes se tem apregoadado, os princípios constituem uma barreira contra o árbitrio judicial, não servindo, pois, como porta de entrada para a discricionariedade judicial. Daí a necessidade de trabalhar com o conceito de princípio a partir daquilo que Lenio Streck denomina de “*tese da descontinuidade*”, a partir da qual o reconhecimento do caráter normativo dos princípios a partir do segundo pós-guerra significa uma ruptura com modo anterior de lidar com as questões jurídicas, de modo que a normatividade por eles assumida vem a possibilitar “um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais”⁷⁴⁷.

Ademais, deve-se combater a proliferação de princípios que, de maneira irresponsável, é propugnada em sede doutrina e jurisprudencial. É incrível como no direito brasileiro se criam, diariamente, princípios para justificar qualquer sorte de decisões. Por outro lado, não é incomum que a doutrina contribua para esse estado de coisas caótico criando novos princípios que não passam de máximas explicativas de regras existentes no âmbito legislativo ou, pior ainda, de justificações carentes de sentido normativo, aptas para justificar decisões que, de maneira arbitrária, afastam a aplicação da própria lei. Essa situação, que muito claramente pode ser denominada de *panprincipiologismo* é um dos principais alvos da Crítica Hermenêutica do Direito.

É possível que os princípios recebam um reforço institucional, sendo positivados de modo preciso no texto constitucional ou até mesmo na legislação

⁷⁴⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 581.

⁷⁴⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57.

infraconstitucional, embora, nesse último caso, possam ser remetidos a um conjunto de padrões que demarcam a história institucional do direito em determinado momento. A positivação dos princípios, porém, não é uma decisão arbitrária do poder constituinte, mas uma dimensão imposta por uma dúplici exigência, de ordem política e sistemática: de um lado, uma sociedade fragmentada como a atual sociedade pluralista, para conservar um mínimo de unidade, necessita de uma política e de um ordenamento jurídico fundado sob uma ideia de homem substanciada por valores éticos geralmente aceitos; por outro lado, não mais se sustenta o postulado de que, no sistema jurídico, encontram-se incluídas, de modo abstrato, todas as possíveis soluções dos casos juridicamente relevantes, razão pela qual os princípios são convocados a preencher normativa e argumentativamente o caráter poroso das regras que compõem o sistema⁷⁴⁸. Isso, no entanto, não quer significar que os princípios continuem sendo encarados como mecanismos de fechamento do sistema diante da insuficiência das regras abarcarem todas as hipóteses de aplicação. Pelo contrário, o princípio individualiza a *applicatio* e confere espessura normativa e legitimidade à regra.

Deve-se enfatizar, no entanto, que embora os princípios possam estar escritos na Constituição ou na legislação “não é esta escrituração que garante aos princípios a condição de princípio”⁷⁴⁹. Efetivamente, os princípios são como que “marcas que balizam a formação da história institucional do direito”⁷⁵⁰ estando neles enraizada a cooriginariedade que se estabelece entre direito e moral no marco do panorama constitucional de um Estado Democrático de Direito.

Tem-se, nessa perspectiva, que “um princípio não é um princípio em face de seu enunciado ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia”⁷⁵¹. E, nessa perspectiva, os princípios representam aqueles padrões de moralidade política construídos no bojo da faticidade histórica do homem. O reconhecimento dos princípios, porém, não é arbitrário, na medida em que, independentemente de decorrer de vínculos institucionais positivos ou da

⁷⁴⁸ MENGONI, Luigi. Il diritto costituzionale come diritto per principî. *Ars interpretandi*. Annuario di ermeneutica giuridica. Ermeneutica e applicazione. Padova: CEDAM, 1996. p. 97.

⁷⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 582.

⁷⁵⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 545-546.

⁷⁵¹ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 565.

prática judicativa do direito, são reconstruídos a partir de uma dimensão de moralidade que pode muito bem ser visualizada na dinâmica do projeto constitucional que alicerça o atual Estado Democrático de Direito.

Essa perspectiva era bem notada por Esser, na medida em que, para ele, os princípios formam-se ao longo de extenso e humano-culturalmente fadigoso percurso que começa nas regiões mais inacessíveis da *praxis* – no seio de uma intersubjetividade larvar que escapa a qualquer tematização subjetivamente consciente e que constitui o *arché* em nome do qual os princípios são princípios e manifestam-se inicialmente sob designações extremamente difusas, que vão de um apelo à “razão natural” ou à “razoabilidade prática” até à convocação da “justiça do caso” ou de uma “lógica material”, tudo a apontar para o mesmo denominador do reconhecimento de uma originária dimensão “ético-social” do *sensus communis*. É, portanto, quando da “abordagem” e da “comparação” dos casos concretos, que se constituem os princípios⁷⁵².

Os princípios, desse modo, reivindicam ao direito uma espécie de resgate do mundo prático, na medida em que não estão previstos de modo estático e abstrato no ordenamento jurídico, como queriam as doutrinas que visualizavam o fenômeno jurídico estritamente a partir do mundo das regras⁷⁵³. Reconhecida a existência de uma diferença dimensional entre as regras e princípios, cabe retomar a possibilidade de diferenciá-los pelo modo como determinam certas condutas. E, por tal caminho, se tomadas as coisas a partir de uma análise puramente lógica da linguagem, é possível visualizar que as proposições normativas extraídas dos diversos textos jurídicos podem assumir certas características que, numa análise primária, serviria para distinguir regras e princípios. Isso, porém, bate de frente com a perspectiva

⁷⁵² BRONZE, Fernando José. *A metonímia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 496.

⁷⁵³ Na verdade, conforme Lenio Streck, “para uma análise do ‘conceito’ de princípio, é fundamental que se adentre no mundo prático (faticidade-existencialidade) que forjou o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, é necessário examinar as *virtudes soberanas* que (sub)jazem o texto constitucional e à densa principiologia passível de ser extraída desse elo contudístico com função de ligar política, moral e direito. *O Brasil é uma República que visa erradicar a pobreza, garantir a justiça distribuição de riqueza, diminuir as desigualdades sociais e regionais, promover os ‘valores’ éticos por intermédio dos meios de comunicação (concessão pública) evitar discriminações, etc.* Portanto, isso quer dizer que cada texto jurídico-normativo (regra/preceito) não se pode colocar na contramão desse desiderato, digamos assim, virtuoso, propagado pelo texto que explicita o contrato social: a Constituição”. STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 572.

hermenêutica em que há sempre uma estrutura prévia de sentido quando se interpreta, não se admitindo cindir compreensão, interpretação e aplicação.

Daí a necessidade de rechaçar a perspectiva meramente estrutural, seguida por Humberto Ávila e Guastini, para a qual os princípios teriam por característica possuir um grau maior de indeterminação, sendo dotados de uma indeterminação estrutural, na medida em que constituem prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas⁷⁵⁴. Essa distinção estrutural, fundada na indeterminabilidade dos princípios, que prescrevem deontologicamente comportamentos indefinidos (fins a serem promovidos), esbarra na realidade prática do direito. É que mesmo um princípio nitidamente construído desse modo pode ser reconstruído linguisticamente como se fosse uma regra, determinando uma conduta permitida, não permitida ou obrigatória. Tome-se como exemplo o princípio do contraditório. A Constituição Brasileira estabelece, em seu artigo 5.º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Desse texto várias indagações podem surgir. Trata-se de uma regra na medida em que se impõe ao estado uma determinada conduta, qual seja, assegurar o contraditório aos litigantes em processo judicial ou administrativo ou trata-se de um princípio na medida em que não se estabelece quais comportamentos devem ser adotados para que o contraditório seja assegurado?

Note-se que a simples análise sintático-semântica da proposição é insuficiente para abarcar toda a complexidade do princípio. Ainda na seara processual civil, tem-se afirmado peremptoriamente que o princípio do contraditório proíbe decisões surpresas, o que poderia ser descrito do seguinte modo: a todos os litigantes, em processo judicial, deve-se assegurar que não sejam proferidas decisões surpresa. Seria essa proposição um princípio, na medida em que não diz o que deve ser feito para que se atinja a finalidade propugnada? E se, diante de um caso concreto, fosse proferida uma decisão a respeito de uma questão conhecida de ofício pelo juiz sem a prévia oitiva da parte interessada, seria possível formular a seguinte regra: “tendo em vista que ao autor não foi oportunizado manifestar-se a respeito da questão decidida de ofício pelo juiz, então deve ser considerada nula a

⁷⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 155.

decisão”. Ou, ainda, poderia ser criada uma regra que afirmasse: “antes de decidir qualquer questão que lhe caiba analisar de ofício, deve o juiz ouvir as partes interessadas”. Isso transformaria o contraditório em uma regra?

As regras costumam estruturar-se previamente a partir de um predicado factual e um conseqüente, o que, todavia, não impede que os princípios também sejam assim reformulados. Não obstante, as regras igualmente costumam trabalhar com um grau muito alto de generalização para abarcar o mais variado número possível de situações que nelas se encaixam. As regras, nessa senda, *constituem modalidades objetivas de solução de conflitos*. Elas “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito⁷⁵⁵. As regras jurídicas, pois, não tratam de nenhuma situação concreta, pois dizem respeito às inúmeras possibilidades dentre as quais muitas não podem ser previstas. Dessa forma, é acertado dizer que elas abrem a interpretação “exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica)”⁷⁵⁶. Note-se, portanto, que a regra, por institucionalizar uma forma imediata de aplicação do direito, acaba encobrindo o princípio, justamente pela sua espessura ôptica. Daí ser possível discutir os limites semânticos de uma regra, mas não de um princípio⁷⁵⁷.

Eis o ponto: os princípios não podem ser discutidos no seu domínio sintático-semântico, uma vez que eles guardam a dimensão de transcendentalidade do direito e somente se realizam na *applicatio*⁷⁵⁸. Quando se argumenta com princípios a pura objetividade é ultrapassada “em direção a um todo contextual coerentemente (re)construído, que, todavia, sempre se dá em todo processo interpretativo”⁷⁵⁹. O princípio, portanto, *transcende a objetividade da regra*. Ele sempre está presente, em toda em qualquer aplicação de uma regra, mesmo que esta venha a encobri-lo pela propositura da uma explicação dedutiva. Desse modo, “a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se e, ao mesmo tempo,

⁷⁵⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 562.

⁷⁵⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 563.

⁷⁵⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 569.

⁷⁵⁸ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 567.

⁷⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 201.

ocultando-se na própria regra”⁷⁶⁰. Mas, atenção: “ele (sempre) está na regra. O princípio é o elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele institui. Só que está encoberto”⁷⁶¹. Vale dizer, uma regra jurídica sempre tem como fundamento uma série de princípios que lhe servem de fundamento e justificação. Em toda aplicação de uma regra está lá uma série de princípios, que no mais das vezes permanecem encobertos. Quando o juiz aplica uma regra jurídica legislada para solucionar um caso, está “aplicando” também o princípio da legalidade, que lhe impõe decidir conforme a lei. Mas, junto com isso, o sentido da regra vai depender de outros princípios que se relacionam direta ou indiretamente com o caso decidendo⁷⁶².

Até para autores positivistas, que trabalham, portanto, numa linha sobremaneira distante da perspectiva hermenêutica, reconhece-se que por trás de cada generalização contida nas regras há uma justificativa (ou várias justificativas) que lhe são determinantes⁷⁶³. O problema é que, para esse referencial teórico, a justificativa está descolada da aplicação da regra, como se fosse possível cindir interpretação e aplicação.

A determinação de sentido das regras se dá na *applicatio* a partir do princípio instituidor da regra, o qual contém uma dimensão de transcendentalidade que lhe é inerente. Assim, os princípios não existem em abstrato, sendo impossível falar de princípios se não há caso concreto. Eles não existem se não há uma regra que seja transcendida. Vale dizer, “o princípio só se ‘realiza’ a partir de uma regra. Não há princípio sem (alg)uma regra”⁷⁶⁴. Mas, também, não há regra sem princípio que venha

⁷⁶⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 567.

⁷⁶¹ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 567.

⁷⁶² Cabe registrar que, embora trabalhe em perspectiva diversa daquela desenvolvida pela matriz hermenêutica, Humberto Ávila também reconhece impossibilidade de um sistema jurídico desenvolver-se somente a partir de regras ou somente a partir de princípios: “Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos. Com isso, se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não e podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 148.

⁷⁶³ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford Clarendon Press, 2002. p. 53.

⁷⁶⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 568.

a instituí-la legitimamente. São os princípios, portanto, que irão individualizar a *applicatio* na reconstrução da situação concreta da regra ou mesmo de um precedente⁷⁶⁵.

Daí se afirmar que, através da aplicação principiológica, não somente será possível caminhar do ôntico para o ontológico em um processo de atribuição de sentido à regra, como também será possível não a aplicar a determinado caso. Por isso é possível dizer que, no fundo, cada aplicação principiológica é uma interpretação conforme ou uma nulidade parcial sem redução de texto⁷⁶⁶. Certamente que, caso o princípio venha a ser utilizado para afastar a aplicação de uma regra, isso demandará um ônus argumentativo maior. É que, em tese, as regras encontram-se instituída por princípios, no mínimo, em se tratando de regras legisladas, aqueles que dizem respeito ao processo legislativo, ao governo democrático, à separação de poderes, etc. E, nesse ponto específico, sequer há divergência entre posturas hermenêuticas e posturas analíticas, que reconhecem uma função eficaz de trincheira às regras⁷⁶⁷, na medida em que a sua superação pelos princípios passa a exigir um ônus argumentativo maior que o exigido para, simplesmente, aplicar a regra ao caso concreto. No entanto, quando, com base em um princípio, se justifica determinada exceção o princípio que se extrai da *applicatio* se estenderá e será generalizável para outros casos em que se justifique a sua aplicação para uma nova exceção, formando-se, com isso, uma cadeia significativa garantidora da coerência do sistema jurídico como tudo⁷⁶⁸.

Pode-se concluir que o sistema normativo é composto por regras, que dinamicamente são extraídas do conjunto de textos normativos, e de princípios, que também de modo dinâmico são vivenciados e reconhecidos a partir de uma dimensão de moralidade que escapa às regras. Porém, as regras carregam consigo, na sua aplicação, os princípios, que por estarem num plano de transcendentalidade encobrem-se e desvelam-se nas regras diante do caso concreto.

⁷⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 519.

⁷⁶⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 575.

⁷⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 130.

⁷⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 558.

Tanto as regras quanto os princípios podem ser reformulados a partir de estruturas proposicionais fundadas no esquema hipótese fática e consequente, embora seja mais comum visualizar previamente nos princípios um maior grau de indeterminação, na medida em que não visam a reger certos casos específicos, mas a orientar modos de vida e comportamentos. Os princípios, na medida em que vão sendo vivenciados adquirem um status de constitucionalidade, que faz com que se projetem para o presente e para o futuro, exigindo do legislador que sejam concretizados em regras jurídicas que eles irão justificar. Embora se argumente de modo diferente quando se está diante de regras e de princípios, isso não faz com que haja uma diferença de aplicação (tudo-ou-nada e ponderação) entre regras e princípios, na medida em que a distinção em questão no máximo se dá no plano do processo argumentativo. Inegável, de todo modo, que os princípios assumem um caráter de fundamentalidade e de justificação que não existe nas regras. Eles obrigam e estabelecem direitos, não se tratando nem de generalizações decorrentes das regras – como queriam as posturas que negavam aos princípios caráter normativo por compreendê-los como máximas –, nem, muito menos, de meros instrumentos aptos a suprir as lacunas do ordenamento jurídico. Qualquer entendimento nesses dois últimos sentidos é imprestável para dar conta do modelo constitucional de processo, que se estrutura a partir dos princípios constitucionais do processo, os quais, dado o seu caráter normativo, não somente obrigam, mas também encerram verdadeiros direitos fundamentais processuais⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹ Não se pode ignorar que a utilização do termo “princípio”, na prática jurídica e até em diversos setores doutrinários, é feita de modo não muito preciso, sem que seja traçada a diferenciação entre aqueles “princípios” processuais carentes de normatividade e que espelham meras abstrações e generalizações decorrentes das próprias regras processuais, do conceito contemporâneo e constitucionalmente adequado de princípio. Esse estado de coisas tem levado, inclusive, alguns doutrinadores de escol a preferir a utilização do termo “direitos fundamentais processuais” para designá-los, evitando, com isso, a confusão normalmente ocorrida acerca do termo “princípio”. Nesse sentido, em percuciente lição, Araken de Assis adverte que “surgirá indesejável inconveniente na adoção dessa terminologia, embora a explicação do seu fundamento metodológico erradicasse as possíveis dúvidas. É que, em geral, toma-se a palavra princípio em sentido altamente liberal ou postulado sem qualquer força vinculante, simples programa endereçado ao legislador, inteiramente desprovido de conteúdo para conferir a alguém direito subjetivo ao bem jurídico mais antevisto do que explicitado em sua proposição. Em outras palavras, a ausência cabal de sentido convergente da palavra princípio, na seara jurídica, compromete o seu emprego, ao se tratar de direitos fundamentais, porque conduziria à errônea ideia de que se alude a diretrizes insuscetíveis de concretização [...] Tais razões recomendam que se utilize, para retratar as garantias processuais constitucionais, localizadas no proeminente sítio reservado aos ‘direitos e garantias fundamentais’ a expressão aqui adotada – direitos fundamentais processuais. Decorrem, então, mais clara e expressivamente as consequências aneladas por esse conjunto de valores, sem embargo de suas características enquanto normas,

Princípios, portanto, não são meros *standards*. São padrões que pautam e legitimam o poder político Estatal. Com bem adverte Lenio Streck, “uma comunidade política que estrutura seu direito num todo coerente de princípios legitima a força do poder político do Estado”⁷⁷⁰. E, nessa perspectiva, uma decisão judicial somente é legítima quando construída no bojo de um devido processo legal e fundamentada a partir de princípio(s) instituidor(es) da(s) regra(s) jurídica(s) aplicada(s) no caso concreto. Esses princípios, no entanto, não são construídos arbitrariamente. Eles se revelam com marcas que alicerçam a formação da história institucional do direito. Definitivamente, eles não são subjetivamente extraídos pelo intérprete a partir de um grau zero de sentido.

em particular à necessidade de composição de garantias contrastantes: outorgam direitos subjetivos às partes, senão *ope legis*, ao menos *ope iudicis*, e operam na conformação do processo (administrativo ou judicial)”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015. p. 389-390. Também no sentido de que os princípios constitucionais do processo civil veiculam direitos fundamentais, ver BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1: teoria geral do direito processual civil, p. 123.

⁷⁷⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 545.

3 A IMBRICAÇÃO ENTRE PROCESSO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO. O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DO (NOVO) PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO COMO BALIZADOR DA DIVISÃO DE TRABALHO ENTRE O JUIZ E AS PARTES NO PROCESSO CIVIL

A matriz hermenêutica que é pressuposta em todo o desenvolvimento da presente investigação impõe um encontro do direito processual com a tradição em que ele se desenvolveu, de modo a desvelar os prejuízos autênticos e inautênticos presentes no atual modelo de processo civil e de Estado Democrático de Direito. Somente a partir desse ponto de vista é que será possível aprofundar o questionamento acerca do sentido da Constituição, do Estado Democrático de Direito e da base principiológica que sustenta o (novo) processo civil brasileiro.

Tudo isso vem colocado diante de uma perspectiva que privilegia, na pergunta pelo sentido do processo civil, um questionamento prévio a respeito do sentido atribuído ao próprio Estado, o que, num segundo momento vai assumir vital importância, na medida em que reconhecida uma co-pertença entre Estado e Constituição. Falar do processo à luz do modelo constitucional importa, antes de mais nada, falar do processo civil *no* (e *do*) Estado em que ele é questionado. Isso quer dizer que toda pergunta sobre o processo civil pressupõe uma pré-compreensão acerca do Estado e da Constituição, o que nem sempre vem explicitado. O que não se pode admitir, de modo algum, é uma cisão entre processo civil e teoria do Estado ou entre processo civil e Constituição. A grande questão, aqui, é enxergar como, na curso da história, essa imbricação entre processo e Estado repercutiu no papel das partes e do juiz no processo⁷⁷¹.

Nesse intento, o Estado não deve ser compreendido como uma mera decorrência do direito ou da Constituição, mas como fenômeno ligado à realidade

⁷⁷¹ Essa perspectiva de estudo foi inaugurada em ensaio publicado anteriormente, cujo desenvolvimento é objeto da maior aprofundamento e reflexão no presente capítulo. A respeito, ver 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 o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul./set. 2011.

social⁷⁷², na qual também a Constituição aparece como um existencial. Em que pese não seja possível compreender o Estado sem levar em consideração a sua dimensão normativa, não é possível limitá-lo ao âmbito estrito da sua esfera jurídica⁷⁷³. Daí o acerto de Hermann Heller, para quem todo conhecimento sobre o Estado deve partir do pressuposto de que a vida estatal inclui sempre aquele que a investiga, que pertence a ela de um modo existencial⁷⁷⁴, o que, de certo modo, significa que o Estado não é um objeto que está à disposição daquele que se propõe a estudá-lo. Indivíduo, sociedade e Estado não estão cindidos nem separados na dinâmica da vida social, muito menos para o fenômeno jurídico. Do mesmo modo, o tratamento da questão constitucional encontra-se vinculado à reflexão acerca das circunstâncias do Estado na modernidade⁷⁷⁵, assim como teoria do Estado e Constituição afiguram-se indissociáveis, uma vez que “não pode existir Teoria do Estado à margem da Constituição”⁷⁷⁶.

⁷⁷² BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 49, p. 98, jul./dez. 2006.

⁷⁷³ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 48-49. Esse foi, de certo modo, o projeto de Hans Kelsen, que tentou unificar o direito e o Estado. Para ele, a conceituação de Estado e direito como figuras distintas geraria, como consequência, a distinção entre uma teoria sociológica e uma teoria jurídica do Estado, o que faria dele objeto de duas ciências totalmente distintas, com dualidade de métodos e diversidade de finalidades e questionamentos. Com efeito, no pensamento de Kelsen, seria impossível uma definição de Estado que o apresentasse como algo distinto do direito, razão pela qual seria “impossível dar uma definição não jurídica do Estado, em termos sociológicos ou psicológicos, por exemplo”. TROPER, Michel. *Por una teoría jurídica del estado*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez. Traducción de María Venegas Grau. Dykinson: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”, 2001. p. 122. Para solucionar esta problemática, Kelsen destaca como específico do Estado, do ponto de vista jurídico, o fato de este ser um sistema de normas. Assim, a existência objetiva do Estado seria a própria validade objetiva das normas que constituem a ordem estatal. Para Kelsen, o Estado é um sistema de normas, assim, não pode ser mais do que o ordenamento jurídico. As relações entre o Estado e o direito significam, para Kelsen, identidade entre ambos, ao identificar o Estado como o ordenamento jurídico positivo. Sendo o Estado o próprio ordenamento jurídico, a Teoria do Estado passa a ser possível enquanto disciplina jurídica, coincidindo com a Teoria do Direito. Dentro da sua teoria, Kelsen isola o Estado, concebido como equivalência ao ordenamento, da política, pois a política é a doutrina do Estado justo, ideal, distinguindo-se da Teoria do Estado, que é a doutrina do Estado possível, concreto e real, que é o direito positivo. E este é talvez, o grande problema da teoria kelseniana: a sua dedicação em despolitizar a Teoria do Estado, tendo em vista a impossibilidade da emancipação do conhecimento científico da realidade histórico-social. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 46-47.

⁷⁷⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, e Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 49.

⁷⁷⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 66.

⁷⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 271.

Dessa mútua implicação entre Estado e Constituição, pode-se afirmar que o processo somente pode ser adequadamente compreendido dentro do modelo de Estado em que está inserido. Permite-se, a partir daí, que a relação entre processo civil e Constituição deixe de ser analisada estritamente com base na questão relativa à normatividade constitucional, para que se possa questionar o conteúdo constitucional, forjado no bojo do Estado Democrático de Direito, que deve alicerçar o processo civil brasileiro.

Esse modo de encarar o fenômeno processual – à luz da teoria do Estado – tem como base a matriz de pensamento desenvolvida por *Mirjan Damaška*, que, embora tenha sido construída no bojo do sistema da *common law*, permite evidenciar os influxos entre processo civil e teoria do Estado. Com efeito, para Damaška é possível estabelecer conexões entre a fisionomia do processo e as concepções dominantes sobre o papel do Estado na sociedade, de modo que as ideias dominantes sobre o papel do Estado influenciam as concepções acerca dos escopos da justiça, o que, por sua vez, repercute diretamente nas escolhas das diversas soluções processuais⁷⁷⁷. Damaška identifica, nessa linha, duas tendências opostas sobre a função do Estado: a primeira é no sentido de haver um Estado que organiza a vida dos cidadãos e guia a vida da sociedade (Estado ativo), caso em que a administração da justiça aparece voltada à realização de programas de governo e à atuação de escolhas políticas do Estado; a segunda é no sentido de ter um Estado que mantém o equilíbrio social e fornece apenas um quadro para a auto-organização da sociedade e para a autodeterminação dos indivíduos (Estado reativo), hipótese na qual a administração da justiça tende a ser assimilada à resolução dos conflitos⁷⁷⁸. Tal distinção, segundo Taruffo, consegue inclusive superar, como forma de análise, a dicotomia *common law* e *civil law*⁷⁷⁹, tão cara ao desenvolvimento da cultura jurídica.

Com efeito, o Estado reativo teria como única tarefa fornecer uma estrutura na qual os cidadãos perseguem os escopos que eles mesmos escolhem. Os seus

⁷⁷⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 41.

⁷⁷⁸ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 41-42.

⁷⁷⁹ TARUFFO, Michele. Introduzione all'edizione italiana. DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 11.

instrumentos devem libertar as forças espontâneas da autogestão social. O Estado não conhece noções de interesse distinto dos interesses sociais e individuais (privados): não se tratam de problemas tipicamente estatais, mas somente problemas sociais e individuais. Deste Estado “minimalista” se diz frequentemente que se faz somente duas coisas: proteger a ordem e construir um fórum para a resolução dos conflitos que não podem ser suavizados pelos próprios cidadãos⁷⁸⁰.

O Estado ativo, por sua vez, assume ou persegue uma teoria global das condições de vida ideais, e tenta utilizá-la como base de programas teoricamente com tudo incluído de melhoramento moral e material dos cidadãos. Ao contrário da atitude reativa, inundado de ceticismo, o Estado ativo é repleto de otimismo. A sua missão postula a capacidade intelectual de distinguir finalidade digna de ser perseguida e de formular corretamente diretivas idôneas para atingi-la⁷⁸¹.

Com tal distinção, Damaška oferece uma profícua possibilidade de estudo do processo civil na sua relação com a teoria do Estado. No entanto, por trabalhar com modelos ideais, Damaška deixa de analisar os pormenores das diferentes feições assumidas pelo Estado moderno desde o seu advento. Isso não significa uma crítica à teoria do professor de Yale. Trata-se, portanto, de realçar a possibilidade de perquirir, a partir da perspectiva em que é realizada a sua pesquisa, a evolução histórica do direito processual civil, recorrendo não a modelos ideais de Estado, mas, sim, a tipos de Estado, por assim dizer, concretos. É claro que, ao modelo reativo traçado por Damaška, pode ser associado o Estado Liberal, assim como o Estado Social e o Estado Democrático encaixam-se muito bem no modelo ativo idealizado pelo professor croata. A grande questão é que modelos ideais são insuficientes para abarcar toda a complexidade do Estado Democrático de Direito, ainda mais se, para tanto, forem consideradas as peculiaridades do modelo Constitucional dirigente e compromissório brasileiro.

Nessa mesma linha, deve-se registrar que o conceito de Estado é um conceito histórico, e que pode ser parcialmente identificado em experiências que lhe são precedentes, e que vem sofrendo, desde o seu nascimento, diversas

⁷⁸⁰ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 136.

⁷⁸¹ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991. p. 147.

transformações⁷⁸². Tendo em vista que essas transformações do Estado repercutem sobremaneira no processo civil e na sua formação teórica, afigura-se muito importante traçar, ainda que de modo sintético, o perfil evolutivo do Estado e contrastá-lo com a evolução do processo civil.

Com efeito, o estudo do direito processual civil tendo o Estado como fio condutor da sua evolução suscita uma imprescindível abordagem desveladora dos marcos históricos e dos elementos que conduziram à noção do fenômeno estatal, demarcado pela ideia de um poder político soberano sobreposto às demais instâncias de poder dentro de um determinado território. Essa concepção de Estado nada mais é que um projeto próprio da modernidade, cuja primeira configuração é o chamado Estado Absolutista⁷⁸³. Os antecedentes e as bases desse tipo de Estado são cruciais para entender como, em seu bojo, se desenvolveu o direito, a jurisdição e o processo.

3.1 DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS À FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E O MODELO DE PROCESSO DESENVOLVIDO NO CURSO DA IDADE MÉDIA

Na antiguidade já era possível esboçar os alicerces da formação do Estado, embora com características bastante distintas daquelas que caracterizam o modelo atual. É naquela época que se pode encontrar o germe das reflexões sobre o fundamento da ordem política e sobre os limites do poder⁷⁸⁴. Principalmente com Aristóteles⁷⁸⁵, supera-se o pensamento de que a organização da comunidade política estivesse governada pela vontade dos deuses e, portanto, subtraída dos homens⁷⁸⁶. Em Roma⁷⁸⁷, desde a implantação da República em 529 a.C., também

⁷⁸² PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1, p. 15.

⁷⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1, p. 44.

⁷⁸⁴ RIDOLA, Paolo. O constitucionalismo: itinerários históricos e percursos conceituais. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 38, n. 121, p. 280, mar. 2011 ; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1, p. 55.

⁷⁸⁵ ARISTÓTELES. *Constituição dos atenienses*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003 ; ARISTÓTELES. *Política*. Oxonii: Clarendoniano, 1967. Sobre a democracia grega, ver RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 36, n. 114, jun. 2009.

⁷⁸⁶ RIDOLA, Paolo. O constitucionalismo: itinerários históricos e percursos conceituais. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 38, n. 121, p. 281, mar. 2011.

era possível falar de uma organização política, inicialmente alicerçada em elementos de contenção do poder sob certo aspecto semelhantes aos da experiência ateniense, e, depois, constituída a partir de um poder cada vez mais centralizados nas mãos do Imperador.

Quando o Império Romano entra em decadência, já era possível sentir, no campo jurídico, uma desfragmentação do poder⁷⁸⁸. Sintomática, pois, a preocupação de Justiniano com o grande número, extensão e variedade de comentários e tratados escritos por *jurisconsultos*, cuja autoridade procurou abolir com o seu *Corpus Juris Civilis*⁷⁸⁹. Desse modo, proibiu-se que fossem realizados comentários a sua compilação, considerada adequada para resolver qualquer problema legal, sendo, portanto, desnecessário o recurso à interpretação ou aos comentários dos eruditos legais⁷⁹⁰. Ainda em vida, Justiniano não obteve êxito em proibir a realização

⁷⁸⁷ Sobre os aspectos históricos da sociedade romana, ver FUSTEL DE COULANGES; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Hemus, 1975 ; GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1965 ; GUARINELLO, Norberto Luiz. *Imperialismo greco-romano*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1991 ; CARCOPINO, Jerome. *La vida cotidiana en Roma: en el apogeo del Imperio*. Buenos Aires: Hachette, 1942.

⁷⁸⁸ Conforme Biondo Biondi, “o direito pós-clássico termina com a compilação de Justiniano. É uma época de grande decadência seja no aspecto político, seja no aspecto jurídico. A atividade doutrinária dos juristas cai completamente, os quais cuidam de salvar e recolher o máximo possível da imensa produção legislativa e jurisprudencial da época precedente”. BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1952. p. 5.

⁷⁸⁹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 24. Conforme Merryman, “Justiniano, um imperador romano que residia em Constantinopla, ordenou a preparação do que agora se chama *Corpus Júrís Civilís*, sob a direção do jurista Triboniano. Primeiro, era um reacionário: considerava decadente a legislação romana de sua época; deseja resgatar o sistema legal romano de vários séculos de deterioração e restaurá-lo em sua prístina natureza e renome. Segundo, era um codificador: o acúmulo de material de autoridade ou quase de autoridade havia chegado a ser tão amplo e incluía tantas matizes e diferentes pontos de vistas, que pareceu desejável a Justiniano eliminar o que estava equivocado, obscuro ou repetitivo, para poder resolver conflitos e dúvidas e para organizar o que valia a pena conservar em uma codificação sistemática. Particularmente, Justiniano estava preocupado com o grande número, extensão e variedade de comentários e tratados escritos por eruditos legais (jurisconsultos)”. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 23-24.

⁷⁹⁰ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 24. Atribui-se a Savigny um certo exagero no que tange à proibição de interpretar imposta por Justiniano, o qual longe estava de estabelecer uma concepção exegética do *Corpus*. Nesse sentido, Mário Reis Marques afirma que, “durante muito tempo, o prestígio de Savigny levou os restantes historiadores a perfiarem a sua tese do caráter absoluto destas proibições. O ilustre historiador alemão atribui a Justiniano a pretensão de proibir a interpretação. Os juízes deveriam ser meros aplicadores da lei. Não foi este o entendimento das Escolas jurídicas da Idade Média, nem é o actual entendimento dos historiadores. Sustenta-se hoje que a tese de Savigny levaria ao absurdo, pois as proibições de Justiniano seriam irrealizáveis devido à incompatibilidade a estrutura casuística do *Corpus* e as referidas limitações. Dada a insuficiência do elemento literal sempre teria que existir interpretação judicial. Qual então o sentido das proibições de Justiniano? Atribui-se hoje um sentido diverso àquelas disposições. O que está na mente de Justiniano é o combate aos nefastos efeitos de uma interpretação excessivamente ampla que pudesse perverter o dado normativo. Proíbe-se a *perversio* das *leges*

de comentários ao *Corpus Juris Civilis*, o qual veio a cair em desuso a partir da Queda do Império Romano do Ocidente com as invasões bárbaras e a deposição do Imperador Rômulo Augusto.

Com o advento da Idade Média, não só o poder se fragmenta e, com isso, a própria ideia antiga de Estado, mas, também, o próprio Direito. Os povos bárbaros levaram consigo seus próprios costumes legais germânicos, que eram aplicados a eles mesmos e estavam baseados em sua norma jurídica de que a nacionalidade de uma pessoa a acompanha a toda a parte onde vai, de modo que as suas leis não se aplicavam aos povos conquistados⁷⁹¹. Para os germânicos, acima de toda experiência jurídica se coloca o conceito de nação, uma unidade étnica e mística, fundada sobre sangue e tradição de luta contra inimigos comuns. É deste ente coletivo que emana impessoalmente a lei, que representa o espírito de toda a organização social⁷⁹². Desse modo, durante o alto medievo (séc. V-XI d.c), também chamado de *idade das origens*⁷⁹³, a tarefa do príncipe era meramente formal e externa, consubstanciada no reconhecimento, tutela e garantia de uma norma já existente no costume popular: “o rei é ministro do povo e deve governar no interesse do povo”⁷⁹⁴. Essa realidade vai perdurar, porém com o crescimento da Igreja, já que os autores do século nono, apesar de escrever que a justiça teria o condão de impor ao rei a observância das leis, não tinham coragem para afirmar um poder direto do povo sobre o príncipe, motivo pelo qual cuidaram de reforçar o controle da Igreja⁷⁹⁵.

para que não haja perturbação da vida jurídica”. MARQUES, Mario Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 33.

⁷⁹¹ MERRYMAN, John Henry. *La tradicion jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 24.

⁷⁹² GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 30-31.

⁷⁹³ CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1965. p. 21.

⁷⁹⁴ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 31.

⁷⁹⁵ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 37. Realidade que vai gradativamente reforçar-se durante a Idade Média, como aponta Jorge Miranda: “O Cristianismo ou, talvez melhor, a Cristandade envolve toda a vida medieval e projecta-se no plano político sobretudo como exigência de limitação do poder – do poder que vem de Deus (*“Non est potestas nisi a Deo”*), que deve ser aferido por critérios de legitimidade e que deve ser usado para o bem comum (*Regnum non est propter regem, sed rex propter regnum*). É nesse elemento de ordem objectiva que reside a principal garantia das pessoas”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v.1, p. 60.

O renascimento medieval é marcado pela ascensão do feudalismo. Um dos fatores essenciais para essa mudança era a ineficácia do poder central⁷⁹⁶, o que constringia os particulares a apoiarem-se ao senhor para encontrar garantia, frente às transformações sociais e econômicas que acompanhavam profundos movimentos de transformações como a insegurança das guerras de expansão territorial da época. Era necessário que o Estado viesse a se tornar feudal para sobreviver⁷⁹⁷.

Desse modo, o senhor concedia uma terra em benefício do vassalo e este se obrigava a determinadas prestações como assistência, ajuda militar e fidelidade. O senhor, padre e soberano dos seus dependentes, exercia nos seus confrontos todas as funções públicas: era juiz, legislador e administrador ao mesmo tempo⁷⁹⁸. Era a privatização do poder e, por conseguinte, a substituição do conceito de *imperium por dominium*, em conexão com os princípios da família e da propriedade: investidura hereditária, direito de primogenitura, inalienabilidade do domínio territorial, sendo possível falar de um ordenamento jurídico sob regime patrimonial⁷⁹⁹ no qual direito privado e público se confundem, no qual jurisdição coincide com direito de propriedade⁸⁰⁰.

Esse era somente o primeiro passo de uma grande transformação. A característica mais viva com a qual o renascimento medieval era pré-anunciado de modo decisivo no curso do século XI, é a extraordinária variedade de novas estruturas políticas decorrentes do princípio associativo⁸⁰¹. Surgem as comunidades de habitantes, comunidades rurais e corporações mercantis. É o período da organização e consolidação jurídica desse desenvolvimento. A nova sociedade, cujas existências e responsabilidades são reconhecidas, conquista também os

⁷⁹⁶ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 44.

⁷⁹⁷ CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1965. p. 72.

⁷⁹⁸ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p.41.

⁷⁹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v.1, p.61.

⁸⁰⁰ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 41.

⁸⁰¹ CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1965. p. 93. O princípio associativo surge em direta contraposição ao arbítrio do senhor feudal, que havia se transformado em inimigo e opressor: “daí surgem as associações: uniões de grupos de cidadãos, mercadores, militares, artesãos, para a defesa dos próprios interesses. Associações, que assumem as formas mais variadas: confrarias, corporações, sociedades mercantis, comunidades”. GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 44).

meios financeiros de seu funcionamento⁸⁰². O século XI e a primeira metade do século XII ficam conhecidos como a fase do desenvolvimento selvagem das cidades⁸⁰³.

A estrutura simples da velha sociedade proto-medieval torna-se complexa e vai demandar esquemas gerais capazes de ordená-la⁸⁰⁴. No entanto, o quadro político mostrava um príncipe inerte, incapaz de assumir a frente das questões jurídicas⁸⁰⁵, até porque dissolvida a própria ideia de Estado⁸⁰⁶. Este passava a ser um “Estado-Feudal”, no qual se manifestava uma pluralidade de poderes, que deu

⁸⁰² Esse processo, no entanto, é gradual, pois, inicialmente, “as cidades permanecem no *dominium* de um ou vários senhores, conde, duques ou visconde, bispo, arcebispo ou abada, e o rei, imediatamente no domínio monárquico que aumenta consideravelmente durante o período, e em toda parte, em virtude de seu direito eminente. Esses senhores abandonam parte de seus direitos às comunidades urbanas ascendentes, realizam partilhas, acordos, mas conservam seus direitos de alta justiça, a cobrança de certas obrigações e, na teoria e na prática, a comunidade urbana não pode em muitos casos decidir e agir sem o consentimento deles [...] Em princípio todos os direitos e poderes reconhecidos pelos senhores às comunidades urbanas o são por ‘boa vontade’ de sua parte. Eles ‘outorgam’, ‘concedem’. LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 79-80.

⁸⁰³ LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 79. Em passagem bastante esclarecedora, Padoa-Schioppa afirma que o crescimento demográfico apontado a partir do século XI destinou-se a prosseguir por cerca de três séculos, ao que se acompanhou um aumento da produção agrária, sobretudo, com a extensão das terras cultivadas e com a adoção de novas técnicas, tudo isso aliado ao desenvolvimento de um intenso comércio de longa distância entre as diversas regiões da Europa e do Oriente Mediterrâneo. Tudo isso demandou um novo direito. PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Il diritto nella storia d’Europa: Il medioevo*. Padova: CEDAM, 1995. pt. 1, p. 195. Não é por menos que historiadores, como é o caso de Marc Bloch, vão dizer que é um erro tratar a civilização feudal “como se constituísse, no tempo, um bloco de uma só peça”, em razão de “uma série de transformações muito profundas e muito gerais pelos meados do século XI”, ao ponto de se afirmar que “houve duas idades ‘feudais’ sucessivas, de características muito diferentes”. BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. 2. ed. Tradução de Liz Silva. Lisboa: Edições 70, 1987. p. 77. Sobre o desenvolvimento econômico e social da idade média, ver PIRENNE, Henri. *História econômica e social da idade média*. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. 4. ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

⁸⁰⁴ GROSSI, Paolo. *L’ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002. p. 152.

⁸⁰⁵ GROSSI, Paolo. *L’ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002. p. 153. A diferença da força da monarquia francesa em relação à monarquia inglesa é notável: “La monarquía francesa fue débil hasta El reinado de Felipe Augusto (1180-1223) y solo podía ejercer La soberanía plena en sus antiguos señoríos de la Isla de Francia. La monarquía anglonormanda, en cambio, era fuerte, sobre todo en tiempos de Enrique II (1154-1189), con quien se inició El Imperio angevino, y posiblemente contaba con La administración más desarrollada de Occidente en aquella época, si prescindimos de La cúria pontificia. GÓMEZ, Francisco Ruiz. *Introducción a la historia medieval: epistemología, metodología y síntesis*. Madrid: Editorial Síntesis, 1998. p. 227.

⁸⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1, p. 61. O príncipe, pois, encontrava-se num plano de igualdade com os senhores feudais e o seu poder era limitado por elementos de natureza ético-religiosas e sociais, verificados nos estamentos eclesiástico e nobiliárquico. Estava, portanto, vinculado ao complexo entrelaçado de direitos e deveres que caracterizava a sociedade medieval. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 34 ; HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 231.

origem a várias figuras e a complexas relações hierárquicas, sem unidade solidamente constituída⁸⁰⁷.

A tarefa de lidar com as questões jurídicas coube, então, à ciência⁸⁰⁸. Nessa senda, a “redescoberta” do direito romano e o estudo do *Digesto* apareciam como solução à exigência de edificação de um direito que, sem traduzir os fatos, fosse ordenado aos fatos e os ordenassem em esquemas universais⁸⁰⁹.

Esse movimento de renovação do direito romano iniciou em Bolonha⁸¹⁰, escola fincada em um movimento cultural geral que, no decurso do século XI, “avança em busca das camadas mais profundas da cultura antiga”⁸¹¹. Recensão crítica do *Digesto* justinianeu, nas últimas décadas do século XI, texto que veio a ser conhecido como a “Vulgata do Digesto” e que se tornaria o texto escolar básico do *ius civile* europeu⁸¹². Em contrapartida à falta de um poder político central e com autoridade para estabelecer um novo direito capaz de dar conta das necessidades da época, “o direito Justiniano poderia ser o momento de validade, que ao discurso da ciência jurídica faltava; um

⁸⁰⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do Estado*. Tradução portuguesa de Antònio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957. Conforme Jorge Miranda, “ordem hierárquica da sociedade traduz-se numa hierarquia de titularidade e exercício do poder político, numa cadeia de soberanos e vassallos, ligados por vínculos contratuais. A realeza, muito longínqua, fica reduzida a uma dignidade ou prerrogativa no cimo da ordem feudal, tendo a seu favor apenas o título ou a extensão do domínio”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1, p. 61.

⁸⁰⁸ Essa perspectiva é bem traçada por Paolo Grossi: “se o príncipe renunciou a fazer-se intérprete, ou o fez raramente, fragmentariamente, a ciência colmatou o espaço e fez, por excelência a *interpretativo*: não se tratou de expropriação de poderes, se tratou acima de tudo de uma suplência. Foi uma suplência custosa, cheia de problemas, fonte de ambigüidades e ainda de antinomias. [...] ao lado do principado de quem detinha o poder político, a ciência jurídica adquiriu por todo o segundo medievo o seu *principatus*; certamente sem território e sem milícia, universal, *por orbem terrarum*, fato de prestígio e de poder, de presença ativa na sociedade e de consciência do próprio papel propulsivo. Ao início dos Duzentos o exprimia bem um dos mais grandes juristas do momento, o bolonhês Azzone, que, ao início de uma *Summa*, exposição sistemática do patrimônio jurídico sobre as *Istituzioni* de Justiniano, contemplava com aberta satisfação o princípio espiritual e intelectual da classe dos juristas sobre o mundo: “*iuris professores per orbem terrarum facit solemnieter principari*”. GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002. p. 153.

⁸⁰⁹ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002. p. 155.

⁸¹⁰ MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 26.

⁸¹¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 38.

⁸¹² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 39. Segundo Gilissen “o elemento comum aos direitos romanistas é a influência exercida sobre o seu desenvolvimento pela ciência do direito que foi elaborada nas universidades a partir do século XII. Aí, o ensino do direito é quase exclusivamente baseado no estudo do direito romano, mais especialmente da codificação da época de Justiniano, que então foi baptizado de *Corpus iuris civilis*”. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 203.

momento forte de validade”⁸¹³, que levava consigo “não somente a autoridade do Papa e do Imperador, mas também a autoridade de uma civilização e inteligência obviamente superiores”⁸¹⁴. O direito romano, com efeito, passava a ser visto como “um fundamento mais seguro para uma ética político-social da época”, constituindo-se no “direito da comunidade jurídica humana”⁸¹⁵.

Logo, Bolonha e as demais universidades do norte da Itália tornaram-se o centro legal do mundo ocidental, recebendo pessoas de todos os cantos da Europa, que vinham estudar o direito ensinado, ou seja, o *Corpus Juris Civilis*, o que fez com que o direito civil romano e a obra dos glosadores e dos comentadores⁸¹⁶ se tornassem a base de um direito comum Europeu⁸¹⁷. A ideia de um *direito comum*, no

⁸¹³ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002. p. 157. O direito Justiniano poderia ser reconhecido não somente como a projeção jurídica de uma unidade imperial ainda presente e operante nos séculos XI-XII, “mas, acima de tudo, se tratava de um complexo normativo imantado de sacralidade e venerabilidade: sacralidade, porque seu promovedor e promulgador era um príncipe católico, Justiniano I, o qual tinha impregnado a compilação com seu papel de defensor da fé e tinha deixado traços vistosos da adesão plena à dogmática cristã (se pensados os títulos do *Codex* sobre Trindade e sobre *sacrosanctae ecclesiae*); venerabilidade, porque se trata de um complexo normativo relativo a uma antiguidade considerada como remota e fabulosa e por isso imantado daquela indiscutível respeitabilidade que o sedimentar do séculos conferiu-lhe aos olhos dos observadores medievais”. GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002. p. 157.

⁸¹⁴ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 27. Conforme Merryman, “existiam várias razões para dar atenção preferente ao *Corpus Juris Civilis* e desatender a outros corpos jurídicos disponíveis: primeiro, a concepção do Sacro Império Romano era muito forte e vívida na Itália do século XII; Justiniano era considerado como um Sacro Imperador Romano e ao seu *Corpus Juris Civilis* se dava o tratamento da legislação imperial. Como tal, tinha a autoridade do Papa e do Imperador temporal detrás dela. Isto a convertia em uma legislação muito mais poderosa e de muito maior alcance que a de qualquer príncipe regional, os regramentos de qualquer corporação ou os costumes do lugar. Segundo, os juristas reconheciam a alta qualidade intelectual do *Corpus Juris Civilis*. Consideravam que esta obra, a qual chamava de ‘razão escrita’, era superior às compilações barbarizadas que se puseram em uso durante a dominação germânica. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 26-27.

⁸¹⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 45.

⁸¹⁶ Especificamente no que concerne aos comentadores, tratava-se de uma geração de letrados que se seguiu aos glosadores: os denominados comentadores, práticos ou conciliadores. Eles tiveram papel decisivo em converter o direito justiniano em direito comum para a Europa continental, ao mesmo tempo em que reduziram a multidão dos direitos não romanos da Europa à forma mental da sua ciência. Vale dizer, os comentadores não se imiscuíram de levar a cabo uma clarificação precisa das relações do *jus commune* romano com o *jus speciale* local e feudal longobardo, explorando disciplinas e instituições faltantes no direito romano. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 80-83.

⁸¹⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal system of Europe and Latin America*. Stanford, California: Stanford University Press, 2007. p. 27.

entanto, “pressupõe a existência de um outro ou de vários outros direitos com o qual ou com as quais estabeleça determinadas relações”⁸¹⁸.

Isso se dava com a concorrência entre o direito comum aplicado independente do lugar que o autor da violação ocupasse na hierarquia feudal, e o direito particular ou, melhor, os vários direitos particulares, consistentes em leis locais, leis aplicadas a tipos particulares de pessoas (nobres, mercadores, servos, clero, católicos, etc.) ou ainda a particulares tipos de bens e relações⁸¹⁹. Um exemplo notável é o direito dos mercadores, cuja construção teórica e legal passava ao largo do direito comum romano e do direito canônico, incapazes de compreender a nova realidade econômica, que exigia um espaço jurídico protegido onde os seus costumes pudessem se impor ao *ius commune*⁸²⁰.

O problema do *particularismo jurídico*⁸²¹ era um reflexo da questão do poder, que permanecia “encapsulado em arranjos políticos caracterizados pela coexistência de centros de poder com pretensão de universalidade, como o Império e o Papado, com a

⁸¹⁸ MARQUES, Mario Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 15. Afirma o autor que “na Europa Cristã, a par do direito romano existem ainda o canônico e o direito das diversas entidades superiores (territórios, cidades, etc.). Se os primeiros glosadores ignoraram os *iura propria*, os civilistas posteriores tiveram que enfrentar a realidade, reconhecendo progressivamente o costume, depois os estatutos e, finalmente, as leis. É nesta fase, quando os direitos particulares são reconhecidos como verdadeiros direitos (*iura propria*), que a identificação do direito romano com o *ius commune* ganha todo o sentido. De facto, a ideia de um direito comum reclama uma complexa tensão entre uma unidade superior e a multiplicidade das partes constituintes do sistema jurídico”. MARQUES, Mario Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 15.

⁸¹⁹ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976. p. 28-34; GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002. p. 223-226; PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Il diritto nella storia d'Europa: Il medioevo*. Padova: CEDAM, 1995. pt. 1, p. 158-159.

⁸²⁰ MARQUES, Mario Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 57. Tratava-se de um direito, pois, “criado pela classe mercantil, sem medição da sociedade política”. MARQUES, Mario Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 56, que surgia em face das necessidades da mercância e da inexistência de instrumentos jurídicos hauridos do direito romano capazes de administrá-las. Emblemático, nesse sentido, é o exemplo dos títulos de crédito, surgidos da imperiosa necessidade de conferir segurança na circulação de riquezas. Nesse sentido, Alfredo Zevi assevera que “à exigência comercial de objetivar e materializar o crédito, especialmente em relação à rápida circulação fiduciária desse, surge exatamente o instituto dos títulos de crédito”. ZENI, Alfredo. *L'influenza della causa nei titoli circolanti*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1921 p. 8. Estes, com efeito, evitam o transporte de dinheiro ou moeda, servindo de conversão, logo ato de câmbio, e mais precisamente, como instrumento de crédito. ANDREOTTI NETO, Nello. *Direito comercial*. São Paulo: Rideel, [1976?]. p. 520.

⁸²¹ Segundo Tarello, “a expressão ‘particularismo jurídico’ foi inventada e começou a circular pelos juristas positivistas do oitocentos, propriamente a fim de contrapor a feliz situação do direito codificado àquela, infeliz, que o precedia; e, de fato, circulou com maior frequência na literatura histórico-jurídica francesa e italiana que na alemã [...] Por ‘particularismo jurídico’ se entende a falta de unitariedade e de coerência do conjunto das leis vigentes e uma dada esfera espaço temporal, identificada depois a um juízo de valor segundo o qual naquela mesma esfera deveria ser ou se esperaria que fosse, unidade e coerência de leis. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976. p. 28-29.

estrutura fragmentada da sociedade e da organização feudal⁸²². A ideia de soberania ainda era incipiente⁸²³ e o direito não era um atributo do Estado. Pelo contrário, o Estado era uma criação do Direito, o qual, por isso mesmo, estaria acima do Estado⁸²⁴.

O papel desempenhado pela legislação naquele período e durante toda a baixa Idade Média era secundário inclusive na *civil law*, como bem lembra René David, segundo o qual predominava a ideia de que o direito existia independente dos comandos da autoridade⁸²⁵. A ordem legal do medievo era “uma ordem de matriz consuetudinária em que notariado e jurisprudência prática por primeiro, doutrina de mestres posteriormente, organizavam, categorizavam, sistematizavam”. Não se tratava, conforme Paolo Grossi, de uma “ordem legal, que cai do alto e que a sociedade sente como estranha ou mesmo hostil, não uma ordem geral e abstrata separada da experiência e submetida ao risco constante de se tornar como uma casca seca”⁸²⁶.

No que tange ao estudo do direito processual, a Idade Média revela uma experiência bastante frutífera, mormente a partir da obra dos glosadores, responsáveis, segundo Calasso, de ter impostado com clareza de pressupostos bases publicísticas que iriam maturar com o tempo uma fecunda autonomia científica à matéria⁸²⁷. É de Búlgaro⁸²⁸ a conhecida frase “*Iudicium accipitur actus ad minus trium personarum, scilicet actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognosentis*”

⁸²² RIDOLA, Paolo. O constitucionalismo: itinerários históricos e percursos conceituais. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 38, n. 121, p. 283, mar. 2011.

⁸²³ Sobre a evolução histórica do conceito de soberania, ver GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951.

⁸²⁴ CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1965. p. 260. Segundo Calasso, “enquanto nós hoje, acostumamos-nos a ver no Estado apenas a única fonte do direito, somos obrigados a considerar o direito como uma criação do Estado (estatalidade do direito), e, por conseguinte, colocamos o Estado acima do direito, esta concepção foi estranha a tudo na ciência jurídica medieval: a qual ao contrário, inverte aquela relação, considerando o Estado como uma criação do direito, e colocando por isso mesmo o direito acima do Estado”. CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1965. p. 259-260.

⁸²⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 48.

⁸²⁶ GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*. *Revista Sequência*, [S.l.], n. 55, p. 16, dez. 2007.

⁸²⁷ CALASSO, Francesco. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1965. p. 206.

⁸²⁸ Cabe à Búlgaro, também, uma série de elementos atinentes à teoria do Estado e da soberania durante a Idade Média, superando, inclusive, a ideia de que a relação entre Estado e sociedade é uma relação de propriedade, pois, segundo o conhecido glosador, trata-se de uma questão de *iurisdictio*. Sobre o tema, ver, GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 56 e seguintes.

definidora daquilo que hoje se conhece por processo⁸²⁹. É também na expressão *iudicium* ou *ordo iudiciarius* que se traduz o cerne do processo medieval⁸³⁰.

O *ordo iudiciarius* era considerado manifestação de uma razão prática e social realizada no tempo através da colaboração das praxes criadas pelos tribunais e pela doutrina. Com o seu caráter público, argumentativo e justificativo representava um capítulo da retórica e da ética, reconhecendo-se ao processo natureza originária e, de certo modo, extra-estatal⁸³¹, sendo, pois, incompatível com a ideia de que o legislador pudesse regular um setor que é manifestação de uma razão prática, pública e social⁸³².

Para tudo isso confluía não somente a ausência da figura do Estado, mas a consequência dessa falta no plano do Direito, que não era visto como "fruto da vontade desse ou daquele poder político contingente, desse ou daquele Príncipe, mas como uma realidade historicamente e logicamente antecedente, que nasce nas vastas espirais do social, com esse se mistura, desse se incorpora"⁸³³. Soma-se a isso a redescoberta dos textos Aristotélicos⁸³⁴ e o equilíbrio que os juristas

⁸²⁹ PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 35.

⁸³⁰ Sobre a dicotomia *iudicium* e *processus*, ver PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33 e seguintes. Ainda sobre o tema, Alessandro Giuliani traça a seguinte contraposição entre *iudicium (ordem isonômica)* e *processus (ordem assimétrica)*: "a história do processo é percorrida pelo perene conflito entre retórica e lógica, que reflete duas concepções opostas de ordem, que definimos como 'ordem isonômica' e 'ordem assimétrica'. Estas são as bases representativas do *ordo iudiciarius medioevale* e do *processus* no sentido moderno: se os princípios do *ordo medioevale* dependem da retórica, os princípios do *processus iudicarii* – conexos ao processo prussiano do século XVIII - dependem da lógica. Nos dois modelos a mesma terminologia (ônus da prova, presunção, fato) tem um significado diverso, que reflete a distância nas soluções de questões fundamentais, como aquela relativa aos poderes supletivos do juiz. No *ordo* medieval (*iudex non potest in facto supplere*) a *supplenza* constitui uma violação da neutralidade e imparcialidade do juiz; na ordem isonômica – baseada no princípio do contraditório - as partes têm um igual ônus da prova, entendido como ônus da persuasão. No *processus* ao contrário cabe ao juiz pilotar o processo segundo o ideal *leibniziano* do juiz *advocatus partium generalis*: a ordem assimétrica legitima a suplência do juiz". GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su um modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 43, pt. 2, p. 600-601, 1988.

⁸³¹ PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.

⁸³² GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su um modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 43, pt. 2, p. 603, 1988.

⁸³³ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 30.

⁸³⁴ Sobre a relação entre *iudicium* e a lógica aristotélica, Picardi afirma que "para o *iudicium* não pode ser aplicado o silogismo científico, a lógica do verdadeiro-falso; o raciocínio *more iuridico* apresenta-se, por eleição, como lógica do 'provável'. Partindo de uma angulação tópica, compreende-se bem como o interesse dos processualistas da época era dirigido, sobretudo, ao procedimento probatório – considerado como um procedimento de pesquisa conduzido em termos negativos – e ao estudo da patologia da argumentação, para descobrir o erro e o abuso".

medievais, notadamente os comentadores, procuravam estabelecer entre o direito e a realidade, de modo que tencionavam, simultaneamente, uma natureza teórica e uma intencionalidade de carácter prático⁸³⁵. Para os juristas medievais o termo *prudentia* mantinha o seu significado romano, de um saber que tende para a ação, ou seja, saber agir a partir da verdade das coisas, o que refletiu na problemática da *interpretatio*, concebida como uma atividade substancialmente criativa estimulada pela necessidade de fazer evoluir o direito⁸³⁶.

Com isso, o fundamento do procedimento medieval era representado pelo “*princípio do contraditório*”, em uma espécie de metodologia de busca da verdade, resolvia na *ars opponendi et respondendi*, em uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes, a partir do método tópico de investigação⁸³⁷. A valorização do contraditório como momento fundamental do juízo⁸³⁸, bem como a concepção do *ordo iudiciarius* medieval como ordem isonômica, em que juiz e as partes criavam o direito, é, sem dúvida, um reflexo dos aspectos políticos do medievo e marcam, pois, a relação entre o poder, o direito e processo.

PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46-47. A ruptura trazida com o redescobrimiento dos textos aristotélicos a partir do século XII é retratada por Mário Reis Marques nos seguintes termos: "No início do século conhecem-se algumas obras de lógica: as *Categorias* e o tratado *Sobre a interpretação*. Os restantes tratados aristotélicos relativos à lógica, à filosofia natural e à metafísica vão sendo traduzidos progressivamente. Assim, a *Ética a nicómaco* circula em latim no século XII. Embora o aristotelismo nunca tenha conseguido alcançar o monopólio do pensamento ocidental, o certo é que através da mensagem que comporta a ordem do mundo se apresenta como um primeiro dado, a única ordem que pode ser pensada. Saindo do campo da pura interioridade da alma. Aristóteles aproxima-se do mundo sensível. As ideias platónicas, deixando de viver hipostasiadas, quase como seres mitológicos, baixam às coisas. As formas aristotélicas (ideias), como elementos activos que fundam a matéria, vivem unidas a esta. Forma e matéria são inseparáveis: a essência de uma coisa não é separável da própria coisa. Cada ser tem o seu próprio valor. Esta concepção, que torna inaceitável a ruptura entre o mundo imperfeito e o mundo supra-sensível, sustenta uma nova atitude perante as realidades sensíveis e os factos". MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 29-30.

⁸³⁵ MARQUES, Mario Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 45.

⁸³⁶ MARQUES, Mario Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 45-46. Acerca do conceito de prudência no mundo romano e de *phronesis* na cultura grega, consultar BARZOTTO, Luis Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. *Revista Direito & Justiça*: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 23, p. 221-249, 2001.

⁸³⁷ PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.

⁸³⁸ PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.143.

3.2 O FIM DA IDADE MÉDIA, O NASCIMENTO DAS PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS DO ESTADO MODERNO COMO ESTADO ABSOLUTISTA E O SEU RESPECTIVO MODELO DE PROCESSO CIVIL

O fim da idade média se deu a partir da grande ruptura decorrente de um processo que se iniciou no século XIV, no plano antropológico, político e social, redundante na emergência do individual e no surgimento de novas forças que sepultaram o medieval e deram sustentação à modernidade, um universo cujos protagonistas passam a ser o indivíduo e o Estado⁸³⁹. É na filosofia de Descartes que se assentam os alicerces para o devir desse novo mundo, agora moderno, em que figura um novo homem, um 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”⁸⁴⁰. A modernidade marcará a “insularidade do sujeito”⁸⁴¹, a revelação da autonomia individual, com a completa libertação do homem da autoridade, que o tinha sufocado o espírito durante o medieval. A partir dessa concepção o Estado passa a ser um produto do espírito criativo do homem e da sua virtude, “uma obra de arte, que longe de se colocar em oposição ao indivíduo como autoridade heterônoma se apresentava como a mais perfeita realização, no quadro da visão aristotélica, da sua liberdade”⁸⁴².

No que interessa à formação do Estado moderno, essa ruptura com as antigas estruturas medievais começa com uma percepção, ainda na idade média, de que a função legislativa se contrapõe à função executiva-jurisdicional, de natureza secundária e subordinada. Essa distinção é atribuída à Marsílio de Pádua, considerado o precursor isolado do Estado contemporâneo, para o qual o legislativo exerceria um controle sobre o poder executivo, cuja função seria exclusivamente a de servir como instrumento do legislador humano. Com isso, buscava afirmar a

⁸³⁹ GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista Sequência*, [S.l.], n. 55, p. 20-22, dez. 2007.

⁸⁴⁰ GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista Sequência*, [S.l.], n. 55, p. 22-23, dez. 2007.

⁸⁴¹ GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età Moderna*. *Revista Sequência*, [S.l.], n. 55, p. 24, dez. 2007.

⁸⁴² GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 127.

soberania do povo como comunidade unitária, garantindo o máximo respeito à lei⁸⁴³. Marsílio, todavia, não chegou a visualizar o Estado a partir de uma definição unitária, como pessoa jurídica, ideia que pode ser atribuída aos comentadores, especialmente Baldo, responsável por enquadrar o Estado como o ente com uma unidade distinta de cada um dos membros componentes e que não tolera outra comunidade autônoma no seu sentido, que se coloca como eterna e perpétua através das variações dos seus componentes⁸⁴⁴.

Ainda no tocante ao processo histórico de ascensão do Estado, pode-se dizer que esse caminho é marcado, por um lado, pela luta dos monarcas contra a Igreja e o Império, os quais representavam o aspecto unitário da Idade Média, fundado na aspiração de uma organização política universal: o papa, para as coisas espirituais, e o sagrado imperador romano, para as coisas temporais, simbolizando a fundamental unidade da família humana⁸⁴⁵. O poder da Igreja é gradualmente colocado em xeque, sendo possível visualizar as origens desse movimento também em Marsílio de Pádua⁸⁴⁶, o qual afirmava que o imperador, e não o papa, era o princípio responsável diante de Deus por manter a paz entre os homens. Desse modo, por ser a missão do papa meramente espiritual, a Igreja não poderia encerrar a titularidade de propriedades, nem gozar de imunidades e privilégios⁸⁴⁷.

Com isso, o aspecto da unidade medieval ia se fragmentando, ao mesmo tempo em que o aspecto fragmentário do poder⁸⁴⁸ – que não se concentrava, pois, nas mãos de uma só entidade ou pessoa, mas era parcelado entre o império, os

⁸⁴³ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 100-101.

⁸⁴⁴ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 120-121.

⁸⁴⁵ PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1, p. 17.

⁸⁴⁶ Além de Marsílio de Pádua, pode-se visualizar também em Dante o rompimento com a tradição medieval da unidade do temporal e do espiritual. Assim, no terceiro livro da *Monarquia*, Dante procura demonstrar que o poder do Imperador provém diretamente de Deus e não da mediação papal. Elucidativa neste aspecto é a caracterização do Imperador e do Papa como os dois sóis romanos, em contraste com a alegoria tradicional que via apenas no Papa o sol e o Imperador como a lua. PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1. p. 25-26.

⁸⁴⁷ CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 108.

⁸⁴⁸ O cenário medieval espelhava uma dualidade ente unidade e fragmentação, na medida em que a questão do poder encontrava-se “encapsulado em arranjos políticos caracterizados pela coexistência de centros de poder com pretensão de universalidade, como o Império e o Papado, com a estrutura fragmentada da sociedade e da organização feudal”. RIDOLA, Paolo. O constitucionalismo: itinerários históricos e percursos conceituais. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 38, n. 121, p. 283, mar. 2011.

reinos, os feudos, as cidades, as corporações, etc. – também se derruíam⁸⁴⁹. Assim, à medida que se aproximava a vitória na luta contra a universalidade da Igreja e do Império, os monarcas também faziam avanços contra o particularismo feudal⁸⁵⁰, sendo possível falar que os dois processos estavam interligados⁸⁵¹.

Mas é com as novas concepções de mundo, que a obrigatoriedade da lei, fundada durante a idade média em elementos conteudísticos e formais, vai restringir-se à forma, mais precisamente, no soberano. Nessa linha, Maquiavel, criador do conceito de Estado como ente unitário e autônomo, plenamente soberano sobre o seu território, e Jean Bodin, responsável pelo conceito de soberania, vão, por caminhos distintos, trilhar os elementos nucleares do conceito de Estado, residindo aí, principalmente, o conceito de soberania⁸⁵².

Com Jean Bodin, portanto, o príncipe fica isento da autoridade da lei, ao mesmo tempo que o termo latino *ley* passa a implicar o mandato de quem tem a

⁸⁴⁹ PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1, p. 17. Conforme o autor italiano, “esses vários poderes não tinham relações recíprocas, mas todos confluíam nas supremas autoridades papal e imperial, derivavam delas, e era na ordem universal a que pertenciam aqueles altos poderes, que encontravam o seu fundamento. E no, entanto mantinham-se clara a autonomia e, até certo ponto, a independência de cada poder relativamente ao que lhe era inferior, não podendo este último suprimir, arbitrariamente, o primeiro ou diminuir-lhe os poderes”. idem. Ibidem).

⁸⁵⁰ A existência de um poder fragmentado na Idade Média era acompanhada também por uma fragmentação do fenômeno jurídico. Com efeito, ao lado do chamado direito comum (direito civil romano lido a partir dos glosadores e comentadores) aplicado independente do lugar que o autor da violação ocupasse na hierarquia feudal, existia o direito particular, ou melhor, os vários direitos particulares, consistentes em leis locais, leis aplicadas a tipos particulares de pessoas (nobres, mercadores, servos, clero, católicos, etc.) ou ainda a particulares tipos de bens e relações TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976, p. 28-34. GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002. p. 223-226. PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Il diritto nella storia d'Europa: Il medioevo*. Padova: CEDAM, 1995. pt. 1, p. 158-159), o que autorizou os juristas dos séculos posteriores a falar em um particularismo jurídico medieval (TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976, p. 28-29).

⁸⁵¹ CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do estado*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 123.

⁸⁵² O conceito de soberania pode ser surpreendido a partir de duas perspectivas. Em sentido geral, remete à ideia de supremacia, de “*vértice preposto a uma escala hierárquica de poder*” identificando-se no adjetivo baixo-latim *superaneus*. MARRAMAO, Giacomo. *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000. p. 280. Em sentido específico, denota um processo de racionalização do poder político, indicativo do acontecimento histórico do Estado Moderno, da transformação da força em lei e da atribuição do poder a uma *auctoritas* dotada de impessoalidade e indivisibilidade. MARRAMAO, Giacomo. *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000. p. 281. Ainda sobre o adjetivo *superaneus*, Mario Justo Lopez afirma que essa palavra era utilizada na Idade Média para designar qualquer funcionário investido de autoridade superior. A expressão se alcunhou inicialmente em francês como *souverain* – como título que se dava ao rei, ainda que não somente a ele – antes de assumir a forma *souveraineté*. LOPEZ, Mario Justo. *La soberania*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1967. p. 12.

soberania⁸⁵³. Fica o soberano, assim, árbitro absoluto do conteúdo da lei, nele residindo a origem de todo o ordenamento⁸⁵⁴. Daí Marramao afirmar que “dessa vinculação do carácter absoluto (mas *não* ‘ilimitado’ da *summa potestas* ao momento da criação (ou revogação) do direito consiste a quinta essência de toda *versão jurídica* da soberania, da qual a obra de Bodin – que foi um jurista no sentido mais restrito da palavra – representa o protótipo”⁸⁵⁵.

Assentava-se, assim, o conceito clássico de soberania “como um poder juridicamente incontestável pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas”⁸⁵⁶. A superação do poder da igreja e do império, bem como a concentração do poder a partir do conceito de soberania constitui-se, por sua vez, uma empresa levada a efeito principalmente pelos reis⁸⁵⁷, razão pela qual a monarquia apresentou-se como forma fundamental do Estado moderno⁸⁵⁸.

Nesse caminho, o Estado se constitui como um ente unitário e autônomo, plenamente soberano sobre seu território, que afirma a sua superioridade interna sobre todos os grupos inferiores particulares. A sua liberdade, a sua soberania é absolutamente plena e exclusiva no âmbito do seu território. Os velhos vínculos do direito natural, do império, da igreja e das corporações são todos caídos. Nenhum campo é agora impedido da sua ação⁸⁵⁹.

Desse modo o novo conceito de Estado iria encontrar na soberania sua medula espinhal⁸⁶⁰, recebendo o adjetivo de “absolutista”⁸⁶¹, expressão carente de

⁸⁵³ BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. Selección, traducción e introducción de Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973. p. 52.

⁸⁵⁴ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 136.

⁸⁵⁵ MARRAMAIO, Giacomo. *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000. p. 284.

⁸⁵⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 27.

⁸⁵⁷ Conforme Martin Creveld “dizer, portanto, como faz a maioria dos historiadores, que foi o Estado que sobrepujou a Igreja, o Império, a nobreza e as cidades, é incorreto. De fato, isso foi realização de reis com mentalidade autocrática; ou, como na Alemanha, de governantes cujos títulos não eram tão elevados mas cujas posições perante a própria sociedade e seus colegas tinham um carácter essencialmente monárquico. CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do estado*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 177.

⁸⁵⁸ CUEVA, Mario de la. *La idea del estado*. México: Fondo de cultura económica, 1996. p. 48.

⁸⁵⁹ GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951. p. 131-132.

⁸⁶⁰ LOPEZ, Mario Justo. *La soberania*. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1967. p. 15.

precisão, uma vez que nenhum Estado existe à margem do direito, assim como nenhum governante deixa de estar vinculado às normas que o titulam como tal⁸⁶². Sua característica fundamental era a concentração de todo poder na pessoa do rei, que ostentava, sobre o território, títulos quase privados e, sobre os súditos, uma autoridade praticamente ilimitada, integrando em si todas as funções estatais sem prejuízo de sua possível delegação em certos ministros, juizes ou governadores⁸⁶³. Pode-se dizer, em certo aspecto, que os únicos limites à ação do rei derivavam do direito divino e natural, ao que teoricamente estava submetido, e da superveniência de certos institutos do Direito feudal⁸⁶⁴.

Com efeito, toda a administração da sociedade era centrada na figura do Estado e espelhada no soberano, titular de um poder direto, imediato e ilimitado, capaz de concentrar todas as funções que hoje são chamadas de legislações, administração e jurisdição⁸⁶⁵. Forjava-se, ao lado do conceito de soberania, pois, o próprio conceito de Estado Moderno, fundado na tríade povo, território e governo soberano.

Assim, no rompimento com a pluralidade de instâncias de poder medievais, o Estado Moderno engendrou os traços característicos que informam a ideia de Estado até hoje, ou seja, a existência de uma unidade de poder concentrada no Estado, que se sobrepõe às demais instâncias⁸⁶⁶. Esse processo de superação da

⁸⁶¹ Sobre o termo, ensina Jorge Miranda: “o sentido próprio só pode ser o de Estado absoluto como aquele em que se opera a máxima concentração do poder no rei (sozinho ou com os seus ministros) e em que, portanto: 1º) a vontade do rei (mas sob formas determinadas) é lei; 2º) as regras jurídicas definidoras do poder são exíguas, vagas, parcelares e quase todas não reduzidas a escrito. Assim se explicam tanto os exageros dos teóricos do absolutismo (que sustentam que os únicos deveres do príncipe para com os súditos ou para com o Estado são deveres morais, embora gravíssimos) como os dos monarcómacos (que chegam a defender o tiranicídio)”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. v.1, p. 79

⁸⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v.1, p. 79.

⁸⁶³ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 21.

⁸⁶⁴ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de drecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 21.

⁸⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 50. O início do despotismo, conforme Juan Beneyto, “pode fixar-se em 1661, quando Luis XIV anuncia que nada se fará sem ordem sua, que toda autoridade se concentra em suas mãos. Se nunca pronunciou a famosa frase *L’Etat c’est moi*, dificilmente se encontrará outra que melhor reflita sua política”. BENEYTO, Juan. *Historia de las doctrinas políticas*. Spain: Aguilar, 1964. p. 305.

⁸⁶⁶ Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, “considera-se ‘Estado’ aquela estrutura fincada em uma unidade de poder e de direito, própria da modernidade e da ruptura desta com a multiplicidade de instâncias de poder da idade média”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 11.

atomização medieval foi conduzido primordialmente pelos reis, o que explica a monarquia como forma fundamental do Estado moderno⁸⁶⁷.

Na verdade, é possível dividir o Estado Absolutista em dois períodos: no primeiro, que se estende até princípios do século XVIII, a monarquia afirma-se de “direito divino”, o rei é escolhido por Deus, governa com a sua graça e exerce sua autoridade com fundamentos religiosos⁸⁶⁸; no segundo, vai se buscar bases racionais para fundamentar o poder do rei. É o período do chamado despotismo esclarecido ou absolutismo esclarecido.

A história do Estado Absolutista é marcada pela reconstrução da unidade do Estado e da sociedade, “em passar de uma situação de divisão com privilégios das ordens (sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais) para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos ao poder (ainda) que na diversidade de direitos e deveres)”⁸⁶⁹. A consecução desse projeto não poderia deixar em segundo plano o Direito. Na verdade, é possível afirmar que a construção do Estado Moderno depende inexoravelmente da transformação ocorrida no fenômeno jurídico.

Nesse panorama, um primeiro aspecto que tocava a prática jurídica era o desaparecimento, no bojo da modernidade, da distinção entre saber prático e saber técnico dando-se primazia a este último⁸⁷⁰. E com isso, também, há uma mudança significativa na relação entre Direito e Justiça.⁸⁷¹ Experimentam-se dois elementos fulcrais: “a axiológica substituição da intenção de justiça pela intenção política e o epistemológico postulado de que o direito o é desde que como tal se mostre socialmente eficaz”⁸⁷². Tudo isso se dá em face do compromisso da modernidade

⁸⁶⁷ CUEVA, Mario de la. *La idea del estado*. México: Fondo de cultura económica, 1996. p. 48.

⁸⁶⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1, p. 80.

⁸⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v.1, p. 80.

⁸⁷⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. O direito ou o justo. O direito com objeto da ética no pensamento clássico. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado UNISINOS*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000. p. 160.

⁸⁷¹ Mudança esta que já se manifestava na Idade Média, conforme Castanheira Neves: “O problema da distinção entre o direito e a justiça pôr-se-á, porém, explicitamente na Idade Média, determinando que é por aquilo a que SFROZA chamou o ‘dualismo cristão’, a impor igualmente a distinção entre *ius* e *directum*, com a sua tão forte carga e tensão ética. [...] O direito deixou de ser apenas um social estatuto normativo que é, para ser ainda uma exigência de justiça que *deve-ser*”. NEVES, António Castanheira. *Justiça e Direito*. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outras*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 256.

⁸⁷² NEVES, António Castanheira. *Justiça e Direito*. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outras*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 256.

com o valor segurança, que acabou transferindo o Direito para o campo das ciências experimentais, basicamente para o domínio das ciências lógicas.⁸⁷³ Conseqüentemente, eliminou-se a retórica forense, "sob o ingênuo argumento de que a função dos juízes não deveria ir além da pura e exclusiva revelação do que dissera o legislador, entendido como um ser superior, dotado de uma linguagem sobre-humana, capaz de ser entendida por todos, sem necessidade de qualquer esforço interpretativo. Era o resgate da filosofia de Platão, contra Aristóteles, que dominara o ambiente cultural durante a Idade Média"⁸⁷⁴. Importa, no entanto, perquirir em que contexto se dá essa transformação.

Um dos aspectos principais da modernidade, nesse sentido, é o pluralismo moral. Daí que "o apelo à justiça, entendida como qualquer qualidade ético-política que torne uma norma merecedora de obediência, é fator de insegurança na identificação do jurídico, na medida em que os valores, formadores do âmbito moral da vida social, carecem de um conteúdo objetivo"⁸⁷⁵. Dessa forma, a principal função do Estado Moderno, na sua versão absolutista, foi a de fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, no caso, a lei, em face de uma sociedade na qual o pluralismo poderia levar à dissolução.⁸⁷⁶ Tanto é assim, que todo o mote codificador empregado até o surgimento das primeiras codificações se deu em face do particularismo jurídico do século XVII.⁸⁷⁷ O Estado Absolutista, portanto, "é a resposta institucional às incertezas da sociedade de mercado emergente"⁸⁷⁸, e não era de nada estranho conceber a justiça como sendo aquilo que o déspota esclarecido entendesse como tal. Há uma sensível diferença entre a *lex*, dos medievais, e a *loy*, dos modernos: "quanto à primeira, era marcada por conteúdos e finalidades bem estabelecidos - a razoabilidade, o bem comum -, já a segunda

⁸⁷³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 7.

⁸⁷⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 7-8.

⁸⁷⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2004. p. 14.

⁸⁷⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2004. p. 14.

⁸⁷⁷ Tanto é assim que os códigos "apenas em França e nas áreas do seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido". WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 367.

⁸⁷⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2004. p. 14.

propõe-se como realidade que não encontra em um conteúdo ou em objetivo nem o seu significado e nem a sua legitimação social⁸⁷⁹.

Tem razão Ovídio Baptista da Silva quando afirma que a ideia de Direito, no Estado Moderno, suscita desde logo a ideia de jurisdição, e que “o crescimento avassalador do Estado está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto à sua criação, seja em nível legislativo, seja em nível jurisdicional”⁸⁸⁰. Paolo Grossi percebeu nitidamente o ponto, vindo a afirmar que “a história da monarquia francesa do século XI ao século XVIII é a história de uma cada vez mais intensa tomada de consciência por parte do príncipe, da sua cada vez mais precisa percepção da essencialidade do direito no âmbito do projeto estatal, da exigência sempre maior de propor-se como legislador”⁸⁸¹. Notável exemplo disso é a *Ordonnance Civile de 1667*, marco histórico da tentativa do Estado em codificar o direito processual civil.

A formação do direito processual no Estado Moderno tem como primeiro endereço a *Ordonnance Civile de 1667*, elaborada no governo de Luís XIV (1643-1715), símbolo do Absolutismo e conhecido pela célebre frase “*L’Etat c’est moi*”. A interferência estatal nos assuntos antes reservados à vida privada era marcante no âmbito jurídico, podendo-se acrescentar o caso da estatalização do direito comercial⁸⁸². O absolutismo francês de Luis XIV foi um compromisso bem calculado entre um governo central ativo e forte com poderes de supervisão e uma elite a que se fizeram muitas concessões para garantir sua cooperação ou, ao menos, seu consentimento⁸⁸³. A *ordonnance civile* inseria-se, nessa linha, na tentativa do Rei em aumentar seu poder a partir do controle do direito aplicado.

Com efeito, sobrepondo-se ao panorama medieval, que encarava, como já referido, o *ordo iudiciarius* como um fenômeno extra-estatal, cujo caráter constitutivo

⁸⁷⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 42. Relevante, nesse sentido, a transcrição feita por Paolo Grossi da *Essais*, livro III, cap. XIII, de Montaigne: “as leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis”. GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 43.

⁸⁸⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 11.

⁸⁸¹ GROSSI, Paolo. Justiça como lei ou lei como justiça? Observações de um historiador. In: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 50.

⁸⁸² ASCARELLI, Tullio. *Panorama de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

⁸⁸³ MUNCK, Thomas. *La europa del siglo XVII: 1598-1700: estados, conflictos y orden social em europa*. Traducción de Bernardo José García García. Madrid: Ediciones Akal, 1994. p. 438.

do direito centrava-se na dialética estabelecida a partir do *contraditório*, Luís XIV reivindicará para si o monopólio da legislação em matéria processual⁸⁸⁴.

Dentre os elementos que cabe destacar aqui sobre o conhecido *code Louis*, tem relevância à *sujeição do juiz à lei*. Esta era posta a partir de uma ideologia que reconhecia ao rei a soberania absoluta: “o direito era reduzido à lei, e a lei à vontade do soberano”⁸⁸⁵. Com a mesma perspectiva, de modo até, por assim dizer, complementar à sujeição do juiz à lei, também se estabelecia a *proibição de interpretar*, como um redimensionamento natural da função do juiz decorrente da redução do direito à lei, esta concebida como *voluntas principis*. Nesse sentido, o art. 7º. do *Code Louis* vedava aos Tribunais a interpretação da legislação, reduzindo a atividade interpretativa a uma mera declaração do comando do soberano⁸⁸⁶. Trata-se de um significativo exemplo de um projeto de impor um modelo de *legislação sem jurisdição*, residindo aí, pois, a matriz da concepção francesa do juiz boca da lei⁸⁸⁷.

Além do *Code Louis*, o Estado Absolutista é cenário de outras duas grandes experiências, que vão caracterizar os elementos basilares do processo civil do despotismo iluminado, representado, pois, pelas “reformas processuais de Frederico II da Prússia, da sucessiva sistematização da reforma prussiana com a *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1773 e, sobretudo, pelo Regulamento judiciário austríaco de Giuseppe II”⁸⁸⁸.

As características de todas as reformas processuais do despotismo iluminado, e em particular do Regulamento judiciário giuseppino, podem ser compreendidas somente em referência ao seu contexto de origem. Tal contexto era da política dos soberanos, os quais combatiam, em nome do crescimento do próprio poder e da centralização burocrática, uma dupla frente: de um lado contra o direito comum romano e as suas instituições processuais, de outra parte contra os direitos

⁸⁸⁴ Conforme Picardi, “com a formação do Estado moderno será afirmado, ao contrário, o oposto princípio da estatalidade do processo: será, efetivamente, por primeiro Luís XIV a reivindicar definitivamente para si próprio o monopólio da legislação em matéria processual”. PICARDI, Nicola. Introdução ao code louis (ordonnance civile, 1667). In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 70-71.

⁸⁸⁵ PICARDI, Nicola. Introdução ao code louis (ordonnance civile, 1667). In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 83.

⁸⁸⁶ PICARDI, Nicola. Introdução ao code louis (ordonnance civile, 1667). In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 94.

⁸⁸⁷ PICARDI, Nicola. Introdução ao code louis (ordonnance civile, 1667). In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 96-97.

⁸⁸⁸ 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: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 10-11.

particulares, jurisdições autônomas e imunidades de classe. Por isso o êxito de tal batalha dependia da realização de uma organização judiciária focada em juízes funcionários reunidos em uma organização hierárquica e burocrática, e distribuidores de uma justiça proveniente de um soberano não gracioso. Dessa realidade, resultou um processo caracterizado por maiores poderes de impulso e de inspeção em favor do juiz relativamente às partes e de menores poderes arbitrais e equitativos do juiz a respeito da lei substancial bem como nenhum poder nem ao juiz, nem das partes sobre o regulamento processual⁸⁸⁹.

Além disso, as reformas processuais tinham o escopo de agilizar o andamento do processo, uma vez que o *direito comum* tinha forjado uma concepção extra-estatal na qual a iniciativa das partes dava margem ao abuso e à lentidão. É por isso que o preâmbulo da compilação prussiana, afirmava-se que a justiça tinha criado a arte de procrastinar, razão pela qual deveria possuir uma arte para subverter tal situação. Em face dessa situação, o processo civil prussiano fundava-se no *sistema de investigação*, segundo o qual, proposta a ação, o ulterior curso do processo não dependia das partes, mas dos provimentos que o juiz, de ofício, reputava convenientes. No entanto, para não deixar as partes sem proteção e defesa, se atribuía ao próprio juiz a tarefa de instruir a causa no comum interesse dos litigantes e no objetivo de descobrir a verdade, separando o juiz instrutor do juiz que decidia a causa⁸⁹⁰.

Com efeito, podem ser sintetizadas as características do processo civil do Estado Absolutista nos seguintes pontos: (a) atribuía-se ao juiz uma jurisdição voluntária muito extensa; (b) a legislação substancial exigia crescentemente a integração da vontade soberana para a constituição de um grande número de relações, com ampla interferência do soberano, por meio dos magistrados, na vida privada e familiar dos indivíduos; (c) a demanda era submetida à preventiva aprovação do juiz, sem a qual não teria curso, tudo sob o fundamento de que a tutela jurisdicional era graciosa, ou seja, ela não passava de uma concessão do soberano, o que, por sua vez, atribuía ao juiz o domínio do processo; (d) desse

⁸⁸⁹ 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: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 11.

⁸⁹⁰ MANCINI, P S; PISANELLI, G Condatti; SCIALOJA, Antonio. *Commentario del codice di procedura civile per stati sardi: com la comparazione degli altri Codici Italiani, e delle principali Legislazioni straniere*. Torino: UTET, 1855-1863. v. 2, p. 29.

modo, o juiz poderia agir de ofício em diversos momentos do *iter processual*, por meio dos seus poderes de “espontaneidade”; (e) além disso, era confiada ao juiz toda a direção do processo, sendo-lhe conferidos meios idôneos para exercitá-la, com o total domínio dos tempos das atividades processual, o que estava afinado à concepção burocrática da administração da justiça; (f) por fim, o procedimento era todo escrito, exigindo-se, ainda, um “fascicolo di ufficio” (dossiê) para o seu andamento, em conformidade com a tendência de burocratização do processo giuseppiano⁸⁹¹.

Como se vê, o processo civil desenvolvido pelo Estado Absolutista guardava traços próprios da época, consonantes com a forma em que era exercido o poder político. Somente o rompimento com o modelo absolutista tornaria possível, desse modo, a superação do modelo processual vigente.

3.3 AS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO SÉCULO XVIII, A DECADÊNCIA DO ESTADO ABSOLUTISTA E O SURGIMENTO DO PROCESSO CIVIL LIBERAL

O Estado Absolutista, com seu poder ilimitado⁸⁹², acabou tornando-se perigoso ao mercado e à classe burguesa em ascensão, sendo necessário lhe impor limites. Reclamava-se, então, um ideal de segurança superior àquele idealizado pelo Estado Absolutista. O contraste entre o poder econômico da burguesia e a sua falta de poder político era um dos fatores que viria a contribuir para o ruir das estruturas absolutistas⁸⁹³. Insatisfeita, pois, a burguesia buscava erguer uma barreira às

⁸⁹¹ 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: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 11-13.

⁸⁹² Segundo Carlos S. Fayt, no Estado Absolutista, “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 assegurar a ordem. Os valores supremos são, assim, a paz, a segurança, a ordem. Os desvalores, por conseguinte, a guerra, a anarquia, a desordem. FAYT, Carlos S. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967. p. 21.

⁸⁹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1, p. 82. Conforme o mesmo autor, “expediente técnico-jurídico muito característico deste ambiente vem a ser o desdobramento do Estado em Estado propriamente dito, dotado de soberania, e em Fisco, entidade de Direito privado e sem soberania. Apenas o Fisco entra em relações jurídicas com os particulares, contrata, se obriga, comparece em juízo, só contra ele podem os

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, essenciais para o desenvolvimento das suas bases econômicas⁸⁹⁴. 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 impostos⁸⁹⁵, ao mesmo tempo em que tinha total ingerência sobre a economia e a autonomia dos cidadãos. Fazia-se necessário, portanto, contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias⁸⁹⁶. Nesse contexto histórico, nasceu o Estado Liberal Clássico.

O nascimento do Estado liberal constitui um processo lento, de mudança de mentalidade, experimentado não somente no ambiente francês europeu. Muitos dos ideais que vão informar a Revolução Francesa, por exemplo, decorriam do pensamento forjado no âmbito da Revolução Americana, mormente os ideais lançados pelo folheto de Thomas Paine, intitulado *Common Sense*, em que se ataca não somente a monarquia inglesa, mas a monarquia em geral, ou como dizia o próprio autor, a tirania e o tirano. A influência desse panfleto, que vendeu mais de 100.000 exemplares, fez com que George Washington afirmasse que ele estava produzindo uma profunda mudança nas mentes de muitas pessoas⁸⁹⁷.

No caso americano deve-se às primeiras colônias a fundação das sociedades mercantis, no caso Virgínia e Massachussets, com a companhia de Londres, e, mais do que isso, a ideia de uma organização democrática pelos peregrinos puritanos nas próprias companhias mercantis, com assembleias e conselhos⁸⁹⁸. Esse espírito democrático que permeou a organização política norte americana já era notado em um “contrato”, com o qual os subscritores convinham “constituir-se em sociedade

particulares reivindicar”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1, p. 80.

⁸⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 40.

⁸⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

⁸⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 45.

⁸⁹⁷ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8. ed. Madrid: Universidad commplutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 290-291.

⁸⁹⁸ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8. ed. Madrid: Universidad commplutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 292.

política”, o qual foi subscrito a bordo do *Mayflower* em 1620, pelos primeiros núcleos de colonos ingleses desembarcados sobre o continente americano⁸⁹⁹.

Após o término da guerra dos Sete Anos, com a vitória da Inglaterra e a eliminação das colônias francesas dos contornos das colônias inglesas da América do Norte, estas já não necessitavam da proteção inglesa, o que constituía um ponto importante e decisivo para a sua independência. Também graças a sua participação na guerra contra a França, as colônias norte-americanas dispunham de um conjunto bastante numeroso de veteranos, oficiais e soldados, capazes de enfrentar as colônias inglesas. Enquanto isso, a Inglaterra necessitava reparar suas exaustivas finanças, em grande parte pela guerra, que se pensava havia favorecido especialmente às colônias americanas, motivo pela qual se pensou que seria correto fazê-las pagar uma parte das despesas também⁹⁰⁰.

Surge então o problema da legitimidade dos novos impostos e da autoridade do Parlamento britânico para aprová-los. Os norte-americanos não estavam dispostos a admitir serem representados pelo Parlamento britânico. Em primeiro lugar, porque se deram conta de que seus interesses eram precisamente opostos aos interesses dos residentes na Grã-Bretanha; e como sentir-se representados por aqueles a quem tinham eleito os que tem interesses contrapostos?⁹⁰¹ Em segundo lugar, porque tinha outro conceito de representação: ligado a assembleias locais, em íntimo contato com seus eleitores, que eram poucos e, pelo menos alguns, muito ativos. O que leva em definitivo a um conceito específico da democracia: como governo não somente para o povo, mas pelo povo, uma espécie de democracia direta ou, melhor, semidireta, representativa, porém com limitações⁹⁰².

A possibilidade de se estabelecer limitações ao poder, inclusive ao legislativo, não encontrava dificuldades teóricas para os autores, porque consideravam seus direitos como derivados, em palavras de Thomas Jefferson, “das leis da natureza e

⁸⁹⁹ RIDOLA, Paolo. O constitucionalismo: itinerários históricos e percursos conceituais. *Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 38, n. 121, p. 292, mar. 2011.

⁹⁰⁰ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 294.

⁹⁰¹ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 296.

⁹⁰² PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 297.

não da concessão de um supremo magistrado”. Por conseguinte, o Direito ideal é anterior ao real e há de ser entendido como superior a ele, controlando-o e limitando-o⁹⁰³. Percebe-se, na caminhada constitucional americana, a “redescoberta do senso da precedência da *lex* sobre a *voluntas* e da supremacia de leis fundamentais sobre o poder político, que tinham raízes robustas, como se acentua, na Inglaterra medieval, e os ecos das batalhas de Sir Edward Coke para afirmar a supremacia da *common law* tanto perante a Coroa como perante o Parlamento inglês”⁹⁰⁴.

Desse modo, pelo menos *desde o ano de 1768 se vai abrindo passo à ideia de que é necessário redigir uma petição de direitos, estabelecendo quais seriam os direitos inerentes ao homem*, e de que a luta deveria continuar até que fosse convertida em um reconhecimento de direitos. A ideia de levar esse reconhecimento de direitos a uma declaração constitucional tinha que resultar fácil em um ambiente que se vinha desenvolvendo desde o princípio em marcos constitucionais de inspiração democrática⁹⁰⁵.

Pode compreender-se, pois, facilmente, sobre a base de todas estas ideias, que a própria declaração de Independência, redigida por Jefferson e aprovada definitivamente pelo Congresso de todas as colônias, de 4 de julho de 1776, continha uma brevíssima declaração de Direitos: *“sustentamos que são evidentes estas verdades: que todos os homens tem sido criados iguais e que tem sido dotados pelo seu criador, com certos direitos inalienáveis, entre os que se contam a vida, a liberdade e a busca da felicidade”*. E mais, estes direitos se proclamaram como a finalidade e fundamento de todo governo, posto que a Declaração de Independência continha *“que para assegurar estes direitos estabelecem os homens os governos, derivando-se os poderes justos destes do consentimento dos governados. E quando uma forma de governo resulta destruidora destes fins, o*

⁹⁰³ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 297.

⁹⁰⁴ RIDOLA, Paolo. O constitucionalismo: itinerários históricos e percursos conceituais. *Revista da AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 38, n. 121, p. 291, mar. 2011.

⁹⁰⁵ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 298.

*direito do povo irá modificá-la ou aboli-la e estabelecer um novo governo, colocando seus fundamentos sobre estes princípios*⁹⁰⁶.

O texto tinha forte inspiração da declaração de direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, documento no qual está inscrita a origem do constitucionalismo moderno, na medida em que foi *o primeiro a consagrar uma declaração de direitos estabelecida pelos representantes do povo, reunidos numa convenção plena e livre, direitos que foram compreendidos como constituindo a base e o fundamento do governo, servindo de base para o modelo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França, em 16 de agosto de 1789, no que se pode demarcar a influência global do constitucionalismo norte-americano.*

Bem mais difícil é estabelecer as bases da Revolução Francesa⁹⁰⁷. Na verdade, não se trata de uma só revolução, mas, sim, da confluência de várias revoluções: a revolução aristocrática, ou dos parlamentos, frente ao despotismo; a revolução institucional ou constitucional levada a cabo pelos representantes populares nos Estados Gerais ao proclamar-se como Assembleia Nacional; a revolução popular ou comunal, a cargo especialmente do povo de Paris (seu símbolo, o 14 de julho e a tomada da Bastilha); a revolução campesina por todo o território francês e, por fim, a revolução comunista ou igualitária de Babeuf⁹⁰⁸. A revolução francesa, ao contrário do que se costuma dizer, foi muito mais que uma “revolução burguesa”⁹⁰⁹, ideia que pode ser considerada, com apoio em François

⁹⁰⁶ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 298.

⁹⁰⁷ A revolução francesa atingiu o mundo com seus ideais e com a imagem global que a ela os revolucionários buscaram imprimir. Isso pode ser visto na literatura brasileira do final do século XIX: “Esta revolução não modificou só o poder político; mudou também de todo a existência interior da nação [...], o povo não possuía direito algum; a realeza não tinha limites e a França estava entregue à confusão da arbitrariedade ministerial, de regimes particulares e privilégios de corpos [...] Ella substituiu a arbitrariedade pela lei, o privilégio pela igualdade; livrou os homens das distinções das classes; o sólo das berreiras das provincias; a industria dos embaraços das corporações, e juizes de officios (*jurandes*); a agricultura das sujeições feudaes e da oppressão dos dizimos; a propriedade dos estorvos das substituições; e reunio tudo a um só estado, a um só direito, a um só povo”. MIGNET, F. A. *Historia da revolução franceza: desde 1789 a 1814*. Tomo Primeiro. São Paulo: Empreza Editora de São Paulo, 1899.

⁹⁰⁸ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De Heráclito a la revolución francesa, p. 301.

⁹⁰⁹ Reduzir a revolução francesa a uma revolução burguesa é vulgar e mesquinho, nas palavras de Paulo Bonavides: “[...] reduzida tão-somente a Revolução da burguesia – um horizonte menor -, aliás, de acordo com o entendimento mais vulgar e mesquinho e, de ordinário, mais propagado a

Furet, “um monstro metafísico que desdobra os anéis sucessivos nos quais estrangula a realidade histórica para a transformar, *sub specie aeternitatis*, em terreno de uma fundação e de uma anunciação”⁹¹⁰.

Após 1778, o progresso da produção caracterizador da época do *esplendor de Luís XV* via-se prejudicada pelas crises econômicas que vão marcar o declínio de Luís XVI⁹¹¹. O poder de compra dos rurais, que formavam a maioria dos consumidores, encontrando-se diminuído, a produção industrial, por seu lado, periclitou depois de 1786, mormente a partir do trato de comércio franco-britânico, que obrigou os industriais a modernizarem-se para suportar a concorrência estrangeira. O desemprego agravou-se e os campos, onde se havia desenvolvido a indústria rural, sofreram tanto quanto as cidades. Desse modo, despojadas de todas as reservas, as classes populares, em 1788, viram uma colheita desastrosa anunciar a miséria. O preço do pão não cessava de subir. Nesse panorama, o “povo” (artesãos, lojistas, empregados), o proletariado (“a população”, entre os camponeses – pequenos proprietários e rendeiros que não colhiam o suficiente para o sustento ou vinhateiros que não produziam cereais) e o cidadãos vieram a imputar as responsabilidades dos males da época ao governo e às classes dominantes⁹¹².

A revolução francesa costuma ser dividida em dois períodos. Durante o primeiro período (junho de 1789 a maio de 1793), os representantes populares da Assembleia (primeiro constituinte, depois legislativa, depois convenção) tinham um claro predomínio na determinação daquilo que se impõe e se estabelece, ainda quando tinham que fazer concessões às aspirações do movimento campesino e, sobretudo, do movimento popular parisiense, que são os que lhes serviam de apoio e de braço executor (ainda quando atuavam como executores), dando à Assembleia

seu respeito”. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 31.

⁹¹⁰ FURET, François. *Ensaio sobre a revolução francesa*. Traduzido do francês por Alfredo Margarido. Lisboa: Editora A Regra do Jogo, 1978. p. 66.

⁹¹¹ LEFEBVRE, Georges. *A revolução francesa*. Tradução de Ely Bloem de Melo Pati. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1989. p. 120.

⁹¹² LEFEBVRE, Georges. *A revolução francesa*. Tradução de Ely Bloem de Melo Pati. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1989. p. 120-121. Com tôm literário, Max Gallo ilustra a situação da época, “mas a morte tem outros planos. Ela ronda o reino da França que parece tão rico, tão poderoso, o modelo incomparável das monarquias. No entanto, morre-se de fome. Os impostos despojam os mais humildes, tornando-se os enxagues, enquanto nobres e eclesiásticos parecem intocáveis, e ainda por cima gananciosos, aumentando seus próprios impostos, avaros a ponto de quererem se apoderar de tudo, caçando a cavalo, devastando com isso as colheitas, e levando a juízo, às vezes até o cadafalso, os camponeses que não respeitam suas leis. As ‘comoções’, os ‘motins’, as ‘guerras das farinhas’, as ‘revolgadas dos pés-nus’, portanto, sacodem periodicamente o reino”. GALLO, Max. *Revolução francesa*. Tradução de Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2009. v. 1: O povo e o rei (1774-1793), p. 23.

a força que necessitava frente ao rei e à ordem anterior. Durante o segundo período (junho de 1793 – julho de 1794), tem maior predomínio o movimento popular, notadamente as classes mais baixas, no caso, o povo, além das classes menos acomodadas, que continuavam levando o peso das execuções e golpes de força⁹¹³.

Na primeira fase, tem-se como marco os acontecimentos que se desenrolam a partir da convocação dos Estados Gerais pelo Rei Luís XVI para a assembleia de 5 de maio de 1789, com a presença, portando, da nobreza, do clero e do chamado terceiro Estado, composto pelo resto da população e cuja parte mais rica e mais capaz era a burguesia⁹¹⁴. Impunha-se a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, constituída pelos representantes do clero e da nobreza, ao menos, por um lado, pelos representantes propriamente burgueses, principalmente comerciantes ou pessoas de negócios (não há nenhum representante campestre ou assalariado) e por aqueles que, na terminologia atual, poderiam ser chamados de intelectuais ou universitários ou representantes das profissões liberais, dentre os que destacavam os advogados ou licenciados em Direito⁹¹⁵.

No entanto, a pressão popular e a queda da Bastilha em 14 de julho de 1789 vão forçar medidas rápidas, redundando, assim, na Declaração de Direitos do Homem em 26 de outubro de 1789. A chave de toda declaração estava contida na ideia de que “*os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*”. Era a supressão dos estamentos privilegiados (clero e nobreza), vale dizer, a abolição do regime feudal, já reconhecida nas noites de 4 e 5 de agosto⁹¹⁶ e de fato colocada em prática pela revolução campestre e inclusive antes; porque pode dizer-se que, antes da revolução francesa, os franceses eram muito mais desiguais em direitos que na realidade, enquanto que com a revolução se suprime a desigualdade em direitos,

⁹¹³ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 303.

⁹¹⁴ LEFEBVRE, Georges. *A revolução francesa*. Tradução de Ely Bloem de Melo Pati. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1989. p. 56.

⁹¹⁵ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 302.

⁹¹⁶ No período das reuniões da assembleia, principalmente ocorridas em julho de 1789, os deputados representantes do clero e da nobreza já sabiam que o povo desconfiava deles “e que a ordem só poderia ser restabelecida se fizessem concessões que satisfizessem os homens armados sublevados pelo Grande Medo”. É por isso que “na noite de 4 para 5 de agosto, os nobres liberais – o visconde de Noailles e o duque de Aiguillon -, seguidos pelos membros do clero, pelos representantes das províncias e das cidades, abdicam de seus privilégios. Nos dias que se seguem, a Assembleia decide pela abolição do regime feudal, pela igualdade perante os impostos, pela supressão dos dízimos”. GALLO, Max. *Revolução francesa*. Tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2009. v. 1: o povo e o rei (1774-1793), p. 152.

porém não na realidade⁹¹⁷. Isso porque o ideal de igualdade dos revolucionários era eminentemente formal, o que pode ser percebido na ideia de igualdade contida na obra de Saint-Just, escrita em 1791, três anos antes da sua execução juntamente com Robespierre:

Aquela (igualdade) que Licurgo instituiu, que dividiu as terras, casou as moças sem dote, ordenou que todos tomassem suas refeições em público e se vestissem com roupas iguais, uma tal igualdade coerente com a útil pobreza da república teria trazido para a França apenas a revolta ou a preguiça; só a igualdade dos direitos políticos era sábia neste Estado, onde o comércio é uma parte do direito das gentes. A igualdade material é boa onde o povo é déspota e não paga tributos⁹¹⁸.

O artigo segundo da Declaração afirmava que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos do homem, naturais e imprescritíveis”. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Já o artigo quarto previa que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não traz dano a outros”; assim que, como outros direitos naturais, tem seus limites; “esses limites não podem ser estabelecidos senão pela lei”. Porém, esta tem limites, conforme declara o artigo quinto: “a lei não tem o direito de proibir mais que as ações prejudiciais à sociedade”. A autoridade da lei vinha expressa no artigo sexto, que a define como “a expressão da vontade geral”⁹¹⁹.

Essa expressão, tipicamente rousсенiana, suscita uma interpretação totalitária de Rousseau, a quem cabe a ideia de que “um povo é sempre dono de mudar em todo momento suas leis, inclusive as melhores” questionando que terá poder para impedi-lo se quiser fazer algum dano contra si próprio. A vontade geral, no entanto, não era assim entendida somente por Rousseau, mas também por Sieyès, um dos membros mais influentes da Assembleia, que tinha dito em um folheto escrito poucos meses antes da Declaração: “de qualquer maneira que uma nação quiser, basta que queira; todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema”; e que “qualquer que seja sua vontade, não pode perder o direito de

⁹¹⁷ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 304.

⁹¹⁸ SAINT-JUST, Louis Antoine Léon. *O espírito da revolução e da constituição na França*. Tradução Lídia Fachin, Maria Letícia Alcoforado. São Paulo: Ed. Universidade Estadual Paulista, 1989. p. 36-37.

⁹¹⁹ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 304.

mudá-la”. É certo que anteriormente tinha-se reconhecido também que “acima só existe o Direito natural”. Porém, ainda dando por suposta a sinceridade deste reconhecimento do Direito natural, não é precisamente o forte deste a questão da determinação dos limites. E, em todo caso, na Declaração o Direito natural não estava invocado com tais efeitos. Assim, pois, os limites da liberdade, da igualdade e dos outros direitos naturais eram os estabelecidos pela lei, entendida como vontade geral ou nacional, cuja competência estava bem pouco limitada⁹²⁰.

Sob essa perspectiva, todo o sentido da Declaração, como texto jurídico, ficava nas entrelinhas, e a ideia do Direito Constitucional como marco distinto da legislação ordinária, tal qual na revolução norte americana ficava turva. A Declaração, apesar de todos os festejos históricos a sua volta, tinha, naquele contexto, uma finalidade didática e educacional⁹²¹.

Seja como for a Declaração era vista como uma arma contra a arbitrariedade do regime monárquico e tinha como pretensão gozar de caráter universal, podendo ser aplicada a todas as sociedades humanas⁹²². Na verdade, apesar do caráter liberal dos direitos postos na Declaração, seu conteúdo não pode ser tributado à burguesia, mas aos nobres e clérigos ilustrados, tendo como marca distintiva o grupo dos intelectuais, como Voltaire e principalmente aqueles que faziam propaganda de suas ideais, como Lutero, Calvino e Mahoma⁹²³.

Apesar da Declaração dos Direitos do Homem, a realidade restava bastante diferente, porque a maior parte da população passava fome, fator essencial que explica uma das características mais notáveis da revolução, a de que foram as classes mais civilizadas da nação que a prepararam, mas as mais simples e rudes que a executaram, o que marcou o contraste entre a benignidade das suas teorias e a violência dos seus atos. É dentro desse contexto e, principalmente, a partir da fome decorrente do alto preço do pão, principal alimento das classes mais pobres, que, em 12 de fevereiro de 1793 uma delegação de diferentes distritos de Paris apresentava à Assembleia, já nominada de Convenção, o ponto de vista das classes populares, vazado na ideia que não era suficiente que tivessem declarado que eram

⁹²⁰ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 305.

⁹²¹ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 306.

⁹²² GALLO, Max. *Revolução francesa*. Tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2009. v. 1: o povo e o rei (1774-1793), p. 153.

⁹²³ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 307-309.

republicanos franceses, se o povo não fosse feliz e não tivesse pão, pois onde não há pão tampouco há leis e liberdades⁹²⁴.

As exigências populares faziam-se mais precisas, como a fixação de preços dos produtos, sobretudo os de primeira necessidade, a determinação de salários e de patrimônio máximo que cada um poderia ter. Alguns dos direitos populares vieram a ser consagrados na Constituição, aprovada em 24 de junho de 1793, inclusive a educação como uma necessidade de todos podendo atribuir-se, pois, a esta Constituição o mérito de haver proclamado (pela primeira vez em uma Constituição) os direitos sociais. Além disso, consagrava o princípio do sufrágio universal (masculino), desaparecendo a discriminação por razões econômicas para ser eleitor, assim como para ser eleito. O papel do simples cidadão restava reforçado ademais pelo fato de que todas as leis propriamente ditas (não os decretos) deveriam ser submetidas à aprovação do povo. Era uma confirmação das práticas populares, que reconhecia, inclusive, em seu artigo 32, o direito de apresentar petições aos depositários da autoridade pública, direito que não poderia ser proibido, suspenso ou limitado em nenhum caso⁹²⁵. Tal dispositivo marca uma mudança no que tange à jurisdição e ao processo em relação ao anterior processo absolutista.

A Constituição de junho de 1793 consubstanciava as concepções políticas e ideológicas rousseanianas seguidas pelos Jacobinos, classe social que ainda não tinha visto suas reivindicações satisfeitas pela Revolução. É o documento que marca a República Jacobina e a morte de Luís XVI (guilhotinado em 21 de janeiro do mesmo ano em praça pública). Apesar de não ter entrado em vigor, pode ser apontado como um dos mais importantes documentos revolucionários da democracia burguesa⁹²⁶.

Durante a fase da república é implantada a chamada era do terror, em que os Jacobinos passaram a combater os inimigos da revolução. O grande nome dessa fase é Robespierre, cuja linha de argumentação no sentido de que “o terror nada mais é que a justiça imediata, severa, inflexível” e, portanto, “uma emanção da

⁹²⁴ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 310.

⁹²⁵ PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad complutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa, p. 311-312.

⁹²⁶ FELIZARDO, Joaquim José. *As duas grandes revoluções: concepções políticas e ideológicas*. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourença de Brindes, 1978. p. 39.

virtude”⁹²⁷ alcançava seu clímax na identificação paradoxal dos opostos, como afirma Slavoj Zizek: “o terror revolucionário ‘nega’ a oposição entre punição e clemência – a punição justa e severa dos inimigos é a forma mais alta de clemência, pois nela coincidem o rigor e a caridade”⁹²⁸.

Com o golpe de Estado encabeçado pelos Girondinos, ala moderada da esquerda, conhecido como o golpe 9 do Thermidor do ano II (27 de julho de 1794), em que a Convenção decreta a prisão dos robespierristas, depois de recusar o direito de falar a Robespierre e Saint-Just, chega-se à fase do Diretório e o fim da participação popular na revolução, com a primazia da burguesia⁹²⁹. As insatisfações populares, as pressões e as eleições, que, a cada ano, ameaçavam os diretoriais de se verem excluídos pelos contrarrevolucionários e pelos democratas, impulsionou a organização de um novo golpe de Estado, para que pudessem assegurar para si a conservação do poder⁹³⁰.

Posteriormente, por força do golpe do 18 Brumário (9 de novembro de 1799), deu-se início à ditadura militar napoleônica, que beneficiou grandemente a burguesia. Napoleão não podia consolidar e organizar seu poder sem o concurso dos brumarianos; mas para se elevar até o trono, era-lhe necessário subtrair-se ao seu controle: então, reconciliou-se com a igreja, anistiou os emigrados, tomou a seu serviço todos aqueles – aristocratas e burgueses, realistas e republicanos – que consentiram em colaborar. Controlou, assim, os diversos elementos da moderna classe dominante, com uma reconciliação temporária, que permitiu a esta classe, sob a tutela de seu protetor, organizar as instituições e codificar a legislação à sua maneira, instalar-se nas altas funções do Estado e de toda a administração, apressar o renascimento da economia e, desse modo, em síntese, consolidar sua supremacia e acabar assim com a obra da Revolução, tal qual tinha sido representada, em 1789, a sua intenção. Em uma só frase, pode-se dizer que

⁹²⁷ ROBESPIERRE, Maximilien. *Virtude e terror*. Textos selecionados e comentados por Jean Ducange. Tradução José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 185.

⁹²⁸ ZIZEK, Slavoj. Apresentação da obra *Virtude e Terror*. In: ROBESPIERRE, Maximilien. *Virtude e terror*. Textos selecionados e comentados por Jean Ducange. Tradução José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 9.

⁹²⁹ Conforme Joaquim José Felizardo, “também os Girondinos falharam na liderança revolucionária ao não buscarem uma solução para o problema agrário, bem como ao defenderem o livre comércio, já que a burguesia vinha fazendo bons negócios face à especulação dos gêneros alimentícios e não tinha interesse na fixação dos preços”. FELIZARDO, Joaquim José. *As duas grandes revoluções: concepções políticas e ideológicas*. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourença de Brindes, 1978. p. 36.

⁹³⁰ LEFEBVRE, Georges. *A revolução francesa*. Tradução de Ely Bloem de Melo Pati. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1989. p. 553-554.

Napoleão aniquilou o antigo regime e consolidou os ideais burgueses⁹³¹. Era o nascimento definitivo do Estado Liberal.

O nascimento do Estado Liberal confunde-se, de certo modo, com a noção de Estado de Direito, o qual tem como característica contrapor-se ao “*Estado absolutista clássico, ao Estado totalitário moderno e, em geral, ao Estado de polícia*”⁹³². Na verdade, como afirma Zagrebelsky, “*todos os Estados, porquanto situações dotadas de uma ordem jurídica, deveriam ser chamados genericamente ‘de direito’*”⁹³³. Pode-se dizer, nessa linha, que o Estado moderno é um Estado de Direito, na medida em que cabe ao ordenamento jurídico, e não a outros sistemas funcionais, a função de garantir os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político a expandir-se e a operar de maneira arbitrária⁹³⁴.

É desse modo que as concepções liberais de Estado se confundiam com o contexto histórico do nascedouro do Estado do Direito, visto pela burguesia precipuamente como um conceito de luta política dirigida contra a imprevisibilidade do Estado Absolutista e às barreiras sociais legadas pela sociedade estamental. O Estado Liberal, portanto, acabou moldando os contornos do Estado de Direito – entendido a partir da proteção da liberdade e de direitos fundamentais – aos valores burgueses, notadamente a iniciativa privada, a segurança da propriedade, a liberdade individual, a igualdade formal e as exigências de calculabilidade próprias do sistema capitalista⁹³⁵.

Dentre as ideias políticas que norteavam a noção de Estado, tinha destaque a afirmação de que o governo deveria ser limitado: as instituições políticas de uma sociedade somente poderiam ser justificadas se fossem suficientemente permissivas para que todos pudessem viver suas vidas por si mesmos. A outra face dessa concepção política era a ideia dos direitos fundamentais como barreira à interferência estatal, limitando, assim, o Estado⁹³⁶.

⁹³¹ LEFEBVRE, Georges. *A revolução francesa*. Tradução de Ely Bloem de Melo Pati. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1989. p. 533.

⁹³² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 53

⁹³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 23.

⁹³⁴ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

⁹³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 73.

⁹³⁶ 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. p. 11-12.

A concepção de Estado Liberal encontra-se bem agasalhada no modelo reativo de Estado, traçado por Damaška, “concebido como o modelo em que a única tarefa do Estado consiste em fornecer uma estrutura na qual os cidadãos perseguem os fins que eles mesmos escolhem”. Os seus instrumentos, desse modo, devem libertar as forças espontâneas da autogestão social, sendo desconhecidas pelo Estado noções de interesse distintas dos interesses sociais e individuais privados. Tal modelo minimalista de Estado tem por objetivo tão-somente proteger a ordem e construir um fórum para a resolução dos conflitos que não possam ser suavizados pelos próprios cidadãos⁹³⁷.

Com efeito o Estado Liberal tinha o condão de garantir um ideal de segurança superior àquele idealizado pelo Estado Absolutista. A ordem jurídica garantiria a segurança do indivíduo contra o próprio Estado, de modo que o império da lei, que antes condicionava os particulares, passa a atingir o próprio ente estatal⁹³⁸. Com efeito, “se no Estado Absolutista, a determinação do jurídico realiza a segurança pela exclusão do subjetivismo dos juízos de valor, no Estado Liberal, dá-se um passo adiante: garante-se que o poder estatal, em qualquer das suas manifestações, deve-se curvar ao direito, sendo, portanto, previsível”⁹³⁹. Ademais, a segurança jurídica veio a significar também que a correção da ação dos tribunais pudesse ser controlada de forma mais exata, na medida em que se exigia a vinculação do julgador à lei⁹⁴⁰, indo além da sujeição ao poder do soberano.

Diante desse contexto, o processo civil liberal vai se alicerçar no controle da iniciativa processual pelas partes, pois é “provável que um Estado cuja função primária é fornecer um fórum neutro para a resolução das controvérsias evite de atribuir a seus órgãos – particularmente ao juiz – a responsabilidade de dar ritmo ou impulso ao procedimento”⁹⁴¹. É fácil verificar que o domínio das partes sobre a

⁹³⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 163.

⁹³⁸ Idem. Ibidem. p. 15.

⁹³⁹ FAYT, Carlos S. *El absolutismo*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967. p. 15.

⁹⁴⁰ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur. HESSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. LISBOA: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 285.

⁹⁴¹ DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 229. Damaška considera que, quanto mais limitada a possibilidade de o juiz intervir, mais evidente é o modelo de “combate” processual, de modo que as versões extremas da ideologia reativa, própria do Estado Liberal, dariam margem ao extremo do conflito. Em consonância com as noções próprias

gestão do processo transferia o ideal da autonomia pessoal da esfera da ideologia política à administração da justiça⁹⁴². O processo civil seria assim reconduzido a um ideal individualista, enquanto controvérsia de duas partes autônomas frente a uma Corte passiva, pensado, ainda, como uma mera continuação de outros meios de relações privadas⁹⁴³.

Em tom crítico, cabe registrar que, como forma de mascar a consecução dos fins econômicos *no e a partir* do Estado forjou-se, no seio do modelo liberal de Estado, uma suposta divisão entre Estado e sociedade. Nesse caminho, o Estado constituía uma realidade construída, uma criação artificial e moderna, caracterizada pela sua organização formal, unidade interna e soberania, a partir de um sistema jurídico unificado e centralizado, convertido em linguagem por meio da qual o Estado se comunica com a sociedade civil, esta concebida como o domínio da vida econômica e das relações sociais espontâneas orientadas pelos interesses privados e particulares⁹⁴⁴.

O pano de fundo para essa forma de ver o Estado e a sociedade é, sem dúvida, o das mudanças institucionais advindas da revolução francesa, a *revolução burguesa exemplar* na feliz expressão de Avelãs Nunes, tendentes a assegurar as condições favoráveis ao livre desenvolvimento do capitalismo⁹⁴⁵. Nesse contexto, surgia uma rigorosa separação entre estado e economia, entre economia e política, tudo conforme a ideologia de que as leis naturais da economia e o livre jogo do mercado encarregar-se-iam de fazer convergir espontaneamente e automaticamente a atuação de todos na realização da racionalidade econômica, da eficiência e do equilíbrio econômico. Somente a atuação política diria respeito ao estado, enquanto

do Estado Liberal, a indiferença deste incluiria uma interferência mínima no modo com o qual as partes gestionam o combate forense. DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società Editrice il Mulino, 2002. p. 145-146.

⁹⁴² DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società Editrice il Mulino, 2002. p. 168.

⁹⁴³ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002, p. 343. Basta pensar, nesse sentido, a concepção dominante na época da ação como elemento do direito substancial. TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 143.

⁹⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 148.

⁹⁴⁵ 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. 1.

a esfera econômica estava adstrita à esfera privada dos indivíduos⁹⁴⁶. Nessa senda, a separação entre Estado e sociedade civil servia de alicerce do princípio liberal, na medida em que era na sociedade que se desenvolvia a *economia*, atividade que dizia respeito somente aos privados⁹⁴⁷.

Além disso, tomadas as coisas por esse enfoque, também os direitos fundamentais consagrados a partir dos movimentos revolucionários assumiam uma roupagem propícia a sustentar o modelo econômico capitalista. A própria ideia de igualdade – meramente formal de todos perante a lei – era também um espelho do jogo econômico. Tratava-se de uma igualdade de *condições*, e não de *situações*, que tinha seu pressuposto nas noções de virtude e talento. Tanto é assim que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem proclamava que todos os cidadãos, ao serem iguais perante a lei, eram igualmente aptos para todas as tarefas, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem maiores distinções que suas virtudes e talento⁹⁴⁸. Do mesmo modo, a liberdade era entendida como a liberdade de adquirir e possuir sem entraves, ou seja, correspondia à liberdade do indivíduo enquanto agente econômico, enquanto sujeito (privado) da economia⁹⁴⁹. Na verdade, tudo girava em torno do direito de propriedade.

A partir desse enfoque é possível dizer que a separação entre o econômico e político, base do princípio do *laissez faire*, apresenta contradições insolúveis, como bem demonstra Boaventura de Sousa Santos, na medida em que é equivocado dizer que o Estado era totalmente passivo no que tange à questão econômica. Um bom exemplo é a série de medidas de política econômica adotadas pelo Estado na Inglaterra do século XIX⁹⁵⁰. Além disso, é inegável que o Estado liberal serviu para pôr de pé as infraestruturas indispensáveis ao bom funcionamento da economia, como queriam os fisiocratas, a partir da construção e manutenção das grandes vias

⁹⁴⁶ 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. 16.

⁹⁴⁷ 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. 18.

⁹⁴⁸ ROSANVALLON, Pierre. *La sociedad de los iguales*. Traducción María Pons. Barcelona: RBA Libros, 2012. p. 110.

⁹⁴⁹ 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. 18.

⁹⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 150.

de circulação, a uniformização do sistema de pesos e medidas, a organização de um aparelho judiciário que assegure o reconhecimento dos contratos, etc.⁹⁵¹

O processo liberal do século XIX na Europa continental é representado praticamente por todas as codificações do processo civil que ocorreram no século anterior, com exceção da austríaca de Klein. O mais importante, sob o perfil histórico, seja porque é o primeiro, seja pela extensão geográfica e duração temporal da sua vigência, é sem dúvida o processo napoleônico (1806)⁹⁵², o qual, segundo Roger Perrot, era, sob o plano jurídico, o reflexo de um certo liberalismo reinante no século XIX e no início do século XX⁹⁵³. Além do Código Francês de 1806, tem especial relevância, também, a legislação codificada italiana de 1865 e o Regulamento processual germânico de 1879, porque no curso da sua conturbada preparação foram formulados os esquemas conceituais e a tradição doutrinária que constituíram o ponto de referência para o marco doutrinário italiano⁹⁵⁴.

Sobrelevam, em tais legislações, alguns elementos comuns que determinam um amplo poder atribuído às partes diante do Estado-juiz. Nesse sentido, o modelo liberal (italiano, francês e alemão) não subordinava a admissão da demanda a qualquer espécie de aprovação pelo juiz. A tutela judiciária era entendida como um serviço necessário feito pelo Estado aos cidadãos; qualquer particular encontrava, pois, proteção dos seus alegados direitos; a demanda judicial era, desse modo, domínio do particular, que poderia “jogá-la” como quisesse, para fins privados, seja de modo temerário, seja como instrumento de negócios privados estranhos ao processo. Sob essa perspectiva, o processo liberal não concedia ao juiz nenhum poder de espontaneidade, sendo-lhe vedado colaborar com as partes na fixação da prova⁹⁵⁵.

⁹⁵¹ 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. 5.

⁹⁵² 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: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 14.

⁹⁵³ PERROT, Roger. Il nuovo futuro codice di procedura civile francese. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova v. 2, p. 239, 1975.

⁹⁵⁴ 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: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 14-15.

⁹⁵⁵ 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: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 15-16.

Às partes, por sua vez, era confiada a disposição do processo, tendo elas, e não o juiz, o domínio sobre o tempo do processo, sendo-lhes permitido, na disponibilidade que tinham da fase instrutória, prolongá-la indefinidamente⁹⁵⁶. No processo se manifestava, portanto, a total autonomia e a total liberdade das partes, as quais deveriam ter ingerência sobre todos os instrumentos processuais suficientes para desenvolver, por iniciativa própria, uma competição individual que se dava frente ao juiz, o qual fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era somente a de assegurar o respeito às regras do embate⁹⁵⁷.

A configuração de um processo integralmente remetido à autônoma iniciativa individual dos particulares, e no qual a intervenção do juiz como *longa manus* do Estado é reduzida ao mínimo, respondia à concepção burguesa e proto-liberal das relações jurídicas. Trava-se da consagração da ideologia liberal-burguesa do processo civil⁹⁵⁸. As partes eram, desse modo, quase que “donas do processo” (o processo era coisa das partes) em um duplo sentido: eram donas do objeto do processo e do próprio processo.

No que tange ao *objeto do processo*, a concepção liberal da economia, com a liberdade de empresa em um mercado livre e com o direito de propriedade isento do influxo de quaisquer aspectos sociais, tinha, como pressuposto, que o processo civil se assentava naquilo que, Montero Aroca denominou *princípio da oportunidade*. Era, pois, determinante para a iniciação do processo a vontade do cidadão, o qual decidia, atendendo a razões de oportunidade, acudir ou não ao processo para buscar a tutela do seu direito subjetivo pelo Estado. Não se falava, neste aspecto, de divisão de faculdades entre o juiz e as partes, pois estas tinham todas as faculdades, carecendo o juiz delas; tinha assento na prática jurídica o brocardo *ne procedat iudex ex officio*, com referência ao início do processo. Se o pretender a tutela judicial de um direito era um modo de exercitar esse direito, esse exercício somente podia corresponder ao seu próprio titular.

Disso chega-se à consequência do princípio dispositivo em seu sentido estrito, de modo que não somente o autor poderia iniciar o processo, mas também somente ele poderia determinar o seu objeto, entendido, nesse contexto, como a

⁹⁵⁶ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 115-116.

⁹⁵⁷ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, p. 72, mar. 2009.

⁹⁵⁸ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 67-68.

pretensão referida tanto ao que se pede quanto à causa de pedir, e que somente o demandado poderia ampliar o objeto do debate, vale dizer, a resistência, em atenção às causas de oposição à pretensão, sem que o juiz pudesse determinar nem a pretensão, nem a resistência. Consequência também da oportunidade (que também pode ser chamada de autonomia) era a exaustividade e congruência da sentença, isto é, a imposição ao juiz da necessidade de pronunciar-se sobre todo o pedido e o debatido, porém unicamente sobre ele, e de pronunciar-se somente sobre o pedido e o debatido, de modo que não caberia nem a falta de pronunciamento, nem um excesso. Se está aqui ante o *ne eat iudex ultra petita partium*.

Somente as partes poderiam determinar o objeto do processo e o objeto do debate. De um e de outro restava excluído totalmente o juiz; este não gozava de nenhuma faculdade nesses extremos e sequer se contemplava a possibilidade de que algo semelhante pudesse chegar a existir⁹⁵⁹. Quanto ao *próprio processo*, para Montero Aroca, o fato de serem as partes donas do processo não se referia somente ao debate em si, pois compreendia também o próprio processo. Dessa forma, a concepção liberal de processo levava a excluir do juiz as faculdades materiais de desenvolvimento da causa. Almejava-se, com isso, que o juiz correspondesse a um terceiro e imparcial, garantindo-se às partes um sistema de solução de controvérsias com partes parciais e um terceiro imparcial. Apartava-se o juiz de tudo aquilo que poderia chegar a ter alguma influência no conteúdo da sentença.

Consequentemente, o juiz não poderia aportar fatos ao processo, ainda que se tratassem de fatos incapazes de servir para identificar o processo, vale dizer, fatos secundários e fatos impeditivos ou extintivos, bem como ficava proibido de produzir provas não propostas pelas partes, as quais tinham o monopólio da iniciativa probatória. Tomava-se por evidente que se o juiz pudesse determinar de ofício a prática de meios de prova se transformaria no auxiliar de uma das partes, a favorecida por tal meio⁹⁶⁰. Nisso residia o sentido do brocardo *iudex iudicare debet*

⁹⁵⁹ AROCA, Juan Motero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe processual”. *Proceso civil e ideología*: um prefacio, uma sentença, dos cartas, quinze ensayos, moción de valencia y declaración de azul. 2. ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009. p. 304.

⁹⁶⁰ AROCA, Juan Motero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe processual”. *Proceso civil e ideología*: um prefacio, uma sentença, dos cartas, quinze ensayos, moción de valencia y declaración de azul. 2. ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009. p. 304.

*secundum allegata et probata partibus*⁹⁶¹. Por outro lado, a desconfiança da concepção liberal de Estado e na atuação de seus órgãos determinava uma repartição de faculdades entre o juiz e as partes no processo civil, que privilegiava as partes sobre o juiz, ao ponto que este não poderia trazer à lume a falta de algum pressuposto processual, sendo também nessa seara a oposição da correspondente exceção pelo demandado. Ademais, o juiz não poderia fazer avançar de ofício o procedimento por suas fases, sendo também necessária a petição concreta de uma das partes⁹⁶².

Identificava-se, no processo civil, uma pretensão de neutralidade, na medida em que era concebido como um “dispositivo técnico capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que uma tal concepção pressupunha, abrigar em seu seio as mais variadas e contraditórias correntes de opinião”⁹⁶³. Neutralidade e passividade do julgador andavam lado a lado, de modo que o processo encetava uma noção de passividade na medida em que era visto como coisa das partes (*sache der parteien*), perspectiva presente nas críticas atualmente feitas contra o exercício do poder de assumir as provas de ofício, as quais, segundo Chiarloni, remontam à ideologias do duelo judiciário, da concepção do processo como um jogo, onde o juiz não deve interferir sob pena de acabar favorecendo a vitória de um dos jogadores, coisa escandalosa como seria a interferência do árbitro em uma partida de futebol⁹⁶⁴. Conforme Barbosa Moreira, tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnavam os

⁹⁶¹ Pode-se argumentar, com Joan Picó i Junoy, em tom crítico, que alguns autores costumam defender a impossibilidade de atribuir iniciativa probatória ao juiz devido à natureza privada do interesse discutido no processo civil, isto é, a ideia de que as partes devem ser livres em sua disposição. Este tipo de raciocínio – como destaca DEVIS ECHANDÍA – se sustenta na tese já completamente abandonada de que o processo civil é um negócio particular e com um fim privado: a defesa dos interesses pessoais. Certamente, as concepções privatistas do processo como negócio particular ou relação jurídica privada se encontram há muito tempo superadas, em favor de uma visão “publicista” do processo, que o concebe como o instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional do Estado. PICÓ i JUNOY, Joan. *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2011. p. 118-119.

⁹⁶² AROCA, Juan Motero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe processual”. *Proceso civil e ideología: um prefácio, uma sentença, dos cartas, quinze ensayos, moción de valencia y declaración de azul*. 2. ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009. p. 304.

⁹⁶³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 111.

⁹⁶⁴ CHIARLONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 4, p. 107, dic. 2009. Suppl.

sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígio atinente a relações jurídicas de direito privado – ao contrário, assinale-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à “soberania das partes” – reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos⁹⁶⁵.

Essa passividade e neutralidade do julgador também se fazia presente quando do julgamento da causa. Não é por menos que o Estado Liberal foi o berço do positivismo-exegético em que, a exemplo do que já ocorria no *Code Louis*, o juiz estava proibido de interpretar. Os juízes eram, portanto, apenas os porta-vozes da lei, perspectiva que bem atendia ao receio de que os tribunais conservadores pudessem, a exemplo dos velhos Parlamentos, coarctar os poderes dos políticos que controlavam as assembleias representativas⁹⁶⁶.

Desse modo, a ideia força de Montesquieu segundo a qual os juízes não são mais que a “boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor”⁹⁶⁷, vai delinear aquilo que Paolo Grossi chamou de drama do planeta moderno: “o processo de absorção de todo o direito na lei, na sua identificação na lei”⁹⁶⁸.

A análise até aqui empregada é esclarecedora. Tanto o Estado Liberal, quanto o Estado Absolutista forjaram uma noção de legislação sem jurisdição, em que o juiz, proibido de interpretar, nada mais era do que a boca da lei. Sob esse

⁹⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Privatização do processo? Temas de direito processual*: sétima série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 12.

⁹⁶⁶ Conforme Caenegem, “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 assembleias 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*. / Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007. p. 40.

⁹⁶⁷ MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultura, 1997. p. 208.

⁹⁶⁸ GROSSI, Paolo. Justiça como lei ou lei como justiça? Observações de um historiador. In: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 50.

ponto de vista, a grande mudança quanto ao ato judicante, uma vez que superada o *ordo iudicarius* medieval, era o seu elemento legitimador: no Estado Absolutista, a lei do soberano; no Estado Liberal, a lei do parlamento. Isso serviu para criar uma ideia de juiz irresponsável e indiferente quanto ao conteúdo da sua decisão. Um juiz que longe estava de ser um agente político. Sobre o tema, elucidativa é a lição de Picardi e Giuliani, aqui livremente transcrita a partir de algumas passagens da sua obra: no século XVI se perfilha já - particularmente na França e Alemanha - o problema da subordinação dos juízes ao soberano; neste contexto a responsabilidade profissional, como veremos, foi utilizada inicialmente para fins disciplinares. A doutrina da responsabilidade do juiz pressupõe a fratura entre a patologia da conduta e a patologia da decisão, entre o momento ético e o momento lógico no raciocínio judicial. A sua configuração - como aplicação mecânica, técnica, rigorosa das regras pré-constituídas - não deixa espaço nem para o poder decisional, nem para a responsabilidade do juiz: o erro é reparado pelo sistema através dos meios de impugnação. O juiz é vinculado a um rigoroso dever de obediência e de lealdade nos confrontos com o soberano. Mas a soberania é incompatível com a responsabilidade; o juiz funcionário não é responsável frente às partes, mas somente frente ao soberano⁹⁶⁹. E com o Estado Liberal, o juiz permaneceu irresponsável frente às partes, devendo responder ao Parlamento. A situação, pois, permanecia inalterada.

Pode-se dizer, em linha de conclusão desse aspecto teórico basilar para o desenvolvimento da pesquisa, que o processo e a jurisdição, no Estado Liberal, carregavam as marcas inerentes ao próprio Estado, que era passivo e neutro, pois tinha como limitação a lei, pensada em prol da igualdade formal, da autonomia individual e da liberdade dos indivíduos. O processo tinha uma conotação privatista, na medida em que era visto como uma extensão das relações particulares. Por outro lado, o juiz estava submetido ao Poder Legislativo, sendo proibido de interpretar, o que fazia com que também a participação das partes na formação do conteúdo das decisões fosse desnecessária. O direito era previamente dado pelo legislador. Ao juiz cabia somente zelar pela regularidade do processo, como se fosse um árbitro, e, ao final, aplicar a lei abstrata ao caso concreto, de forma subsuntiva. Taruffo, em uma só frase sintetiza de forma precisa o processo civil liberal: "total liberdade das

⁹⁶⁹ PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995. p. 10-15.

partes privadas frente ao juiz; forte controle político sobre o juiz por parte do governo"⁹⁷⁰.

3.4 ESTADO SOCIAL, A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL E O INCREMENTO DOS PODERES DO JUIZ

Não tendo o individualismo e a neutralidade do Estado liberal conseguido satisfazer as reais exigências de liberdade e de igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente, eclodiu, no final da segunda metade do século XIX, uma série de conflitos de classe que veio a desvelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas quando inibido o reconhecimento da justiça social⁹⁷¹. A exploração da classe trabalhadora era algo plenamente visível, notadamente pelo emprego generalizado de mulheres e menores, que suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das “meias-forças dóceis”, não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos,

⁹⁷⁰ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 149. É ainda característico do processo civil liberal a incoercibilidade da vontade e a prevalência da tutela pecuniária sobre a tutela específica. No que diz respeito a incoercibilidade da vontade, deve-se lembrar que o brocardo “nemo praecisis cogi potest ad factum”, cunhado por Antonio de Péroges FAVRE, no século XVI, cuja função era indicar a impossibilidade de violência e coação sobre o devedor, foi absorvido no Estado Liberal no sentido de inviabilizar a prática de meios coercitivos em face da primazia conferida à autonomia da vontade e à liberdade individual. Com efeito, o conceito tradicional de incoercibilidade do fato humano, traduzido na máxima ne homini libero vis fiat, encontrou só fértil no Código de Napoleão, dominado pelas ideias do século XVIII, traduzindo a realidade política da revolução francesa (BORRÈ, Giuseppe. *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di no fare*. Napoli: Jovene, 1966. p. 19). Pode-se dizer, nessa linha, que o Código Civil francês parecia receber e sacralizar a tradicional incoercibilidade do facto humano, entretanto superada, aceitando a regra nemo praecise. Conforme João Calvão da Silva, “a Revolução Francesa estava lá e o legislador evitou com muitas precauções tudo o que era ou podia parecer um atentado à liberdade tão arduamente conquistada”. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 224-225). Por outro lado, na plenitude do liberalismo, não havia lugar, em princípio, para a execução “específica” das prestações de fazer e não fazer. Sendo o devedor em sua liberdade pessoal, uma vez recalcitrante em não cumprir esse tipo de obrigação, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 15, p. 17, jan./fev. 2002, o que atendida bem à ideia de igualdade formal, elemento que deu margem à primazia da tutela pecuniária. A doutrina jurídica do oitocentos foi, portanto, recuperando, como lembra Adolfo Di Majo, o princípio da prevalência da condemnatio pecuniaria. Segundo o autor italiano, a tendência era excluir “a possibilidade de obtenção da reintegração in natura dos valores alterados, ou seja, formas de satisfação coativa dos direitos. Uma tal reintegração suporia uma consideração diferenciada e articulada, dos interesses e das necessidades para as quais se pede tutela, consideração diferenciada que contrasta com o princípio da abstração dos sujeitos (do mercado) e com aquela da equivalência dos valores”. DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 2, ed. Milano: Giuffrè, 1993. p. 156.

⁹⁷¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 223.

jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente⁹⁷². Sobreleva, nesse marco, o progressivo estabelecimento por parte do Estado de medidas para frear os excessos mais chocantes do capitalismo, especialmente nos domínios dos horários de trabalho e do trabalho infantil e feminino⁹⁷³.

Isso tudo implicou uma alteração radical na forma de conceber as relações do Estado com a sociedade, a partir de um novo *ethos político* calcado na concepção da sociedade não mais como um dado, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação a ser perseguida pelo Estado para realização da justiça social⁹⁷⁴. O ideal que predominava e alicerçava a concepção do Estado social era o de um sistema político que desse a todos os cidadãos um padrão digno de vida, com possibilidade efetiva para se realizarem como homens⁹⁷⁵.

O Estado passou, teoricamente, a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social⁹⁷⁶, rompendo com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que permeava o modelo puramente liberal. A previsão de uma linha de conduta para o Estado, no sentido de regular os fenômenos sociais, significava, então, a superação da até então mística divisão entre o Estado e a sociedade⁹⁷⁷. Nesse quadro, mostra-se adequado caracterizar o Estado pela sua finalidade, que é a realização da igualdade a partir de mínimos materiais em favor de grupos

⁹⁷² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007. p. 61.

⁹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 180.

⁹⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 183. Conforme o mesmo autor, "no fundo, o novo *ethos político* que resultava da superação da concepção liberal da separação da sociedade e Estado traduzia-se, a partir da constatação da mútua perda de capacidade de auto-regulação, num projecto global de estruturação da sociedade, ou seja, de uma regulação da vida social a partir do impulso e da conformação provenientes do Estado; por sua vez, esta direcção tinha como contrapartida a pressão, exercida individual e colectivamente, da sociedade sobre o Estado, num esforço de apropriação ou inflexão das decisões estaduais que se manifestava, não só nas referidas exigências ou nos direitos a prestações sociais, mas também na acção permanente e estruturada dos partidos, grupos de interesses e organizações sociais sobre a esfera política". NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 187.

⁹⁷⁵ SANTOS, Ângelo dos. *O estado social: análise à luz da história*. Lisboa: Editorial Minerva, 1970, p. 15. Numa perspectiva crítica é interessante notar, no entanto, que o Estado Social acaba servindo como forma de assegurar a continuidade do projeto liberal. Nesse sentido, "da propriedade privada dos meios de produção passou a viger a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Contudo, o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em Intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privada pelos detentores do capital". STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65).

⁹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

⁹⁷⁷ COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 32.

sociais⁹⁷⁸. A adjetivação pelo *social* pretendia, assim, a correção do individualismo liberal clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social⁹⁷⁹. Com a consagração de direitos inéditos até então, de cunho eminentemente social, passava-se a exigir uma maior e mais qualificada intervenção, deslocando-se o foco das atenções da esfera legislativa para o ambiente da sua atividade executiva⁹⁸⁰.

A configuração descrita veio acompanhada por uma mudança, lenta e gradativa, no desenvolvimento do constitucionalismo. O ponto culminante do ponto de vista do direito constitucional reside nas Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial, que passaram a incorporar direitos sociais. Tais Constituições consistiam “em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade”⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 33.

⁹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 88.

⁹⁸⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

⁹⁸¹ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 65, jan./jun. 2007. É importante lembrar que a formulação mais antiga que se conhece a respeito de direito sociais encontra-se nos artigos 17, 21 e 22 do projeto da Constituição Francesa Republicana de 24 de junho de 1793, que faziam referência ao direito à instrução, à assistência social e ao trabalho, os quais não lograram ser considerados direitos jurídicos políticos no contexto da ideologia burguesa da Revolução Francesa. No dizer de Óscar Rodríguez Olvera, juntamente com o preâmbulo da Constituição Francesa de 4 de novembro de 1984, referidos direitos “são a exceção ao vazio constitucional social do século XVIII e XIX”. RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar. *Teoría de los derechos sociales em la constitución abierta*. Granada: Editorial Comares, 1998. p. 13. Um dos marcos da transformação do conteúdo social no bojo do constitucionalismo do século XX é a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, vivenciada em um contexto de acentuada luta envolvendo os reclamos camponeses sobre o direito de liberdade e propriedade da terra que se trabalha, sobre condições laborais e educação. RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar. *Teoría de los derechos sociales em la constitución abierta*. Granada: Editorial Comares, 1998. p. 19. Ainda, a mais célebre das Constituições sociais do referido período é a Constituição de Weimar, de 1919, a qual era dividida em duas partes, uma sobre a Organização do Estado, e a outra sobre os Direitos e Deveres dos Alemães, em que vinham prescritos, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais, como seções dedicadas à educação, à cultura e à vida econômica. BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a constituição de Weimar. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 364, jul./dez. 2003. A Constituição de Weimar pode ser vista como “catalisadora da conciliação entre velhos princípios liberais e a nova ordem social imperante na segunda década do século XX”. RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar. *Teoría de los derechos sociales em la constitución abierta*. Granada: Editorial Comares, 1998. p. 21.

Essa nova postura do Estado, que redundava na diminuição da atividade livre do indivíduo⁹⁸², 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 Estado⁹⁸³.

Pode-se dizer, numa postura crítica acerca do Estado Social, que além deste carecer de um verdadeiro perfil democrático, na medida em que os Direitos fundamentais sociais acabaram por se transformar quase em espécies de imposições de um Estado que estava acima da sociedade⁹⁸⁴, não tinha por objeto pôr fim ao sistema econômico capitalista, o qual, na verdade, somente ganhava mais desenvoltura. Assim, “a *mão visível do direito* começava a substituir a *mão invisível da economia*”⁹⁸⁵. A burguesia, ao invés de limitar a ação estatal sobre o domínio econômico, veio a colocá-la a serviço de seus interesses, atribuindo ao Estado a missão de desenrolar o processo econômico. Passava-se de uma economia política para uma política econômica⁹⁸⁶. O domínio do político sobre o econômico, a partir da satisfação de determinações aspirações sociais visava a reduzir o campo de ação dos movimentos revolucionários.

Ganha força a questão social a partir de uma espécie de solução de compromisso decorrente da integração à ordem jurídica capitalista de princípios contrários à lógica liberal, porém não aos elementos essenciais do próprio capitalismo. O elemento social perde o caráter subversivo e ganha um ar tranquilizador e protetor⁹⁸⁷. Isso exige uma maior e mais qualificada intervenção, a fim de que seja possível, de fato, prestar os direitos de índole social que passam a ser consagrados pelo Estado, o que importa num deslocamento do foco das

⁹⁸² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

⁹⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

⁹⁸⁴ Nesse sentido, a percuciente crítica formulada por Menelick de Carvalho Netto, para quem, no bojo do Estado social, “todo direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, de uma massa amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa prota a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. O Estado subsume toda dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de Segunda geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante aos quais alicia clientela”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 107, 1999.

⁹⁸⁵ 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. 30.

⁹⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 18.

⁹⁸⁷ 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. 31.

atenções da esfera legislativa para o ambiente da sua atividade executiva⁹⁸⁸. Ademais, a regulação dos fenômenos sociais pelo Estado significava uma superação da mística divisão entre Estado e sociedade⁹⁸⁹.

Ao mesmo tempo em que a intervenção pública fazia eco aos reclames dos movimentos sociais, a atividade interventiva do Estado permitia uma flexibilização do sistema, garantindo a sua manutenção e continuidade, assim como dava e constituía condições de infraestrutura para o seu próprio desenvolvimento⁹⁹⁰. O Estado capitalista assumia a veste de Estado social, o qual não era concebido para a construção de uma nova ordem social, “mas para a salvação e a consolidação da ordem burguesa, mudando alguma coisa para que tudo continue na mesma”⁹⁹¹.

Com efeito, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, o Estado passou a enriquecer suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Sua atuação não conduziu à substituição do sistema capitalista por outro, até porque foi chamado a atuar a fim de impedir tal substituição⁹⁹². E, nessa senda, os direitos sociais, de símbolo para uma verdadeira emancipação social, passam a ser esterilizados na forma de direito, na forma de mercadoria, ao passo que a classe trabalhadora se transforma em mero destinatário das políticas públicas, transfigurando-se as políticas em meras promessas⁹⁹³.

O Estado, desse modo, agiganta-se, assumindo um papel de conformador da realidade social, estabelecendo formas concretas de vida a partir da imposição de pautas públicas de uma vida boa, assim entendida pelo próprio Estado para a sociedade⁹⁹⁴. Isso faz com que o Estado Social acabe por se caracterizar muito mais

⁹⁸⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

⁹⁸⁹ COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989. p. 32.

⁹⁹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 38.

⁹⁹¹ 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.

⁹⁹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*: Interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 18.

⁹⁹³ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 63, jan./jun. 2007.

⁹⁹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 58. Nessa linha, menciona Alexandre Bahia que “para tentar cumprir todas as obrigações sociais e econômicas assumidas na Constituição, o Estado passa a intervir nas mais diversas áreas da sociedade (saúde, educação, transportes, economia, etc.), mas não apenas

como um Estado assistencial, no qual os direitos não passavam de concessões⁹⁹⁵. Habermas chega a falar em um paternalismo por parte do Estado, fundado na adoção de programas políticos compensatórios às necessidades de uma sociedade de massas, que se mostrava incapaz de se autodeterminar, de definir suas próprias necessidades⁹⁹⁶. O que se viu, pois, “foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente”⁹⁹⁷.

Constitui empresa bastante complexa traçar todas as faces do Estado Social⁹⁹⁸, até porque, “dado o seu viés mutante, o Estado de Bem-Estar Social não se constitui definitivamente, de uma vez por todas. A sua história é feita de constantes mudanças de rumo, direção, mantendo, apenas, o sentido que lhe é próprio, o do atingimento da função social”⁹⁹⁹. Nesse sentido, cabe enunciar ainda o Estado social como decorrência do modelo keynesiano, que, na verdade, buscava salvar o capitalismo. A intervenção do Estado tornava-se ainda mais visível. A depressão de 1929 impunha a análise econômica esforçar-se para encontrar os

disciplinando exaustivamente cada uma dessas áreas, mas participando diretamente através de empresas ou fundações criadas e mantidas por ele. A antiga separação entre Estado e Sociedade é superada pela interferência do primeiro sobre a última. Há uma grande mudança, pois o Estado **amplia** (ou até mais, **subsume**) **a esfera do público** (grifo do autor). BAHIA, Alexandre Gustav Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 253.

⁹⁹⁵ Vale mencionar o alerta feito por José Luis Bolzan de Moraes a respeito do tratamento das promessas incumpridas nos países em defasagem no tratamento da *questão social* e onde ‘uma percepção liberal-individualista-egoística dos direitos sociais ainda parece predominar, muitas vezes em ‘perfeita’ harmonia com estratégias políticas de ‘clientelização fidelizada’ da cidadania, oriundos de uma tradição patrimonialista e autoritária, onde a ‘concessão’ de direitos vai de encontro a um projeto de construção de cidadania, muito em voga na história política latino-americana, na qual um “falso” Estado Social - na prática um Estado Assistencial - foram ‘doados’ pelos ‘donos’ do poder político-econômico a indivíduos ‘bestializados’, acostumados a ‘assistirem’ transições conservadoras”. MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

⁹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 497-498.

⁹⁹⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 260.

⁹⁹⁸ Para uma “demarcação” do estado de bem-estar social, consultar KERSTENNETZKY, Celia Lessa. *O estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 5-20.

⁹⁹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40.

meios que pudessem diminuir ou debelar o aparecimento de tais depressões¹⁰⁰⁰. O quadro era o seguinte: o consumo dos ricos (mesmo que esbanjador) não conseguia assegurar o escoamento de toda a produção; como solução tem-se o consumo de massas, vale dizer, o aumento do consumo dos pobres (entre eles os trabalhadores), uma necessidade resultante do próprio desenvolvimento tecnológico propiciado pela civilização burguesa. Assenta-se a ideia de que os desempregados não percam todo o poder de compra, que os doentes e inválidos recebam algum dinheiro para gastar e que os idosos não percam o seu rendimento quando deixam de trabalhar, o que passa a ser alcançado através de subsídios de desemprego, doença, invalidez e regime de aposentação¹⁰⁰¹.

Em todas as suas vertentes, o Estado social – ainda que pensado como Estado em que a intervenção se volta à promoção e proteção do bem-estar social, com a implementação de prestações públicas e o cumprimento da função social a partir da fórmula da igualdade e do bem-estar¹⁰⁰² – acaba se tornando um alvo fácil do domínio econômico, o que evidencia a insuficiência de tal modelo.

Importa ressaltar, no bojo do Estado Social, a ideia exacerbada de direitos como fruto do Estado, como direito público imposto pelo Estado à sociedade e aos indivíduos, que se colocam abaixo dele. Trata-se de um Estado cujo papel é ativo, sem que isso signifique uma maior participação da sociedade na configuração dos direitos a serem perseguidos e realizados. Tudo isso, ao fim e ao cabo, acaba por servir de álibi para a manutenção do regime econômico capitalista que se via próximo ao declínio diante dos novos modos de produção e de sociedade, uma sociedade de massa facilmente modelável pelo próprio Estado. É essa nova perspectiva, em que ao Estado é atribuído um papel ativo, que vai se conformar o novo modelo de processo capaz de romper com o modelo liberal.

3.4.1 Publicização e Socialização do Processo Civil: a Superação do Privatismo Processual

¹⁰⁰⁰ VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 11.

¹⁰⁰¹ 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. 76.

¹⁰⁰² MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40.

O final do século XIX é marcado por uma série de mudanças na forma de encarar o direito processual. O caráter eminentemente privado do processo de matriz liberal, inerente à ideia de um processo como “coisa das partes”, começa a ser superado por uma ideia de publicização do processo, considerada por Allorio como a “história ideal do direito processual”¹⁰⁰³.

Essa mudança de pensamento pode ser bem sentida da leitura de autores italianos clássicos cuja obra jurídica atravessou o século XIX. É o caso de Lodovico 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 fatos¹⁰⁰⁴, nem dirigir a iniciativa das partes na pesquisa delas, além de um conceito de ação e de processo nitidamente ligado à ideia de contrato¹⁰⁰⁵. 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*, bem como atividade do sujeito privado que provoca o exercício da autoridade jurisdicional do Estado contra a violação de um direito subjetivo, dando origem, em sentido geral e amplo, a uma relação de direito público (relação processual) que se desenvolve entre três sujeitos, quais sejam, autor, juiz e a autoridade pública (magistrado)¹⁰⁰⁶.

O direito e o processo civil começavam, pois, a sofrer os influxos dessa mudança estatal, com reformas legislativas justificadas como rejeição ao

¹⁰⁰³ ALLORIO, Enrico. Significato della storia nello studio del diritto processuale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 15, pt. 1, p. 189, 1938. XVI-XVII, Para uma crítica desta concepção, ver SATTA, Salvatore. *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Padova: CEDAM, 1968.

¹⁰⁰⁴ MORTARA, Lodovico. *Principii di procedura civile*. Firenze: G. Barbèra, 1980. p. 35.

¹⁰⁰⁵ Conforme Mortara, a função judiciária corresponderia a uma bem definida necessidade de conservação da harmônica convivência social. Se revelava como uma série de atos que se desenvolvem para compor um juízo civil e para defini-lo, conduzindo a formação de um vínculo contratual. Na verdade, a parte condenada é obrigada pela sentença do juiz, não enquanto esta represente um ato de autoridade, mas enquanto representa o consenso à obrigação, ou seja, o formal reconhecimento dessa, que a parte deveria ter prestado espontaneamente e que o magistrado, em face da sua relutância, apresentou no seu lugar, onde a harmonia do ordenamento social permanece salva. Pelo juízo civil, portanto, se forma uma relação contratual na qual intervém um terceiro, entre as partes por ele vinculadas, o magistrado. Não se pode considerá-lo terceiro no verdadeiro sentido da palavra, e nem mesmo considerar distinta a sua ação daquela das partes, porque ele intervém somente para substituir a manifestação de vontade devida por uma das partes e assumir desta uma espécie de representação, por delegação que deriva da própria natureza do seu ofício de soberania. MORTARA, Lodovico. *Principii di procedura civile*. Firenze: G. Barbèra, 1980. p. 26-27.

¹⁰⁰⁶ MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. 7. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913. v. 1, p. 12-13.

individualismo, que era associado aos princípios do liberalismo clássico¹⁰⁰⁷. O processo, até então concebido como algo privado, passou a representar o exercício de uma função pública e soberana¹⁰⁰⁸. Deixava de ser visto como "coisa das partes", para espelhar um lugar no qual se exprimia a autoridade do Estado, com o escopo não somente de tutelar os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça¹⁰⁰⁹. Em síntese, o processo assumia a forma de instrumento que o Estado colocava à disposição dos privados para a atuação da lei¹⁰¹⁰.

Importa salientar que o papel passivo desempenhado pelo juiz no Estado Liberal Clássico dava margem à lentidão e ao abuso, uma vez que as partes e seus defensores tornavam-se árbitros praticamente absolutos¹⁰¹¹. Dessa forma, a doutrina processual presente naquele momento histórico de transição cuidou de repensar o processo apostando, principalmente, em maiores poderes ao juiz, o que refletia o novo papel que o Estado vinha a assumir. Não se tratava, portanto, de pensar o processo a partir de um modelo autoritário de Estado, mas, sim, em pensá-lo como um instrumento de justiça social, mais rápido e eficaz. Nesse sentido, as modificações ocorridas no processo civil naquele dado momento foram importantes para que o papel do juiz e das partes começasse a ser rediscutido, abandonando-se a ideia de um processo dominado pelas partes em contraposição a um juiz passivo e inoperante.

Nesse contexto, o incremento dos poderes do juiz se deu a partir de dois vetores em certa medida conexos: a publicização do processo – consequência direta do agigantamento do papel do Estado – e a socialização do processo – o qual não ficava de fora, portanto, das preocupações com o problema da justiça social. Começam a se desenvolver, então, propostas de fortalecimento do papel do juiz. As raízes dessa forma de pensar o processo e o direito assentaram-se no chamado

¹⁰⁰⁷ DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 346.

¹⁰⁰⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 29, pt. 1, p. 108, 1974.

¹⁰⁰⁹ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 188.

¹⁰¹⁰ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 188.

¹⁰¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 41.

socialismo jurídico, notadamente na obra de Anton Menger¹⁰¹². Além de Menger, pode-se mencionar os seguintes autores como formadores das raízes da superação do privatismo processual: Franz Klein, Giuseppe Chiovenda, Oskar Bülow.

3.4.1.1 O Socialismo Jurídico de Anton Menger

Anton Menger nasceu na Hungria, no dia 12 de setembro de 1841, e veio a morrer na cidade de Roma, em sete de fevereiro de 1906. Cerca de um mês depois, Chiovenda apresentava, ao círculo jurídico de Napoli, a conferência "as reformas processuais e as correntes do pensamento moderno", na qual enaltecia a reforma social do processo, fazendo expressa referência a Menger e a Klein. A obra de Menger tem uma forte preocupação com os problemas sociais, propugnando a materialização das reivindicações proletárias mediante a reforma gradual da legislação¹⁰¹³, a qual adquire um caráter social e vai endereçada à proteção dos mais débeis contra os mais fortes, assegurando àqueles uma parte mínima dos bens necessários para viver, pois não existiria desigualdade maior que tratar aos desiguais de modo igual¹⁰¹⁴.

Com base nessas premissas, Menger propõe a intervenção espontânea do juiz na justiça civil, combatendo veementemente a legislação processual vigente na maioria dos Estados civilizados daquela época, na qual o Tribunal, ainda depois de iniciado o litígio, atuaria como o mecanismo de um relógio que é preciso impulsionar para que se mova. Tais 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 representados, encontrando na passividade judicial gravíssimos prejuízos¹⁰¹⁵. A solução proposta por Menger é a de obrigar o juiz a instruir gratuitamente todo cidadão, especialmente o mais

¹⁰¹² Sobre a corrente de pensamento de Anton Menger, ver a edição especial dos "Quaderni Fiorentini", intitulada Il socialismo giuridico: ipotesi e letture. *Quaderni Fiorentini: Per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, IT , v.3/4, 1974/75. 2 tomos.

¹⁰¹³ LAMAS, Diego. *Prologo*. In: MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 10-11.

¹⁰¹⁴ MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947. p. 64.

¹⁰¹⁵ MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947. p. 65-66.

pobre, acerca do Direito vigente. Assim, evitar-se-ia, em certa medida, a inferioridade jurídica das classes pobres¹⁰¹⁶.

3.4.1.2 Franz Klein e a Reforma Processual Austríaca

Antes de mais nada, é necessário contextualizar a reforma processual austríaca como contraponto à legislação à época vigente, em que vigorava o sistema de *atuação*, com absoluta separação do juiz em relação às partes¹⁰¹⁷, o que dava margem às injustiças combatidas por Menger e à lentidão do processo. Tal contexto é importante, para entender de que modo o sistema austríaco foi, pela reforma, diametralmente modificado.

As ideias de Menger influenciaram diretamente o pensamento de Franz Klein¹⁰¹⁸, responsável pelo projeto de reforma da legislação processual austríaca, elaborado em 1895, em vigor a partir de 1898.¹⁰¹⁹ Tratava-se de um código efetivamente novo e original, que mudou o panorama das instituições europeias continentais¹⁰²⁰, ao ponto da sua influência para as reformas processuais ser comparada com aquela exercida por Napoleão sobre a codificação em geral.¹⁰²¹ Para Klein, somente a teoria da sociedade poderia ser o princípio válido e construtivo de um regulamento processual, rompendo, assim, com a teoria do indivíduo prevalente no processo civil do Estado Liberal.¹⁰²² O processo, como instituto de direito público, deveria satisfazer, ao lado dos interesses privados, também os valores sociais mais elevados, de modo que o juiz, “timoneiro do

¹⁰¹⁶ MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947. p. 68.

¹⁰¹⁷ MANCINI, P. S.; PISANELLI, G.; SCIALOIA, A. *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*: com la comparazione degli altri Codici Italiani, e delle principali Legislazioni straniere. Torino: Società Editrice, 1855. v. 2, p. 30.

¹⁰¹⁸ 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: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile*: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 19.

¹⁰¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49-50.

¹⁰²⁰ 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: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile*: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 19.

¹⁰²¹ GUILLÉN, Víctor Fairén. El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austríaca visto por Franz Klein. In: *Studios de Derecho Procesal*. Madrid: Derecho Privado, 1955, p. 319.

¹⁰²² SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17, p. 147.

Estado”, figuraria como representante profissional do interesse geral.¹⁰²³ Daí que, a partir de uma concepção do processo como instituição para o bem-estar social, aumenta-se a atividade do órgão judicial, o qual é munido de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir a sua marcha rápida e regular.¹⁰²⁴ Nesse sentido, o § 432 da ZPO austríaca, sob notável influência do pensamento de Menger, estabelecia a possibilidade de o juiz instruir as partes ignorantes do direito ou não representadas por advogado e aconselhá-las sobre as consequências jurídicas de seus atos ou omissões.¹⁰²⁵

3.4.1.3 Chiovenda e o Movimento de Publicização do Processo

Na Itália, a fortuna da reforma austríaca é identificada com a obra de Chiovenda¹⁰²⁶, o qual, a partir da ideia reformista do modo político de considerar o processo, dizia que, sendo a administração da justiça uma função da soberania, o juiz, como órgão do Estado, não deveria assistir passivamente a lide, mas deveria dela 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.¹⁰²⁷ O maior entre os problemas processuais giraria em torno de um ponto fundamental para Chiovenda: a relação entre a iniciativa do juiz e a iniciativa das partes. A lide poderia se tornar mais ou menos acessível ao homem débil e inculto, conforme o juiz tivesse meios maiores ou menores de vir em sua ajuda, de iluminá-lo sobre o que fazer para a sua defesa, de corrigir os seus erros. A extensão dos poderes do juiz seria a chave das reformas processuais, o

¹⁰²³ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17, p. 147.

¹⁰²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50.

¹⁰²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50.

¹⁰²⁶ 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: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile*: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 23. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal*: desde Chiovenda a nuestros días. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 37.

¹⁰²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 385.

segredo da adaptação do processo às necessidades sociais.¹⁰²⁸ Nessa senda, o processo consistiria no desenvolvimento de uma relação entre o Estado e o cidadão¹⁰²⁹, razão pela qual, cabendo ao juiz a responsabilidade de pronunciar a sentença, não poderia ser indiferente ao Estado o modo no qual se desenvolve a atividade preparatória do juízo¹⁰³⁰.

O aumento dos poderes do juiz, para Chiovenda, estaria estritamente conectado com os princípios da oralidade e da concentração.¹⁰³¹ O interesse do Estado em administrar solicitamente a justiça deveria armar o juiz dos meios idôneos para tal escopo, como poderes para fixação da audiência, rejeição de demandas tardiamente propostas, a execução de ofício das provas admitidas, a citação de ofício das testemunhas indicadas, dentre outras.¹⁰³² Chiovenda, nessa linha, mostrava-se aberto às correntes reformadoras baseadas na obra de Menger, compartilhando com seus princípios inspiradores, no quadro de uma visão do processo no qual o reforço dos poderes do juiz tinha, no entanto, outros pressupostos, distintos daqueles de inspiração social. Tratava-se de, a partir dos princípios processuais que se reuniam sob o nome de oralidade, obter um melhor funcionamento do processo, dado o seu caráter público, enxergando-se no reforço dos poderes do juiz o meio para resguardar do escopo público da justiça a intemperança e os egoísmos dos litigantes¹⁰³³. A proposta de

¹⁰²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 391.

¹⁰²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 393.

¹⁰³⁰ LIEBMANN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 29, pt. 1, p. 108, 1974. Conforme Osvaldo Alfredo Gozáini, influenciado pela obra de Klein, verifica-se em Chiovenda a tendência de que o juiz era de condução e não de simples julgamento. O autor adverte ainda que "em Chiovenda, a ideia do processo, como tal, gira ao redor do juiz sem convertê-lo em um déspota nem em inquisidor. Sua tarefa é de condução em um desenvolvimento do tipo oral. As sequências do processo se elaboram com etapas bem estabelecidas, onde se aplica o princípio da preclusão". GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal: desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 37.

¹⁰³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 423. Conforme Liebman, comentando a obra de Chiovenda, "os motivos técnicos e políticos conspiravam em exigir, para um processo oral e concentrado, maiores poderes do juiz, tanto para regular e mover o procedimento, quanto para recolher e assumir a prova". LIEBMAN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 29, pt. 1, p. 108, 1974.

¹⁰³² CHIOVENDA, Giuseppe. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile* (1900-1930). Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 424-425.

¹⁰³³ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971. p. 14. Como exemplo da forte concepção publicista do processo, pode-se verificar a forma como Calamandrei

Chiovenda era, portanto, a de um processo melhor, mais eficiente e mais rápido¹⁰³⁴, em contraste com aquele então vigente na Europa, calcado na visão individualista da sociedade e do direito¹⁰³⁵.

3.4.1.4 A Superação do Privatismo em Oskar Bülow e o Crescimento do Publicismo Processual

Bülow costuma ser lembrado pela doutrina processual por ter superado a visão privatística que considerava o processo como um contrato ou um quase-contrato e, principalmente, por ser o grande responsável pela atribuição de um caráter científico ao direito processual¹⁰³⁶, a partir de uma rigorosa separação

visualizou os provimentos cautelares: "as medidas cautelares são predispostas, mais que no interesse dos particulares, no interesse da administração da justiça, da qual garantem o bom funcionamento e ainda, se poderia dizer, o bom nome [...] este caráter eminentemente publicístico dos provimentos cautelares se revela, ainda em matéria civil, na maior energia com a qual a jurisdição se exercita, quando é dirigida a escopos cautelares: não somente na aceleração do processo e na sumariedade da cognição, mas igualmente no crescimento dos poderes de iniciativa do juiz [...] as medidas cautelares atendem, mais que à tutela dos direitos subjetivos, à polícia do processo". CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936. p. 144-145. No mesmo sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil (istituzioni di diritto processuale civile)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1936-1940. p. 215.

¹⁰³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974. p. 104.

¹⁰³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974. p. 104. p. 108. Em sentido contrário, Giovanni Tarello vê na obra de Chiovenda fortes elementos de um processo civil autoritário. TARELLO, Giovanni. L' opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civil: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

¹⁰³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 1, p. XVIII. Fala-se, nesse sentido, que Bülow inaugurou a fase processualista ou cientificista do processo, superando o praxismo que, até então, preponderava. A respeito da temática, ver, por todos, JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. rev. atual. de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 139-181. Eduardo Ferrer Mac-Gregor identifica, na corrente cientificista alemã e austríaca três pilares que teriam informado o chamado processualismo científico italiano, cujo grande nome é Chiovenda. Sua origem, portanto, estaria na polêmica entre Windscheid e Muther (1856-1857), passando pela obra "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales" de Oskar Bülow (1868) e consolidando-se com Adolf Wach (1888) em "La pretensión de declaración: um aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho". MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional: ordem científica (1928-1956)*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55. Com esse movimento o direito processual veio a ganhar autonomia, livrando-se das amarras do direito material, superando as etapas anteriores da história do direito processual (período primitivo, etapa judicialista, escola praticista e procedimentalismo ou praxismo), em que processo e direito material faziam parte da mesma realidade. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal. In: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*: n. 12-13. México: UNAM, 1992. t. 2, p. 293-325. Segundo clássico estudo sobre o tema no direito brasileiro, o processualismo científico foi responsável por (a) traçar a autonomia da ciência processual, (b) separar de forma definitiva o direito processual civil do bojo do direito civil e do direito comercial, estabelecendo-se clara e objetiva diferenciação entre o direito privado

entre a relação jurídica processual e a relação jurídica substancial¹⁰³⁷. Bülow teria demonstrado a importância do estudo da relação processual como uma relação de direito público formada entre o particular e o Estado, com condições e pressupostos de existência e validade próprios¹⁰³⁸. Nessa senda, Ovídio A. Baptista da Silva afirma ser impossível, “obscurecer a extraordinária importância que o estudo do processo como uma relação jurídica peculiar, de direito público, teve para o desenvolvimento do direito processual civil como uma disciplina autônoma”¹⁰³⁹, na medida em que, justamente a partir da obra de Bülow, passou-se a emprestar ao processo um desenvolvimento teórico independente¹⁰⁴⁰.

Bülow surge no contexto do direito alemão como precursor do movimento do direito livre, o qual caracterizou-se, antes de mais nada, pelo seu combate ao positivismo e seus postulados fundamentais: o postulado do legalismo estadista, o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e o postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutível aplicável¹⁰⁴¹. Não é por menos que Bülow dedica seu livro *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* a Ihering, autor que teria influenciado Bülow com a obra “*Der Zweck im Recht*”¹⁰⁴², e

(civil e comercial) e público (processual), (c) dar um tratamento científico à disciplina processual, ao contrário do que fazia o proceduralismo, que se limitava, quase sempre, a meras descrições e (d) atribuir ao processo um caráter público, rompendo com as ideias de processo como contrato ou quase contrato. PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 177.

¹⁰³⁷ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 3.

¹⁰³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4.

¹⁰³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 5. Afirma Roque Komatsu: “Aceite-se ou rechace-se a doutrina de Bülow, ninguém poderá discutir-lhe dois triunfos decisivos: a) haver buscado uma explicação publicística à natureza do processo, mercê da qual as interpretações privatistas, isto é, as que o imaginavam como um contrato ou quase contrato, ficaram definitivamente sepultadas; e b) haver provocado um movimento científico processual de magnitude e brilhantismo inigualáveis, que se irradiou primeiro à Itália e depois a outros países, originando a completa renovação da nossa disciplina, no mundo”. KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 21.

¹⁰⁴⁰ Nesse sentido, “o estudo do processo como uma relação jurídica de direito público, que se estabelece entre o Estado (juiz) e aquele que busca este tipo de tutela jurídica, deu origem, sem dúvida ao nascimento do direito processual civil como uma ciência particular, com objeto próprio e com suas leis e princípios especiais, distintos dos princípios e leis que regem os ramos do direito material”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1: processo de conhecimento, p. 4.

¹⁰⁴¹ NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 196.

¹⁰⁴² Para a presente investigação utilizou-se a edição argentina: IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1956.

que também se apresentava no cenário jurídico em combate ao formalismo jurídico próprio do positivismo científico, da escola história e da jurisprudência dos conceitos¹⁰⁴³.

Somente com a obra *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura), em 1885, é que Bülow deixa claro as razões que o levaram a criar uma teoria do processo como relação jurídica que, na verdade, estava na base de uma teoria da jurisdição presente em sua obra. A ideia fundamental de *Gesetz und Richteramt* é a de que a decisão judicial não é somente a aplicação de uma norma acabada, mas, sim, uma entrada jurídica criadora. Nessa linha afirma que sob o enganoso véu da mesma palavra legal se oculta uma variedade de interpretações possíveis, de modo que ficaria a cargo do juiz eleger aquela disposição jurídica que lhe parece ser a mais correta¹⁰⁴⁴. Conforme Karl Larenz, Bülow não diz com base em que critérios deve o juiz efetuar essa eleição, se com base em critérios objetivos, controláveis até certo grau, como o fim da lei, a natureza das coisas ou a coincidência com um princípio jurídico, ou com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, seu sentimento jurídico¹⁰⁴⁵. Nessa linha, o movimento do direito livre, em seu desenvolvimento posterior, chegou a reconhecer a possibilidade de decisões *contra legem*, quando ela oferecesse ao juiz uma solução indubitável e se concluísse, livre e conscientemente, que o poder estatal legislativo existente ao tempo da decisão não teria provavelmente prescrito a solução enunciada. Em tais casos, leciona Castanheira Neves, fazendo referência à Kantorowicz (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft in Rechtswissenschaft und Soziologie*), que o juiz deveria decidir no sentido que presumisse ser a orientação que tomaria no caso o poder estadual atual e, na impossibilidade de determinar esse sentido, decidiria segundo o direito livre, podendo do mesmo modo decidir livremente nos casos muito complexos e nos que só fossem duvidosos quantitativamente como no exemplo das indenizações por danos morais¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴³ Sobre as convergências entre o movimento do direito livre, a livre investigação científica de Geny e a jurisprudência dos interesses, ver NEVES, António Castanheira. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2, p. 197.

¹⁰⁴⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966. p. 75.

¹⁰⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966. p. 75.

¹⁰⁴⁶ NEVES, António Castanheira. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 200.

Daí que toda a teoria de Bülow é pensada como uma forma de aumentar o poder dos juízes, os quais tinham sido deixados de lado pelas posturas teóricas caudatárias da escola histórica¹⁰⁴⁷. Tal intento já estava presente em 1868, quando Bülow defendia que o juiz não deveria tomar uma atitude passiva frente aos pressupostos processuais, tal qual o velho procedimento alemão, no qual o juiz exercia um papel de espectador ou de guardião da luta entre as partes¹⁰⁴⁸. Dessa forma, a validade da relação processual seria uma questão que não poderia ficar à disposição das partes, pois não se trataria de um ajuste privado entre os litigantes, sob o influxo de interesses individuais, mas, sim, de um ato realizado com a ativa participação do tribunal e sob a autoridade do Estado, cujos requisitos seriam coativos e em grande parte absolutos. Assim, o juiz tomaria a frente da relação processual, atitude cuja classe e modo não se diferenciaria muito daquela assumida frente à matéria em litígio¹⁰⁴⁹.

Não é por outro motivo que o processo, no pensamento de Bülow, surge como um instrumento da jurisdição, que vinha entendida como atividade do juiz na criação do direito nos moldes do movimento do direito livre e, portanto, sem nenhum controle pelas partes. Nisso consubstancia-se aquilo que, no Brasil, André Leal veio a chamar de *paradoxo de Bülow*, uma vez que não poderia ser o processo, “ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz”¹⁰⁵⁰. Na verdade, não se trata propriamente de um paradoxo, pois Bülow nunca pensou o processo como um mecanismo de controle da jurisdição, mas, sim, como um instrumento da própria jurisdição, dentro dos seus pressupostos que já foram mencionados.

3.5 O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE O PRIVATISMO E O PUBLICISMO PROCESSUAL

¹⁰⁴⁷ Sobre isso, ver CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica européia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

¹⁰⁴⁸ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Original de 1868. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1964. p. 291.

¹⁰⁴⁹ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Original de 1868. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1964. p. 293.

¹⁰⁵⁰ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008. p. 65.

Falar do Estado Democrático de Direito é falar da superação do modelo liberal e do modelo social. Tanto num, quando noutro, o fim ultimado pelo Estado é o de adaptação à ordem estabelecida¹⁰⁵¹, mantendo-se, por conseguinte, a já mencionada separação entre o Estado e a sociedade. Quanto mais profunda essa separação, mais a relação de cidadania se converte numa relação paternalista de clientela, ou seja, reservando ao cidadão um papel apático e periférico¹⁰⁵². Desse modo, a crescente socialização do Estado passa a exigir não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, efetivamente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressada pelo conjunto da sociedade¹⁰⁵³. Vale dizer, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero recipiente da intervenção social do Estado¹⁰⁵⁴. O povo passa a ser compreendido em todo e qualquer indivíduo, o qual, agora, figura como novo partícipe na realização concreta da seara política¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ Nesse sentido, referem Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes: "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 Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91.

¹⁰⁵² A propósito, afirma Daniel Sarmento: "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 do seu povo, em razão da autonomização da tecnocracia, e da apatia política que contamina uma sociedade que se interessa apenas pelo consumo. É eloqüente o fato de que, na linguagem política, a figura do cidadão venha sendo substituída pela do consumidor". SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23.

¹⁰⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

¹⁰⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

¹⁰⁵⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 36. n. 114, p. 94-95, jun. 2009. Conforme Canotilho, o "princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 280.

Nesse quadro, rompe-se com a relação Estado-cliente própria do Estado Social e passa-se a almejar e a construir juridicamente os pressupostos para uma relação entre Estado e cidadão. É que o Estado social havia transformado-se em uma empresa acima das outras empresas, tornando-se um modelo obsoleto e inadequado diante da complexidade e fluidez da sociedade atual. Isso tudo vai redundar na possibilidade de uma rediscussão da relação entre o público e o privado, na medida em que diversos grupos da sociedade civil passam a representar o interesse público frente ao próprio Estado¹⁰⁵⁶. A legitimidade do direito produzido no seio do Estado Democrático pressupõe, desse modo, a sua formação a partir de uma operação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos, o que reivindicará uma espécie de imbricação entre autonomia pública e autonomia privada. Isso quer dizer que os cidadãos somente podem ter sua autonomia pública garantida mediante direitos de participação democráticos na medida em que sua autonomia privada for assegurada. A autonomia privada serve para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que a adequada percepção da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada¹⁰⁵⁷.

Isso significa que o Estado Democrático de Direito se contrapõe à relação pendular entre o privado e o público presente na contraposição entre Estado Liberal e Estado Social. Na verdade, busca-se um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública, o que já significa pensar o espaço público numa dimensão democrática. Sobreleva aqui uma co-originariedade entre o direito e o mecanismo para a geração do direito legítimo (princípio democrático), espelhada na noção de

¹⁰⁵⁶ CARVALHO NETTTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 110, 1999.

¹⁰⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 146. Nessa linha, Alexandre Bahia explica que o Direito Moderno "se move na tensão entre Facticidade de sua produção (positividade) e sua pretensão de Legitimidade (aceitabilidade racional), que há de acompanhar a decisão do legislador. A *mera legalidade* que está ligada a direitos subjetivos (autonomia privada) e permite a ação orientada ao próprio êxito não pode justificar a legitimidade do direito – pois que as normas careceriam de fundamentação se aparecessem como simples coação externa (e, por outro lado, em sociedades pós-metafísicas não é mais possível recorrer-se a um *ethos* compartilhado que gere justificação, como na pré-modernidade). Logo, é necessária uma outra classe de direitos de cidadania relacionados ao exercício da **autonomia**, de forma que os destinatários das leis (que gozam de liberdades subjetivas de ação, relacionadas a **autonomia privada**) possam *co-originalmente*, se reconhecer como os autores racionais das mesmas (liberdades comunicativas, isto é, **autonomia pública**)". BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses públicos e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 229-230, grifos no original).

autolegislação do cidadão, a exigir que aqueles que estão submetidos ao direito como destinatários seus possam entender-se como autores do próprio direito¹⁰⁵⁸. Desse modo, não se mostra mais crível falar numa prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado, nem do interesse privado sobre o público “já que nem o público pode mais ser visto como estatal, nem o privado como sinônimo de egoísmo”¹⁰⁵⁹.

Com efeito, a autodeterminação democrática da sociedade se inscreve, desse modo, nos limites demarcados por uma vinculação material carimbada pela autonomia individual e pelos direitos fundamentais¹⁰⁶⁰. Esse caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do

¹⁰⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 186-187. Conforme Habemas, “El sistema de los derechos, al asegurar la autonomía privada y la autonomía pública equi-valentemente, es decir, dándoles igual valor, operacionaliza esa tensión entre facticidad y validez, que había empezado mostrándosenos como la tensión entre la positividad y la legitimidad del derecho. Ambos momentos se asocian en la recíproca compenetración de forma jurídica y principio de discurso, y también en la cara de Jano que el derecho ofrece a sus destinatarios, por un lado, y a sus autores, por otro. Por un lado, el sistema de los derechos sirve a desencadenar, por las sendas de leyes coercitivas que hacen compatibles iguales libertades subjetivas de acción, el arbitrio de sujetos agentes guiados por intereses y enderezado a alcanzar el éxito que se apetece. Por otro lado, moviliza y une en la praxis de la autolegislación las libertades comunicativas de ciudadanos presuntivamente orientados al bien común. Y es aquí donde estalla de nuevo la tensión entre facticidad y validez; más aún, esa tensión se concentra en la circunstancia, paradójica a primera vista, de que los derechos políticos han de institucionalizar el uso público de las libertades comunicativas *en forma de* derechos subjetivos. El código que es el derecho no deja otra elección; los derechos de comunicación y participación tienen que estar formulados en un lenguaje que deje a discreción de los sujetos jurídicos autónomos el decidiri si, y llegado el caso cómo, quieren hacer uso de ellos. Queda a discreción de los destinatarios el decidiri si quieren o no activar y ejercer su voluntad racional libre, adoptar un cambio de perspectiva desde una actitud orientada a defender con éxito los propios intereses particulares a un entendimiento acerca de normas susceptibles de un asentimiento general y hacer un uso público de su libertad comunicativa”. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 195-196).

¹⁰⁵⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 263. Ainda conforme Alexandre Bahia, “público e privado irão se entrecruzar constantemente, o que não quer dizer que não haja separação entre eles; mas sim que não *existe solução simples para essa tensão*. *A convivência social nas democracias modernas é o resultado dos compromissos necessários entre essas duas esferas*. Público e privado têm de ser redefinidos numa relação de *tensão e complementaridade*. Delineia-se, pois, um novo paradigma, onde o cidadão deverá ter a oportunidade de influir nos centros decisórios e **onde o público não se resume ao estatal**. Como defende Menelick de Carvalho Netto: *o interesse público é o de todos os afetados pelo exercício do poder e não, necessariamente, o de uma determinada administração*. E mais do que isso, seguindo as ideais de Menelick de Carvalho Netto, não apenas é impossível agora partir de uma natural definição do que é público e do que é privado, mas que essa indefinição supõe o fato de que ambas dimensões estão em **tensão**, sendo **co-originais**. A distinção não é um dado *per se* evidente”. (grifo do autor). BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 263.

¹⁰⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 212-213.

direito¹⁰⁶¹, não bastando a limitação ou a promoção da atuação estatal: objetiva-se, nessa senda, a transformação do *status quo*¹⁰⁶². Tem-se, assim, a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado, garantindo juridicamente as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade¹⁰⁶³.

Ao contrário do que ocorria no Estado Social, os direitos fundamentais reconhecidos no Estado Democrático não estão à serviço do sistema econômico. Embora muitos desses direitos, como a liberdade profissional, a liberdade de locomoção, a liberdade de associação e a propriedade sejam favoráveis à economia de mercado, eles são pervertidos e mal interpretados quando *funcionalizados* a serviço de economia de mercado. No Estado Democrático, as liberdades pessoais são importantes para a economia na medida em que também favorecem o comerciante, porém a proteção conferida à liberdade pessoal se dá em razão da dignidade humana, e *não da economia de mercado*¹⁰⁶⁴.

Ademais, insere-se, no seio do Estado Democrático de Direito, a questão da crise (entendida também no seu aspecto positivo, do qual emerge a evolução do respectivo instituto) do conceito de democracia. Isso decorre do fato de que os mecanismos democráticos clássicos – notadamente o sufrágio universal – fundados na nítida separação entre governantes e governados, não mais servem para lidar com os problemas atuais.

Pode-se traçar uma crítica partindo da constatação de que a democracia representativa de identificação – do eleitor com o candidato – torna os cidadãos e a sociedade em mero objeto do poder político¹⁰⁶⁵. Impositiva, nesse sentido, é a elaboração da figura de uma democracia de apropriação, de modo a corrigir, compensar e organizar a separação entre governantes e governados de tal modo que estes últimos possam controlar e orientar o poder de outro modo que não seja o

¹⁰⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95.

¹⁰⁶² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91.

¹⁰⁶³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 94.

¹⁰⁶⁴ KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático*. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 242.

¹⁰⁶⁵ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. Traducción de Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010. p. 298.

da transmissão de um mandato¹⁰⁶⁶. A verdadeira democracia é, nesse sentido, aquela que “privilegia e estimula a *participação*, tão intensa e constante quando seja possível”¹⁰⁶⁷. Seu pressuposto, pois, é um “indivíduo engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes”¹⁰⁶⁸. Daí a afirmativa que a democracia participativa se assemelha a um mecanismo extremamente delicado, pois seu funcionamento não é automático e necessita de operadores treinados e competentes¹⁰⁶⁹.

Ademais, mostra-se necessário repensar a democracia a partir da conjugação de instâncias de conflito – âmbito da política partidária – e instâncias de consenso – âmbito das instituições contramajoritárias, como é o caso dos Tribunais¹⁰⁷⁰. O jogo democrático exige que também essas instâncias sejam colocadas no patamar de instrumentos de participação, permitindo que se teorizem modos de participação da formação da atuação do Estado, também no que tange à atividade jurisdicional. É que, a função jurisdicional, no contexto atual, passa a ter seu espectro de atuação reforçado, “assumindo-se como espaço político para 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’”¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁶ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. Traducción de Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010. p. 299.

¹⁰⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândio Range. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 113.

¹⁰⁶⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104. Nesse sentido, atrelado à noção de democracia à autoresponsabilidade e à autonomia, afirma Darci Guimarães Ribeiro que é o indivíduo “e somente ele, que sabe o que é melhor para si, e conseqüentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade a outros, pois só se transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária”. RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104.

¹⁰⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândio Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 113.

¹⁰⁷⁰ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. Traducción de Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010. p. 303.

¹⁰⁷¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 79.

Nessa linha, o Estado Democrático de Direito assume como pauta diretiva e de realização os direitos fundamentais¹⁰⁷², o que impõe visualizá-lo a partir de dois pilares, quais sejam, a democracia e os direitos fundamentais, falando-se em uma "co-pertença entre ambos"¹⁰⁷³. Com efeito, ao lado da imprescindível participação do povo na configuração e definição dos contornos dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito tem uma preocupação premente com o cumprimento da Constituição e com a satisfação dos direitos nela encampados. Pode-se dizer que o Estado organizado e uma Constituição só têm sentido para que se cumpra a Constituição e se viabilize a dignidade humana¹⁰⁷⁴. O Estado deixa de ser um inimigo da sociedade, e passa a desempenhar um papel primordial de transformação das estruturas sociais a partir da concretização dos direitos fundamentais, tudo em um ambiente democrático¹⁰⁷⁵.

3.5.1 Do Direito À Liberdade no Estado Democrático de Direito como Pressuposto para o Reconhecimento Normativo do Princípio da Autonomia Privada

¹⁰⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39. Conforme Ingo Sarlet "os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material". SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59-60.

¹⁰⁷³ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 104.

¹⁰⁷⁴ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 667.

¹⁰⁷⁵ Conforme Lenio Streck, "o Estado deixa de ser ordenador (modelo liberal) e promovedor (social) para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República e que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a idéia de *Welfare State* como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas, etc. Este é o ponto: *em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas cumpridas da modernidade*. D'onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcinhado de Democrático de Direito, *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança com o Estado. O Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais. E esta é uma questão paradigmática". STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 143.

O Estado Democrático de Direito assenta-se numa série de direitos fundamentais reconhecidos na esfera constitucional, cujo conteúdo é constantemente atualizado numa perspectiva democrática, que prioriza a autodeterminação individual, de modo que tais direitos não se configurem como meras concessões ou imposições de um Estado que se coloca acima da sociedade. Ademais, embora certos direitos fundamentais, notadamente as liberdades, sejam importantes para a economia de mercado, sua proteção decorre da ideia de dignidade da pessoa humana, não estando, pois, funcionalizados pela econômica.

Importa, aqui, visualizar o conteúdo atribuído ao princípio da liberdade no âmbito do Estado Democrático de Direito, uma vez que dele decorre os elementos que irão sustentar o princípio da autonomia privada como um dos principais elementos do processo civil democrático.

A Constituição brasileira consagra um direito geral à liberdade (art. 5.º, *caput*, CF), o qual funciona como uma cláusula geral a permitir o reconhecimento de direitos não previstos de forma explícita no texto constitucional¹⁰⁷⁶. Com efeito, a liberdade, como faculdade genérica de ação ou de omissão, concede ao indivíduo ampla possibilidade de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal¹⁰⁷⁷. Perquirir os elementos que caracterizam o direito à liberdade não é, porém, tarefa fácil, tendo em vista a ambiguidade do termo.

Historicamente, tem-se visualizado dois conceitos de liberdade. Benjamin Constant cunhou a expressão liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, para designar dois tipos de liberdade¹⁰⁷⁸. Com efeito, a liberdade dos antigos consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar em praça pública sobre guerra e paz, por exemplo. No entanto, os indivíduos, embora participassem ativamente da vida política, estavam submetidos à

¹⁰⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. RUFINO, André. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 219.

¹⁰⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. RUFINO, André. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 219.

¹⁰⁷⁸ Conforme Bobbio, Constant “mostrou com uma precisão até então desconhecida a diferença entre os dois modos distintos de se entender a liberdade na linguagem política, de modo que depois dele a confusão se torna mais rara. Antes não era assim: um exemplo bastante conspícuo dessa confusão encontra-se na obra política de Kant, o qual se vale de ambos os conceitos de liberdade, sem contudo jamais distingui-los claramente; e ao levar a crer, através de definição explícita, que utiliza o termo liberdade no sentido rousseauiano de autonomia, de autodeterminação coletiva, não permite que se perceba com clareza que a liberdade por ele invocada e elevada a fim da convivência política é a liberdade como não-impedimento, a liberdade individual”. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 105.

autoridade do Estado em sua vida privada: a autoridade do corpo-social interpunha-se e restringia a vontade dos indivíduos¹⁰⁷⁹. Para os modernos, o conceito de liberdade estaria fundado no exercício pacífico da independência privada, na independência individual. Não seria possível abdicar dessa liberdade em nome da liberdade dos antigos, pois estes sacrificavam menos para obter mais, na medida em que consistia na partilha do poder social entre todos de uma mesma pátria. Segundo Constant a independência individual seria a primeira das necessidades modernas, de modo que seu sacrifício nunca deveria ser admitido em nome da liberdade política¹⁰⁸⁰.

Essas ideias acabaram servindo para que se desenvolvesse uma noção negativa e uma noção positiva de liberdade. Com efeito, tratando da liberdade negativa, Isaiah Berlin afirmava que normalmente se diz que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém. Liberdade seria a área em que se pode agir sem a obstrução de outros¹⁰⁸¹. Quanto mais ampla essa área de não-interferência, mais ampla é a liberdade¹⁰⁸². Sucede que uma liberdade natural e absoluta poderia impor o caos social e atentar diretamente contra a igualdade, tendo em vista que a liberdade dos fracos poderia ser suprida pela liberdade dos mais fortes. Disso se passou a entender que a área livre de atuação do homem deveria ser limitada pela lei. No entanto, questão nada simples é saber até onde pode ir essa limitação legal. A própria noção atual de dignidade da pessoa humana é suficiente para reconhecer a existência de uma área mínima de liberdade pessoal que não deve ser absolutamente violada, pois, se seus limites forem invadidos, o indivíduo passará a dispor de uma área demasiada estreita mesmo para aquele desenvolvimento mínimo de suas faculdades naturais. Dessa problemática segue-se a necessidade de traçar uma fronteira entre as áreas de atuação livre da vida privada e as áreas de interferência da autoridade pública¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁹ CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 408.

¹⁰⁸⁰ CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 415.

¹⁰⁸¹ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981. p. 136.

¹⁰⁸² BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981. p. 137.

¹⁰⁸³ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981. p. 137.

O conceito positivo de liberdade “tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor”. Esse conceito de liberdade em princípio não se choca com a noção de liberdade como não impedimento, por outros homens, de se fazer o que se quer. Tratar-se-iam de duas maneiras – uma positiva e outra negativa – de se dizer a mesma coisa¹⁰⁸⁴. Essa noção positiva de liberdade – pensada como autogoverno racional do homem – pode ser aplicada não somente à vida interior de um homem, mas também ao relacionamento com outros membros da sociedade¹⁰⁸⁵. Nisso reside a noção de liberdade positiva que está no cerne da ideia de um autogoverno nacional ou social¹⁰⁸⁶.

Na linguagem política, esses dois conceitos de liberdade costumam ser contrapostos a partir de uma doutrina liberal e outra, chamada, democrática. Com efeito, na doutrina liberal clássica, ser livre significa gozar de uma esfera de ação, mais ou menos ampla, não controlada pelos órgãos do poder estatal, ao passo que, na doutrina democrática ser livre não significa não haver leis, mas criar leis para si mesmo¹⁰⁸⁷. Com efeito, o termo liberdade na doutrina liberal quer significar “não impedimento”; liberdade recobre a mesma extensão do termo licitude, vale dizer, a esfera daquilo que não sendo nem obrigado nem proibido é permitido. Já para a doutrina democrática o termo liberdade significa “autonomia”¹⁰⁸⁸. Aqui ele se faz acompanhar pelo termo “vontade”: uma vontade livre é precisamente uma vontade que se autodetermina¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁴ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981. p. 142.

¹⁰⁸⁵ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981. p. 151.

¹⁰⁸⁶ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981. p. 167.

¹⁰⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 101. Segundo Bobbio, “nessa senda, denomina-se ‘liberal’ aquele que persegue o fim de ampliar cada vez mais a esfera das ações não-impedidas, enquanto se denomina ‘democrata’ aquele que tende a aumentar o número de ações reguladas mediante processos de auto-regulamentação. Onde ‘Estado liberal’ é aquele no qual a ingerência do poder público é a mais restrita possível; ‘democrático’, aquele no qual são mais numerosos os órgãos de autogoverno. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 101.

¹⁰⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 279.

¹⁰⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 280.

Importa saber se os dois termos se excluem ou se complementam. Bobbio parece indicar que são noções complementares, na medida em que, segundo ele, a própria vontade como autonomia pressupõe uma situação de liberdade como não-impedimento. Dito de outro modo, uma situação geral de ampla licitude é condição necessária para a formação de uma vontade autônoma, afinal não pode existir uma sociedade na qual os cidadãos deem origem a uma vontade geral no sentido rousseauiano sem exercer alguns direitos fundamentais de liberdade¹⁰⁹⁰.

Ronald Dworkin, embora utilize os termos liberdade e autonomia em sentido contrário ao utilizado por Bobbio, construiu, sem excluir essas premissas, um conceito bastante interessante de liberdade. Com efeito, a autonomia [*freedom*] total de uma pessoa é a sua capacidade de agir como quiser, livre de condicionalismos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política. A sua liberdade negativa é a área da sua autonomia que uma comunidade não lhe pode retirar sem a ofender de algum modo especial. Tal interferência consistiria em comprometer a sua dignidade, ao negar-lhe a preocupação igual ou uma característica essencial da responsabilidade pela sua própria vida¹⁰⁹¹. Liberdade não é autonomia total, mas autonomia substancial. Neste sentido, as leis invadem a liberdade quando reduzem consideravelmente a autonomia¹⁰⁹². No entanto, para saber o quanto de autonomia pode ser perdido para que uma lei invada a liberdade é necessário trabalhar com uma concepção explicitamente normativa de liberdade¹⁰⁹³.

Com efeito, a dignidade requer independência em relação ao governo em questões de escolha ética. Tal requisito está na base de qualquer teoria plausível da liberdade negativa. Contudo, a dignidade não requer independência em relação ao governo em todas as questões. É que, ao lado dela, uma comunidade política deve tomar decisões coletivas sobre a justiça e a moral, bem como deve poder impor coercitivamente essas decisões. Nessa perspectiva entra em cena a liberdade positiva. Não há uma liberdade absoluta em questões de justiça e moral, porém a dignidade pessoal exige que se possa desempenhar um papel

¹⁰⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 282.

¹⁰⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 375.

¹⁰⁹² DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 377.

¹⁰⁹³ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 377.

ativo nas decisões coletivas que exercem um controle coercitivo sobre a liberdade¹⁰⁹⁴.

Nessa perspectiva, inclusive, mostra-se possível – sem que isso importe numa espécie de mixagem teórica – uma aproximação entre a concepção de liberdade e autonomia aqui perfilhada com a noção de *co-originalidade* entre autonomia privada e autonomia pública desenvolvida pela matriz habermasiana referida anteriormente. É que, segundo Habermas, os cidadãos, para fazerem uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, “*têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente*”, o que, por sua vez, somente é possível se fizerem uso adequado de sua autonomia política, uma vez que as liberdades de ação subjetiva, igualmente distribuídas, têm, para eles, o “mesmo valor”¹⁰⁹⁵.

Enquanto o Estado Liberal superestimou a liberdade negativa, a partir de um modelo de não-intervenção na vida privada e na sociedade, o Estado social acabou sufocando essa liberdade em prol da igualdade e da justiça social. Tudo isso, como já foi visto, acabou refletindo na estruturação do processo civil, no qual, sob o pretexto de um incremento dos poderes do juiz para fins de consecução da justiça social, o publicismo ganhou uma força extremada, fazendo com que as partes fossem vistas como sujeitos do mecanismo estatal de solução de controvérsias.

No Estado Democrático deve-se buscar um equilíbrio entre as noções de liberdade negativa e positiva, entre o domínio público e privado. Na verdade, sendo o processo civil um ramo do direito público, mas que serve estritamente à tutela dos direitos particulares, essa questão torna-se bastante complexa e interessante. Embora haja um núcleo mínimo de direitos de natureza processual que, em princípio, não podem ser violados, é necessário questionar se, fora desses limites, o autorregramento da vontade estaria excluído.

Nota-se que uma concepção normativa de liberdade, ao mesmo tempo em que respeita a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente a liberdade individual (liberdade negativa), a partir de um núcleo de direitos que não podem ser solapadas pela vontade da maioria (manifestação de uma noção simples da liberdade positiva),

¹⁰⁹⁴ DWORKIN, Roland. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 387.

¹⁰⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 155.

valoriza a tomada de decisões sobre questões de moralidade política a partir de um perfil mais democrático, que pode ser redefinido a partir das noções de liberdade dos antigos, concepção positiva de liberdade ou liberdade para os democratas.

3.5.2 O Processo Civil no Estado Democrático de Direito

O processo civil no Estado Democrático de Direito deve ser capaz de conciliar as duas formas de liberdade referidas no item anterior, superando as ideias antagônicas de processo como “coisa das partes” ou como “coisa do juiz”, próprias, respectivamente, do Estado Liberal e do Estado Social. O processo, para usar a feliz expressão de Loïc Cadiet, deve ser visto como “*chose des parties et chose du juge*”¹⁰⁹⁶, manifestando, portanto, a co-originaridade entre a autonomia privada e a autonomia pública, de modo que os interessados no provimento jurisdicional estatal possam, ao mesmo tempo, se reconhecer como partícipes tanto da formação dos provimentos jurisdicionais quanto dos próprios mecanismos aptos a formação do procedimento e da solução do caso concreto¹⁰⁹⁷. O processo é, assim, antes de tudo, um espaço democrático¹⁰⁹⁸. E, nessa perspectiva, a própria legitimidade do

¹⁰⁹⁶ CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013. p. 328. Para uma melhor precisar essa ideia cabe transcrever a seguinte lição de Loïc Cadiet: “le modèle du procès coopératif entend dépasser l’opposition entre la conception accusatoire du procès, conçu comme la chose des parties, et la conception inquisitoire du procès, conçu comme la chose du juge, de même que l’opposition entre common law et civil law. Dans la conception du modèle coopératif, le procès n’est ni la chose des parties, ni la chose du juge, mais à la fois la chose des parties et la chose du juge, car les parties et le juge sont nécessairement conduits à coopérer afin d’aboutir dans un délai raisonnable à la solution équitable et efficiente de l’affaire. Le procès est la chose des parties car c’est toujours l’intérêt des parties qui est en cause, même dans le procès pénal, mais c’est aussi la chose du juge, car la justice est un bien public dont les parties ne peuvent pas librement disposer: rendre la justice est une question d’intérêt général qui met en cause le respect des lois et la paix sociale. En outre, la saisine du juge met en oeuvre une institution publique dont le fonctionnement, financé par l’impôt national, ne peut pas être laissé à la seule initiative privée. Le budget de la justice n’est pas indéfiniment extensible et la justice ne doit pas seulement être rendue dans l’absolu du cas particulier dont le juge est saisi; elle doit l’être dans la totalité des affaires qui lui sont soumises et entre lesquels les moyens de la justice publique doivent être équitablement répartis”. CADIET, Loïc. Pour une “Théorie générale du procès”. *Ritsumeikan Law Review*, Kyoto, n. 28, p. 143-144, 2011.

¹⁰⁹⁷ Nesse sentido, “o acesso à justiça democrático postula a garantia de uma estrutura procedimental/institucional que permita o acesso à argumentação, à imparcialidade, à fundamentação, à certeza de que as decisões tomadas em favor ou prejuízo do jurisdicionado só se legitimarão se forem tomadas discursivamente, e não segundo critérios pessoais, corporativos, obscuros”. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta jurídica, 2013. p. 67.

¹⁰⁹⁸ Dentre as atividades dos poderes do Estado, a atividade jurisdicional é aquela em que mais nitidamente a noção habermasiana de democracia torna-se possível. A legitimidade do Judiciário, nesse sentido, “decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade

direito irá “repousar no exercício circular e simultâneo das autonomias privada e pública, em que os participantes da sociedade são, a um só tempo, autores e destinatários da ordem jurídica”¹⁰⁹⁹.

Conseqüentemente, o processo civil do Estado Democrático de Direito não abandona o ideal de um juiz ativo, próprio do Estado Social, mas busca redimensionar o seu papel¹¹⁰⁰, atribuindo-lhe deveres e, ao mesmo tempo, responsabilidades, sem que isso importe num amesquinamento do papel das partes, tal como, no Estado Social, em que os indivíduos se viam submetidos ao poder do Estado que estava acima deles. Cobra-se, desse modo, uma nova postura do judiciário, tendo em vista as profundas alterações do quadro sócio-político-econômico e a judicialização dos conflitos que daí decorrem¹¹⁰¹, a partir da premissa segundo a qual um juiz passivo não se afeiçoa ao perfil do processo e da jurisdição no Estado Democrático de Direito, cuja função é a criação e concretização dos direitos no caso concreto e para além deste. Uma vez que superadas as posturas positivistas primitivas, o reconhecimento do caráter criativo da atividade jurisdicional não pode ficar circunscrito à solução dos casos concretos. O Judiciário também produz normatividade para além dos casos decididos, o que não somente exige a construção, cada vez mais, de procedimentos democráticos, mas, também, que a fundamentação das decisões jurisdicionais seja a mais exaustiva possível¹¹⁰². Afinal,

democrático, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado, e não a lei”. RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104-105.

¹⁰⁹⁹ NUNES, Dierle. TEIXIERA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta jurídica, 2013. p. 63.

¹¹⁰⁰ Note-se que o pensamento de Fraz Klein acerca da atividade do órgão judicial no processo não é hoje de algum modo superado, mas acima de tudo vai reformulado sob a base de um necessário e contemporâneo reforço dos direitos das partes. BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 27. p. 258, 1972.

¹¹⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 384. Para Mancuso, está atrelado a essa perspectiva o desenvolvimento no direito brasileiro do *case management* próprio da experiência do direito comparado, na medida em que se preconiza “a figura de um juiz *pró-ativo*, em contraposição a um estático ‘destinatário das provas e dos argumentos das partes’, mas um verdadeiro *gerente do processo*, preocupado e comprometido em lhe imprimir curso célere, racional e seguro, capaz de ofertar uma resposta idônea a resolver a controvérsia em modo justo, tempestivo e consistente”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009. p. 384.

¹¹⁰² O ponto ganha extrema relevância com o advento do Novo CPC, o qual dá ênfase ao “direito jurisprudencial” inclusive como modo de lidar com o problema da litigiosidade de massa. Nesse sentido, Dierle Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Bahia e Flávio Pedron afirmam que “o uso do Direito jurisprudencial corresponde a uma tendência inexorável, que torna a tarefa de

falar que o judiciário produz normatividade não significa admitir que possa vir a fazê-lo sem limites¹¹⁰³.

Daí a incompatibilidade, numa perspectiva hermenêutica, entre Estado Democrático de Direito e discricionariedade. O direito fundamental à fundamentação das decisões (art. 93, IX, CF) vem a significar direito a uma fundamentação completa e garantidora do respeito ao contraditório como direito de influência e proibição de decisões surpresa (art. 10, NCPC), não sendo possível contentar-se com a tese de que, para cada caso, admite-se diversas decisões igualmente corretas. Conforme se buscou evidenciar na primeira parte desta tese, o direito fundamental à fundamentação das decisões pressupõe que, na fundamentação, seja explicitada a compreensão, vale dizer, não se trata de trabalhar com a fundamentação numa simples perspectiva de justificação que toca apenas o plano apofântico da linguagem. Fundamentar uma decisão significa explicitar o compreendido. Não se afeiçoa ao modelo constitucional de processo a cisão entre decisão e

todos os envolvidos mais séria, especialmente quando se percebe toda a potencialidade e a importância que o processo e a jurisdição, constitucionalizados em bases normativas consistentes, vêm auferindo ao longo desses anos pós-Constituição de 1988". THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 393. E, nesse sentido, falando especificamente do incidente de resolução de demandas repetitivas criado pelo Novo CPC descrevem alguns pontos do seu procedimento que, sem dúvida, denotam uma estrutura procedimental pensada para a construção de normatividade pelo Poder Judiciário com vistas a solucionar diversos casos futuros: "na sessão de julgamento (art. 984), o Relator deverá fazer a exposição do objeto do incidente e, logo após, as partes-modelo e o Ministério Público dividirão o prazo de 30 minutos para fazer suas sustentações orais, seguidos dos demais interessados (*amici curiae* e as partes dos processos sobrestados que também poderão pedir a palavra) que da mesma forma dividirão 30 minutos (art. 981, II). Esse prazo poderá ser ampliado caso haja um número muito grande de inscritos para falar. O §2º do art. 984 deixa de modo absolutamente claro que o acórdão deverá abarcar *todos os fundamentos suscitados, sejam eles favoráveis ou contrários*. Pontue-se, no entanto, que essa forma de decidir é a regra geral do Novo Código (art. 10 e 489) para qualquer decisão. Nesses termos, a parte 'comum' será dimensionada pelo tribunal de segundo grau mediante ampla cognição (art. 983, *caput*), audiência pública para obtenção de subsídios argumentativos (art. 983, §1º) e análise panorâmica de 'todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários' (art. 984, §2º). Uma vez dimensionados no acórdão os fundamentos determinantes padronizáveis das causas repetitivas, caberá ao juízo de primeiro grau a aplicá-los dialogicamente". THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 391.

¹¹⁰³ Relembre-se que o caráter criativo de juridicidade das decisões judiciais não significa arbítrio, mas, sim, a ideia de que o juiz tem a missão de cooperar com a realização de ideais previamente estabelecidos, dentro de um ordenamento jurídico dado, o qual serve de limite para a atuação do juiz. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 48. No mesmo sentido, ver BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1: teoria geral do direito processual civil, p. 93-97. Analisando a questão do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal, leciona Jobim que legitimidade democrática do Supremo para proferir sentenças normativas reside, primeiramente, em "moldar os seus julgamentos nos limites normativos da Constituição Federal, nunca em contrariedade ou além daquilo que está constitucionalizado". JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 118.

fundamentação, uma vez que compreensão, interpretação e aplicação se fundem na *applicatio*.

Ademais, ao lado desse verdadeiro *accountability hermenêutico* presente na fundamentação, reivindica-se também no bojo do devido processo legal um verdadeiro direito fundamental a uma resposta correta, a qual deve ser entendida como a melhor resposta possível para o caso concreto. E isso pressupõe o respeito à *autonomia do direito*, de modo que o juiz somente possa deixar de aplicar a lei – fruto de processo legislativo constitucional e democraticamente legitimado – em hipóteses específicas: (i) quando a lei for inconstitucional, (ii) quando houver antinomias – hipótese em que o problema será resolvido com os critérios de resolução de antinomias –, (iii) quando o órgão jurisdicional aplicar a interpretação conforme a Constituição, (iv) quando aplicar a nulidade parcial sem resução de texto, (v) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e (vi) quando a regra tiver sua aplicação superada em decorrência de um princípio, hipótese na qual, repita-se, por uma exigência de coerência do direito, casos similares exigirão aplicação simliar¹¹⁰⁴. Fora dessas hipóteses, a decisão proferida pelo órgão jurisdicional é inconstitucional e inconstentânea com modelo constitucional e democrático de processo.

Note-se que cobrar do órgão jurisdicional responsabilidade política – a partir dos deveres de fundamentação das decisões e de respostas corretas – não significa reconstruir um modelo de processo em que impera a sua passividade. Juiz ativo, do ponto de vista processual, não significa, nem se confunde com ativismo judicial. O processo, portanto, deve oferecer instrumentos para que o direito material possa ser realizado no caso concreto, o que, certamente, pressupõe um juiz capaz de proferir decisões dotadas de autoridade e imperatividade (o que não deve ser confundido com arbitrariedade ou descricionariedade). Ao mesmo tempo, não se trata de um juiz neutro e desinteressado, para quem o andamento do processo lhe é indiferente. Deve o juiz almejar que o processo seja eficiente, de modo a atingir os melhores resultados com o menor custo possível. Em sentido lato, a efetividade do processo abrange, também, a eficiência do mecanismo colocado à disposição dos particulares

¹¹⁰⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 605-606.

para a realização dos seus direitos¹¹⁰⁵. Trata-se, no caso, de uma efetividade qualitativa, para a qual a eficiência não se traduz em números. O juiz não deve atalhar caminhos de modo a ceifar direitos fundamentais processuais para tão-somente atingir metas e números almejados por uma perspectiva burocrática da justiça civil.

Nada disso, porém, quer significar que a atividade jurisdicional esteja isenta de um efetivo e adequado controle pelas partes e pela própria sociedade. O modelo de processo do Estado Democrático garante às partes uma série de direitos fundamentais capazes de impor freios e, mais precisamente, mecanismos de controle, à atividade do juiz, legitimando, desse modo, o processo e a jurisdição¹¹⁰⁶. Nisso reside uma espécie de conciliação das características do privatismo e do publicismo processual¹¹⁰⁷, de modo que a autonomia das partes é resgatada – ao

¹¹⁰⁵ Conforme bem destaca Barbosa Moreira, talvez o jurista cuja obra, em seu conjunto, mais tratou do problema dos poderes das partes e do juiz no processo civil, “tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não se valerem as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina a servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 40.

¹¹⁰⁶ Araken de Assis, ao traçar as bases ideológicas do processo civil contemporâneo, fala de quatro modelos de processo, quais sejam, o liberal, o totalitário, o autoritário e o garantista, sendo que, a esses modelos, correspondem, respectivamente, quatro figuras de juiz: o espectador, o ditador, o diretor e o mediador. É interessante notar que o referido doutrinador denomina o modelo de processo próprio do Estado Social como “autoritário”, o qual ele considera “um meio termo precário e instável” entre o modelo liberal e o modelo totalitário. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos, p. 281, o que parece bem sintetizar as ideias desenvolvidas na presente pesquisa. Indo mais além, destaca-se que, apesar das diferenças terminológicas, o modelo “garantista”, que é sugerido pelo mencionado jurista como aquele que melhor se afeiçoa ao modelo constitucional de processo, guarda notável simetria com o modelo, aqui denominado, democrático. As semelhanças ficam evidentes quando se afirma que o fundamento do modelo garantista reside na premissa de que “o processo deve ser o baluarte da pessoa, jamais do Estado”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos, p. 286. Nessa toada, “o processo civil contemporâneo não pode tolerar em matéria de procedimento o juiz espectador (modelo liberal), o juiz ditador (modelo totalitário) e, inclusive, os excessos do juiz diretor (modelo autoritário). A autoridade do órgão judicial nessa extensão inaudita reclama rígidos controles, impedindo-lhe o arbítrio e a prepotência. O juiz garantista respeitará o devido processo, integrado pelas regras abstratas do procedimento, além do contraditório e da motivação obrigatória. A cooperação partiária entre os sujeitos do processo é o único modelo constitucionalmente admissível para legitimar as reoluções que sua autoridade permite tomar em desfavor de uma das partes. Esse juiz, obsequioso com os direitos processuais fundamentais, mas jamais indiferente à condição real das partes, desfrutará do melhor equilíbrio para processar, julgar e executar”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos, p. 290-291.

¹¹⁰⁷ Conforme Dierle Nunes, conciliar as características de um processo social e de um processo ‘privatista’ pode provocar resultados sociais e constitucionalmente aceitáveis, no sentido de uma

ponto de se erigir a autonomia privada à condição de verdadeiro princípio jurídico – sem que os poderes-deveres do juiz sejam reduzidos. A ideia de um modelo mais equilibrado no tocante à divisão de trabalho entre o juiz e as partes, inclusive, tem levado a se sustentar um modelo colaborativo de processo, pautado no ideal de uma “comunidade de trabalho entre o juiz e as partes”¹¹⁰⁸, perspectiva que, a partir do art. 6º. do Novo Código de Processo Civil, vem ganhando cada vez mais repercussão¹¹⁰⁹.

justa legitimação das decisões judiciais, sem reduzir a participação ativa do juiz e a contribuição das partes, isto é, a função do processo de assegurar e garantir o contraditório. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹¹⁰⁸ Para uma associação da ideia de processo como comunidade de trabalho à colaboração no processo civil, ver FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 168. Acerca do tema, perquirindo as origens da expressão “processo como uma comunidade de trabalho”, afirma Reinhard Greger: “em seu grande manual de Direito Processual Civil, refere Schwab – em continuação à elaboração de Rosenberg² – a existência de uma “comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft) entre as partes e o juiz” em relação à formação do mérito da causa (Sammlung des Prozesstoff).³ O princípio dispositivo (Verhandlungsmaxime), que transmite às partes essa lição, não é um dogma absoluto e, bem por isso, a ZPO liga o juiz à definição do mérito da causa de diversas maneiras. Não poderia ser diferente, levando em conta a ideia de que o princípio da cooperação teria sua origem no princípio dispositivo – nada obstante existam, atualmente, algumas manifestações em sentido contrário. A mesma visão foi retratada por Gottwald na nova edição do Manual. Porém, ele evita o conceito de ‘comunidade de trabalho’ e conclui que ‘a obrigação do juiz de condução material do processo sugere certo estilo cooperativo’”. GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 123-124, abr. 2012.

¹¹⁰⁹ O tema, embora por muito tempo tenha sido pouco explorado no direito brasileiro, não é absolutamente novo. Ainda no final da década de 80 e durante a década de 90, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao tratar da divisão de trabalho entre o juiz e as partes já propugnava uma ideia de colaboração entre as partes e o juiz, diante da ausência de uma nítida e rígida repartição de funções entre as partes e o órgão judicial: “ao contrário, da análise do que realmente se passa transparece claramente o entrelaçamento de ambas atividades, com mútua colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, possibilitada apenas pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O juiz e o princípio do contraditório*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 73, p. 9, 1993. O mesmo autor retomaria a temática, em 1998, falando, a partir do redimensionamento do princípio do contraditório, de uma recuperação do valor essencial do diálogo na formação do juízo, “fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Porto Alegre, n. 74, p. 107, 1988. Em 2003, em escrito de maior fôlego sobre o tema, já vem defendida uma visão cooperativa de processo, com expressa alusão ao direito português e à máxima da cooperação (*Kooperationsmaxima*) do direito alemão, defendendo-se que “a idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 63, jun. 2003. Também José Carlos Barbosa Moreira, em diversos ensaios, trabalhou, durante toda a década de 80, de forma indireta, com a proposta de um modelo processual fundado na colaboração das partes e do órgão judicial, chegando a afirmar

Sobre a noção de processo como comunidade de trabalho e, mais precisamente, a respeito da colaboração como pauta organizativa do processo¹¹¹⁰, pode-se, até para não se alargar demais no tema, fazer uma breve menção ao pensamento de Reihard Greger. Para o doutrinador e juiz do *Bundesgerichtshof*, a correta compreensão da cooperação em relação ao papel do juiz significa que ele não deve conduzir o processo nem de modo passivo, nem de modo autoritário, mas, sim, “comportar-se, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápido e completamente possível”¹¹¹¹. A doutrina portuguesa chega, inclusive, a falar de um modelo de juiz colaborante¹¹¹². No que tange ao papel das partes, o denominado princípio da cooperação¹¹¹³ “não significa que elas devam oferecer o seu processo

que “o juiz não se escusa de ‘participar’ insuficientemente do processo criticando por inepta ou por maliciosa a atuação do advogado. Há um terreno de responsabilidade sua, intransferível, em que não lhe é lícito invocar, como causa justificativa, qualquer comportamento alheio. Ele espera, no entanto – e nada mais razoável – que os outros figurantes o auxiliem, cada qual na medida de suas possibilidades; ou, na pior hipótese, que se abstenham de atrapalhá-lo...Advogados diligentes e leais são colaboradores preciosos; em feito onde se possa contar com eles, a participação do juiz, apesar dos pesares, tende a ser mais efetiva. Com alguma ajuda das circunstâncias, pode-se começar a divisar aí o advento do reinado – que em geral parece ainda tão longínquo – daquele ‘princípio da cooperação’ que, de acordo com a vanguarda da doutrina, está fadado a resolver, em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o modelo ‘dispositivo’ e o modelo ‘inquisitivo’ do processo civil”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. Nesse sentido, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Dimensiones sociais del proceso civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 137-144, jan. 1987. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 122-133, jan. 1989. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 12, n. 49, p. 51-68, jan. 1986. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹¹¹⁰ Sobre a colaboração processual como modelo de organização do processo, ver 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 o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. Em perspectiva distinta, mas chegando também a um modelo cooperativo de processo, DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

¹¹¹¹ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 126, abr. 2012.

¹¹¹² MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 78.

¹¹¹³ A dignidade principiológica da cooperação para o processo civil não é um tema pacífico sequer na doutrina alemã, conforme afiança Reinhard Greger. Também na doutrina brasileira há um intenso debate sobre o tema, que vem ganhando cada vez mais repercussão diante do Novo Código de Processo Civil. Para uma defesa da colaboração como princípio, ver MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011. Entendendo que a colaboração não se caracteriza como princípio, STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitiero, ou: 'Colaboração no

(*ihren Prozess austragen*) em íntimo companheirismo (*Zweisamkeit*)¹¹¹⁴. Bem compreendida, “a exigência de cooperação ao invés de determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dela participem”¹¹¹⁵.

processo civil' é um princípio? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 13-34, nov. 2012. Para uma crítica do dever de colaboração das partes para com o juiz nos termos propugnados pelo art. 6º do Novo CPC, ver STRECK, Lenio Luiz et al. O 'bom litigante' - Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v.23, n.90, p. 339-354, abr./jun. 2015. Sobre os deveres de colaboração do juiz para com as partes, ver RAATZ, Igor. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47-80, fev. 2011. Por entender que se trata de um tema que demandaria uma extensa abordagem, optou-se por não tratá-lo com mais detalhes na presente investigação. Adianta-se, no entanto, o entendimento de que o debate travado entre Lenio Streck e Francisco Motta com Daniel Mitidiero acerca da dignidade principiológica da colaboração processual esbarra no fato de cada um dos lados da discussão partir de posições distintas acerca do conceito de princípio. Nisso, a resposta oferecida por Daniel Mitidiero à crítica de Lenio Streck pode ser acusada de *rasa*, na medida em que este autor se limitou a defender o *status principiológico* da colaboração processual partindo de um conceito de princípio distinto daquele propugnado pela Crítica Hermenêutica do Direito. Isso tanto é verdade que, em excelente ensaio sobre as raízes históricas do “princípio da cooperação”, Ronaldo Kochem, orientando de Daniel Mitidiero, aborda o referido princípio partindo da concepção clássica do direito processual, segundo a qual princípios são entendidos como máximas, vale dizer, como generalizações sem caráter normativo. KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, jan. 2016. Notas 8 e 47. O problema da “colaboração processual” no novo Código de Processo Civil, segundo entendimento aqui defendido, é um problema de técnica legislativa, na medida em que a redação do art. 6º. do Novo CPC deixa de especificar no que consistiria uma colaboração entre as partes, entre o juiz e as partes e entre as partes e o juiz. Talvez seja possível afirmar que o legislador tentou introduzir um modo de encarar o processo civil que ainda carece de sedimentação doutrinária no direito brasileiro ou, quiçá, de sedimentação terminológica. Como será melhor visualizado ao longo do presente estudo – e tal será o sentido atribuído às expressões colaboração e cooperação daqui em diante – além do direito alemão e português já referidos, também no direito francês e, principalmente, no direito inglês, utiliza-se o termo “colaboração” para designar um modelo de processo em que o juiz é retirado da inércia habitual do modelo liberal, mas que as partes também não são colocadas em segundo plano como no modelo social de processo. A expressão “em cooperação com as partes” utilizada para o saneamento compartilhado do art. 357 do NCPC traduz com perfeição esse ideal de processo pautado pela ideia de colaboração.

¹¹¹⁴ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 126, abr. 2012. Em sentido semelhante, Alexandre Freitas Câmara adverte que “seria evidentemente uma ingenuidade acreditar que os sujeitos do processo vão se ajudar mutuamente. Afinal, litigantes são adversários, buscam resultados antagônicos, e seria absurdo acreditar que o demandante vai ajudar o demandado a obter um resultante que lhe interesse (ou vice-versa). Mas não é disso que se trata. O princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão ‘co-operar’, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9. Em sentido análogo, refere Araken de Assis: “em que pese a diversidade de objetos, os atos das partes, inclusive quando contrastam entre si, e os provimentos do juiz desfavoráveis a uma delas concorrem para o objetivo comum e é nesse sentido que se vislumbra a cooperação. Impor às partes o dever de cooperar entre si, em nome de postulados éticos, como geralmente se sustentava e propõe o art. 6.º, mostrar-se-ia antinatural e, sobretudo, irrealizável”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 941.

¹¹¹⁵ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*. v. 37, n. 206, abr. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 126. Em sentido similar, Paula Costa e

Nesse pano de fundo – em que o conceito de liberdade, em sua dupla dimensão, apresenta-se como um dos pilares do Estado Democrático de Direito – torna-se possível perquirir em que medida a autonomia privada passa a ser decisiva para influenciar a própria conformação do procedimento no âmbito processual civil. Coloca-se em xeque, com isso, a dicotomia entre privatismo e publicismo processual, objetivando-se um equilíbrio entre a ideia de processo como “coisa das partes” e processo como “coisa do juiz”. O modo como tudo isso irá se apresentar será objeto de ponto específico, no qual se objetiva refletir acerca dos princípios do Novo Código de Processo Civil.

3.6 A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO CIVIL E DO PROCESSO CIVIL: APROXIMAÇÕES ACERCA DO CONTEÚDO PRINCIPIOLÓGICO DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A chamada constitucionalização do processo civil é um fenômeno que pode ser contrastado com o movimento de constitucionalização experimentado pelo direito civil a partir do segundo pós-guerra. Um diálogo entre essas duas perspectivas afigura-se bastante profícuo na medida em que a constitucionalização do direito civil constitui uma ruptura teoricamente muito mais aguda que a constitucionalização do processo. Afinal, o processo civil desde o início do seu desenvolvimento científico veio a ser gradualmente associado ao direito público, enquanto no direito civil sempre foi pensado como o grande marco da própria ideia de direito privado.

Não é por acaso que, no direito brasileiro, muito mais influentes são os estudos acerca da constitucionalização do direito civil, o que pode ser justificado pelo fato de a constitucionalização assumir um papel de reestruturação das bases

Silva, ao versar sobre o dever de cooperação, refere que, “naquilo que tem de núcleo duro, impõe este dever aos operadores judiciais uma atitude de cooperação, com inversão absoluta do paradigma do processo judicial enquanto luta entre privados. Se este podia ser visto como um assunto estritamente particular, deixa de o ser uma vez que é também dever do juiz cooperar com as partes para a composição da causa, com brevidade e eficácia. Por seu turno, as partes têm de cooperar entre si. Essa cooperação atenua, por vezes, o cumprimento, quer de deveres, quer de ónus que incidem sobre a parte, permitindo-lhe o exercício de faculdades ou o cabal cumprimento de ónus e deveres. Assim sucede, claramente, quanto à obtenção de meios de prova, sejam estes acessórios do exercício de faculdade ou de cumprimento de ónus processual, conforme estabelece o art. 266/4. Se, *v.g.*, a parte precisa de determinado documento, que se encontra em poder da parte contrária ou de terceiro, para concretizar – e não apenas para provar – a sua pretensão, deverá impetrar junto ao juiz para que este a auxilie a obter esse documento (arts. 574 e 575 CC e 266/4)”. COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 410.

em que historicamente estava alicerçado o direito privado. O seu estudo, no entanto, serve aqui a duas finalidades: reforçar os aportes teóricos que irão informar a constitucionalização do processo civil e delinear alguns elementos que irão influenciar no estudo do princípio da autonomia privada no processo civil.

Antes de seguir nesse caminho, afigura-se importante fazer uma advertência. O tema da “constitucionalização” é encarado, aqui, muito mais numa perspectiva histórica em que se busca desvelar o modo como gradualmente os espaços outrora reservados de modo ilimitado à autonomia privada (no direito civil) foram sendo preenchidos, também, por aspectos originalmente denominados publicistas, que, na verdade, não passam de uma decorrência direta, no panorama atual, a força normativa da constituição e da impossibilidade de fazer uma cisão entre Constituição e outros “ramos” do direito. O direito civil somente pode ser lido a partir da pré-compreensão que o intérprete tem da Constituição, o que não se dá em fatias ou por subsunção. Esse é o significado daquilo que se costuma chamar de filtragem constitucional, se bem compreendido tal fenômeno a partir da matriz hermenêutica. Talvez o essencial, neste ponto do trabalho, é deixar claro como o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo rompe com a dicotomia público-privado que ganhou força nos novecentos. Por mais que se diga que o processo civil é ramo do direito público, isso é tão “relativo” quanto dizer que o direito civil é ramo do direito privado. Ao menos numa perspectiva de filtragem constitucional, essa dicotomia se mostra sobremaneira artificial.

As relações entre o direito civil e o direito constitucional constituem um fenômeno relativamente recente. Quando do nascimento dos primeiros códigos civis, notadamente o Código Civil francês de 1804 e o Código Civil italiano de 1865, o direito constitucional ocupava um papel secundário. Enquanto ao código civil era reservada a função de estatuto orgânico da vida privada e das liberdades civis¹¹¹⁶, como se fosse uma espécie de “constituição da vida privada”¹¹¹⁷, a função da

¹¹¹⁶ IRTI, Natalino. *L'eta della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 8.

¹¹¹⁷ Conforme Eugênio Facchini Neto, “na época do liberalismo clássico [...] concebiam-se as constituições liberais como verdadeiros *códigos do direito público* (ou seja, diplomas jurídicos que buscavam disciplinar a organização do Estado, a estrutura dos poderes, a competência de seus órgãos, bem como algumas relações entre o Estado e seus súditos), ao passo que os códigos privados eram encarados como verdadeiras *constituições do direito privado* (isto é, estatutos que disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, com exclusão de qualquer intervenção estatal, especialmente na área econômica, regida que era pela autonomia da vontade e pela concepção individualista de propriedade privada)”. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo

Constituição era bastante limitada e presa à ideologia liberal própria da época. A aposta em uma Constituição escrita se dava não somente para impedir um governo arbitrário e instaurar um governo limitado, mas para garantir os direitos do cidadão e para obviar que o Estado os violasse. Tratavam-se de direitos postos como limites ao Estado¹¹¹⁸. Sucede que esse papel que, em princípio, deveria caber à Constituição ficou muito mais centrado nas mãos de um modelo de organização política equilibrado entre os diferentes poderes com apelo à consciência do bom legislador. Não se tratava, pois, de uma Constituição normativa; falhava a própria ideia de Constituição¹¹¹⁹.

A pretensão de universalidade e autonomia almejada pelo Código gradualmente foi sendo reduzida, notadamente a partir da primeira guerra mundial. Ocorre uma espécie de *socialização do direito privado à margem dos Códigos civis*¹¹²⁰, na medida em que o Estado passa a intervir em áreas outrora reservadas à autonomia privada e aos Códigos. O primeiro setor atingido pela necessidade de uma profunda e duradoura intervenção do Estado foi o do *inquilinato*, tendo em vista que o problema da habitação havia atingido muitos Estados europeus, de modo que tal carência fez com que o Estado se visse coagido a introduzir no contrato de locação de imóveis para habitação *graves restrições* ao princípio clássico, liberal, da liberdade contratual. Isso tudo não importava num rompimento com as linhas mestras do Código Civil, na medida em que a intervenção estatal e a socialização do direito privado se faziam de modo disperso, com o uso de legislações excepcionais¹¹²¹, as quais ficaram conhecidas como leis de emergência¹¹²². Dito de

Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

¹¹¹⁸ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editoria Trotta, 1988. p. 25. Nesse sentido, a ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para atingí-lo. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 326.

¹¹¹⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte*, v. 3, n. 9, p. 185, jan. 2009.

¹¹²⁰ VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, Rio De Janeiro: Forense, 1984. p. 504.

¹¹²¹ VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, Rio De Janeiro: Forense, 1984. p. 507.

outro modo, a publicização do direito privado¹¹²³ foi se moldando à margem do Código, o qual permanecia incólume nas suas premissas, embora sua pretensão de universalidade via-se abalada. Essa perda de centralidade do Código é intensificada a partir do segundo pós-guerra, período denominado como *idade da decodificação*, traduzida por uma cotidiana e penetrante conquista de territórios por parte de leis especiais¹¹²⁴.

Ao lado da publicização – entendida como processo de intervenção estatal pela via legislativa infraconstitucional sobre assuntos antes reservados ao Código Civil e à plenitude da autonomia privada – outro fenômeno que contribui para a perda de centralidade normativa do Código foi o da constitucionalização do direito

¹¹²² O que no Brasil foi sentido logo após a entrada em vigor do Código Civil de 1916, conforme afiança Gustavo Tepedino: “pode-se dizer, portanto, que logo após a promulgação do Código Civil brasileiro, o legislador teve que fazer uso de leis excepcionais, assim chamadas por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado. O Código Civil mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, de modo que não desmentiam o sentido de completude e de exclusividade pretendidos pelo Código. [...] A *legislação de emergência* pretendia-se episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil. Delineia-se assim o cenário da primeira fase intervencionista do Estado, que tem início logo após a promulgação do Código civil, sem que fosse alterada substancialmente a sua centralidade e exclusividade na disciplina das relações de direito privado”. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006. t. 2, p. 26-27.

¹¹²³ Conforme Paulo Lôbo, “a denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 200. No mesmo sentido, o jurista italiano Michele Giorgianni, menciona que “com a fórmula da ‘publicização’ e da ‘socialização’ se quer indicar que o domínio da vontade do particular no terreno da economia, como era consagrado pelos códigos oitocentistas, é cada vez mais insidiado pelos poderes públicos. O Direito Privado ‘publicizado’ ou ‘socializado’ está, portanto, para o Direito Privado sem adjetivos, como a atual concepção da economia - dirigée, ou seja, keynesiana, ou seja do ‘bem-estar’, para utilizar fórmulas correntes - está para a concepção liberal. GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. *Revista dos tribunais*. v. 747. Janeiro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 49.

¹¹²⁴ IRTI, Natalino. *L'eta della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 26. O movimento de decodificação do direito civil já era experimentado no Brasil desde a década de 30, quando já se contabilizava “robusto contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se compadeceriam com o pretendido caráter excepcional, na imagem anterior que retratava uma espécie de lapso esporádico na completude monolítica do Código Civil [...] Pode-se registrar assim uma segunda fase no percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas. A disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral”. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006. t. 2, p. 27.

privado¹¹²⁵, cuja marca central é a submissão do direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos¹¹²⁶.

Na perspectiva da constitucionalização do direito civil tem-se não somente uma superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado já percebida com a “publicização do direito civil”¹¹²⁷, mas, também, a consagração de institutos fundamentais do direito privado, como é o caso da família, da propriedade privada e da atividade econômica na própria Constituição¹¹²⁸, a qual deixa de servir apenas como instrumento de organização estatal e adquire ampla força normativa.

Todo esse pano de fundo constitucional levou a uma nova forma de enxergar o direito privado. Nesse sentido, Pietro Perlingieri cunhou o termo “direito civil na legalidade constitucional”, para expressar a incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o fenômeno da legislação e, em particular, da codificação. Para o jurista italiano, os principais pressupostos teóricos desse modo de compreender o direito civil dizem respeito (i) à natureza normativa da Constituição; (ii) à complexidade e unitariedade do ordenamento jurídico e ao pluralismo das

¹¹²⁵ Nesse sentido, Natalino Irti afirma que “o código civil tem perdido o caráter de centralidade no sistema das fontes: não mais sede de garantias do indivíduo, agora assumida e desenvolvida pela Constituição; não mais sede dos princípios gerais, agora expressos por categorias individuais de bens ou classes de sujeitos, por leis externas. A história do nosso século revela, sob o perfil dos acontecimentos legislativos, um radical endereço centrífugo”. (IRTI, Natalino. *L'eta della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 33).

¹¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 200.

¹¹²⁷ Nesse sentido, Ricardo Luis Lorenzetti fala em “crise da separação entre direito público e direito privado, com um olhar mais próximo ao direito civil: “na área do Direito Público, têm-se produzido privatizações que provocaram um traslado de uma de suas áreas mais importantes ao Direito Privado; a mudança é tão profunda que o Direito Administrativo tem sido levado à sua mínima expressão. Mas ao Direito Privado lhe resulta difícil explicar a ideia de um servi público forçoso e de utilizar suas ferramenas tradicionais para defender os consumidores. De outra parte, temas típicos do Direito Privado, com os familiares e os da pessoa se tornam públicos. Não é possível resolver casos vinculados à genética, sem considerações úblicas, ou temas contratuais, sem uma avaliação da economia”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 227).

¹¹²⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 31. Conforme Lorenzetti, “em uma primeira etapa, as Constituições questionaram fundamentalmente, a organização do governo, e seus destinatários serem os governantes. Não obstante, imediatamente, incluíram direitos do cidadão diante da orгнаização estatal, e, posteriormente, direitos socioeconômicos, disposições sobre organização da economia e, em geral, normas vinculadas ao Direito Privado. A norma constitucional deixa de ser exclusivamente uma regra que unicamente continha elementos de Direito Público para se referir também as relações entre os particulares”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 254).

fontes do direito; e (iii) à renovada teoria da interpretação jurídica a fins aplicativos¹¹²⁹.

Com efeito, a noção de Estado Democrático de Direito que perpassa as Constituições democráticas do segundo pós-guerra, modelo ao qual a Constituição brasileira se afeiçoa, é diretamente informada por um modelo constitucional dirigente e compromissório. Trata-se de visualizar, na Constituição, não apenas como estatuto organizatório, simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de processos, mas como um plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins do Estado e da sociedade¹¹³⁰. A Constituição, nesse viés, passa a ser dotada de *força normativa*, impondo tarefas e transformando-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas¹¹³¹. Passa, igualmente, a ser concebida como Constituição política, e não somente estatal¹¹³², sendo acertado dizer que “onde está o fenômeno *político*, aí

¹¹²⁹ PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 75, jul./set. 2007.

¹¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 12. Adiantando o tom da questão, pode-se dizer que “a Constituição do Brasil não é um mero ‘instrumento de governo’, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um ‘estatuto jurídico do político’, mas sim um ‘plano global normativo’ da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro. Daí ser ela a *Constituição do Brasil* e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. Os fundamentos e os fins definidos em seu art. 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira”. GRAU, Eros Roberto. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Resenha do prefácio da 2. ed.).

¹¹³¹ Conforme Hesse, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes na consciência geral não só a *vontade de poder* mas também a *vontade de Constituição*”. (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Gilmar Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132).

¹¹³² BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, nº 61. São Paulo: CEDEC, 2004. p. 9. FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. p. 145. GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. XLI. Conforme Pablo Lucas Verdú, apesar da crise do Direito constitucional no período entre guerras, 1919-1939, o constitucionalismo ressurgiu renovando suas técnicas, acolhendo novas realidades socioeconômicas (Direitos econômicos-sociais) e políticos. Assim, “junto dos temas clássicos, limitação do poder, garantia de Direitos e liberdades apareceram sucessivamente a institucionalização das soluções federais, das *realidades socioeconômicas* (trabalho, economia, sindicalismo, direito de greve, nacionalizações, socializações, comitês econômicos sociais) e políticas (partidos), de *fatores ideológicos* (demoliberalismo, socialismo) *filosófico-religiosas* (proteção de crenças religiosas e de convicções filosóficas em favor de objetos de

está o fenômeno *constitucional*¹¹³³. A dimensão política da Constituição, portanto, não é uma dimensão separada, mas o “ponto de estofa” em que convergem as dimensões democrática, liberal e social daquilo que se pode chamar de essência do constitucionalismo do segundo pós-guerra¹¹³⁴.

A reformulação ocorrida no que tange à teoria das fontes vai fazer com que a supremacia da lei ceda lugar à onipresença da Constituição¹¹³⁵. Assim, se o Estado Liberal construiu o terreno propício para o absolutismo da lei¹¹³⁶, no Estado Democrático de Direito experimenta-se um rompimento com esse paradigma, de modo que a lei passa a submeter-se a uma relação de adequação e subordinação a um *status* mais elevado de direito estabelecido pela Constituição¹¹³⁷, encarada como o centro para o qual o todo deve convergir¹¹³⁸.

Desse modo, a perda de unidade normativa do Código, decorrente da inflação legislativa operada a partir da primeira guerra, é recuperada não propriamente no Código, mas na própria Constituição. Atribui-se à Constituição o papel central na unificação do ordenamento jurídico a partir da construção de um sistema harmônico das fontes legislativas¹¹³⁹. Tem-se, com isso, uma superação da segregação histórica entre a Constituição e o direito civil, a partir de uma remodelagem de seus

consciência)”. VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Editorial Tecnos, 1972. v. 1, p. 403.

¹¹³³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 329. Conforme Bercovici, “não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais”. BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 166, 2006.

¹¹³⁴ Conforme Streck, “é possível afirmar que a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o *ponto de estofa* em que convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), a *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal) e a *social* (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de ‘essência’ do constitucionalismo do segundo pós-guerra. É exatamente por isto que Hans Peter Schneider vai dizer que *a Constituição é direito político: do, sobre e para o político*”. STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 79.

¹¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

¹¹³⁶ O termo *absolutismo da lei* é aqui utilizado a partir de KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 43.

¹¹³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 153.

¹¹³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 14.

¹¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006. t. 2, p. 43.

institutos com base nas diretrizes constitucionais, em especial nos valores fundamentais do ordenamento jurídico¹¹⁴⁰.

Quer-se com isso dizer que a Constituição, ao unificar o sistema normativo do direito privado, contemplando nela aqueles institutos que antes estavam reservados ao Código, vem a preenchê-los normativamente com um conteúdo que espelha o programa constitucional, fundado na revalorização do ser humano a partir de uma série de direitos fundamentais decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, o advento da Constituição de 1988 impôs um choque entre o texto constitucional – alicerçado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e na redução das desigualdades sociais – e o Código Civil de 1916, pautado pelo individualismo¹¹⁴¹ e pelo patrimonialismo¹¹⁴².

Cabe lembrar que a codificação liberal, na qual se insere o Código Civil brasileiro de 1916, tinha como valor necessário da realização da pessoa a propriedade. Em torno dela gravitavam todos os demais interesses privados juridicamente tutelados. O que realizava a pessoa humana era o patrimônio, entendido como domínio incontestável sobre os bens. Nisso residia o forte cunho patrimonializante das relações civis, assentadas na propriedade e no contrato, este visualizado como modo de circulação da propriedade¹¹⁴³. Ocorre que, com a constitucionalização do direito civil impõem-se a sua *despatrimonialização*, de modo a recolocar no seu centro o ser humano¹¹⁴⁴. Fala-se, nesse sentido, na

¹¹⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 6.

¹¹⁴¹ Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, “na época da codificação, o valor originário e fundamental era constituído pelo indivíduo, por sua capacidade individual, por sua liberdade de escolher suas próprias metas, seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso. Este indivíduo era, na descrição de G. Radbruch, o homem prudente, alerta e interessado, a quem o Estado pode (e deve) deixar em paz porquê de seu “inteligente egoísmo” cabe esperar a utilização mais proveitosa. Assim é que as numerosas descobertas científicas da época exaltam o espírito e o engenho do homem individual. Cabe ressaltar que o uso, em sentido favorável, da expressão “individualismo” bem como a elaboração de seu conteúdo foram cunhados na modernidade, coincidindo o novo significado com a generalizada aceitação, no pensamento político, da primazia do indivíduo perante a sociedade e o Estado”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: Tendências. Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.15, p. 96, jul. 1999.

¹¹⁴² SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 9.

¹¹⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 205.

¹¹⁴⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 34.

repersonalização do direito civil, no sentido de repor a pessoa humana como seu centro, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário¹¹⁴⁵.

Tem-se, com isso, uma verdadeira reversão da perspectiva histórica do direito privado, que, na sua gênese, interessava-se pelo sujeito de direito somente na perspectiva patrimonial, vale dizer, como proprietário, testador e contratante, exigindo-se, então, que a pessoa possa a ser valorizada pela sua condição humana. Passa-se do *ter* para o *ser*: o ter deixa de ser um valor em si mesmo para se tornar mero instrumento de realização do ser, subordinando-se a atividade econômica ao atendimento de princípios como a solidariedade social, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana¹¹⁴⁶.

Essa refundação do direito privado a partir da Constituição impõe uma revitalização dos velhos institutos do direito privado a partir de uma nova tábua principiológica, nisso residindo, segundo Gustavo Tepedino, o significado mais importante da constitucionalização do direito civil. A partir do arcabouço principiológico constitucional, portanto, confere-se unidade ao ordenamento jurídico e institui-se, nas normas constitucionais, a justificação da normatividade do direito infraconstitucional. A norma constitucional, portanto, torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica das relações civis, constituindo parte integrante da normativa nas quais essas, sob o perfil funcional, se sustentam¹¹⁴⁷. Deixa de ser vista como mera regra hermenêutica, para assumir o papel de norma de

¹¹⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 206.

¹¹⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20-21. Como bem destaca Ricardo Aronne, a repersonalização do direito “importa em deslocar o enfoque protetivo do campo jurídico da pertença para a pessoa, em seu sentido ontológico. Trazer o ser humano, existencializando e concreto, para o núcleo do sistema e derivar o patrimonialismo natural do liberalismo jurídico e econômico, para as periferias do ordenamento. Tutelar o ser e não o ter, em *prima facie*”. ARONNE, Ricardo. Direito à propriedade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 233.

¹¹⁴⁷ De acordo com Tepedino, “em outras palavras, a interpretação de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública insaturada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional. Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, uma *redução quantitativa* dos espaços de autonomia privada [...] Trata-se, ao revés, de uma *transformação qualitativa* de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária”. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006. t. 2, p. 42.

comportamento, idônea a incidir também sobre o conteúdo da relação entre situações subjetivas, de modo a funcionalizá-la a novos valores¹¹⁴⁸.

Assim, pode-se afirmar que nenhuma regra prevista pela legislação infraconstitucional pode ser interpretada e aplicada¹¹⁴⁹ sem o devido filtro constitucional. *A aplicação de uma regra infraconstitucional é, ao mesmo tempo, aplicação e interpretação dos princípios constitucionais que instituem a regra.* É por isso que, por exemplo, qualquer instituto dos direitos reais deve ser interpretado à luz do filtro hermenêutico constitucional e que, em conflitos privados envolvendo confronto entre posse e propriedade, há de se levar em consideração o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal¹¹⁵⁰.

Desse modo, os institutos civis da autonomia privada, da propriedade, do contrato, do testamento, das associações e das fundações encontram-se conformados pela ordem constitucional, o que autoriza dizer que a autonomia privada encontra-se limitada e sua eficácia jurídica ligada diretamente ao problema da organização econômica da sociedade, cuja fonte suprema é a Constituição Econômica¹¹⁵¹, a qual vai orientada pelos princípios do reconhecimento e garantia da propriedade privada (CF, art. 52 e art. 170, II), da liberdade de iniciativa econômica dos particulares fundada na dignidade da pessoa humana e na justiça social (CF, art. 1º, IV e 170), da iniciativa pública econômica do Estado quando necessária por motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo e do reconhecimento do poder normativo e regulador do Estado, de caráter indicativo para os particulares¹¹⁵².

No que concerna à *autonomia privada*, tem-se a sua funcionalização, o que faz com que deixe de ser um valor em si, podendo sê-lo somente em certos limites

¹¹⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 199.

¹¹⁴⁹ Relembre-se, aqui, as lições da hermenêutica contemporânea, de matriz gadameriana, para a qual não há cisão entre interpretação e aplicação. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 406. No mesmo sentido, ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 323.

¹¹⁵⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 40.

¹¹⁵¹ Sobre o conceito de Constituição Econômica, ver BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹⁵² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed., rev., modif. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 234, nota 34.

se e quando responder a um interesse merecedor de tutela¹¹⁵³. Conforme Francisco Amaral “a funcionalização de um princípio, norma, instituto ou direito implica, na sua posituação normativa, o reconhecimento de limites que o ordenamento jurídico, ou algum de seus princípios vinculantes, estabelece para o exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas) que possa caracterizar abuso de direito”¹¹⁵⁴. Como a Constituição de 1988 além de se emprestar maior relevância ao *ser* do que ao *ter*, nisso residindo a noção de *repersonalização do direito privado*, confere-se considerável relevância ao princípio da solidariedade social, o que levou Miguel Reale a falar em um princípio da “socialidade” no direito civil, superando-se o individualismo em favor do coletivo¹¹⁵⁵. Desse modo, os seus institutos e princípios basilares passam a ser pensados à luz de sua função social, o que significa

¹¹⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 141. Em outra passagem, afirma o jurista italiano que “a autonomia privada como poder de autodeterminação não encontra mais resposta e mérito em si: a valoração do ato de autonomia é positiva somente quando o ato concreto responde a uma função juridicamente e socialmente útil”. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 139). Há, desse modo, uma superação da imagem do direito privado construída pela pandectística alemã no bojo da sociedade burguesa e liberal, incorporada no Código Civil de 1916, com todas as peculiaridades do individualismo e patrimonialismo brasileiro. Sobre isso, cabe lembrar as palavras de Franz Wiacker acerca da crise do pensamento jurídico e do direito privado no século XX: “a última imagem do conjunto coerente do direito privado, a pandectística, provinha da sociedade burguesa, que se tinha começado a impor do ponto de vista social e econômico, desde o séc. XVIII na Inglaterra, depois em França e, finalmente, na Alemanha, a partir do primeiro terço do séc. XIX. A Alemanha, que perdera então a oportunidade de instaurar a democracia, inseriu então nesta imagem a concepção moral da filosofia idealista. A ética da autonomia, que Kant fornecera à renovação da ciência jurídica por volta de 1800, concebeu o direito privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autónoma do ponto de vista moral. Aqui se baseavam a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação (desde que na Europa ocidental e central o estado constitucional, em ligação com o patronato, deixou de privar as classes trabalhadoras da liberdade de associação). A isto corresponderam as grandes figuras do sistema do direito privado: o direito subjectivo como poder de vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autónoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjectiva entre sujeitos autónomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas colectivas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas”. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 717.

¹¹⁵⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 102, p. 228, abr/jun. 1989.

¹¹⁵⁵ Miguel Reale, tratando do Código Civil de 2002, afirma que, “perceber-se-á logo a diferença entre o código atual, elaborado para um país predominantemente rural, e o que foi projetado para uma sociedade, na qual prevalece o sentido da vida urbana. Haverá uma passagem do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição eqüitativa de liberdade e igualdade. REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto do Código Civil. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Brasília, v. 5, n. 10, p. 67, 2001. Exemplo notável disso é o artigo 187 do Código Civil, que considera ilícito o comportamento do “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

considerar que a sociedade se sobrepõem ao interesse individual, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais¹¹⁵⁶. Como se vê, a constitucionalização do direito civil impôs uma necessária releitura – talvez seja mais adequado falar em uma filtragem constitucional¹¹⁵⁷ – dos institutos fundamentais do direito privado.

Tão sintomática é a constitucionalização do processo civil que o Novo Código de Processo Civil estabelece, já no seu artigo 1.º, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. É inegável que o referido dispositivo consagra uma obviedade, pois é indiscutível, na quadra atual do pensamento jurídico, a supremacia das normas constitucionais e o seu papel de conformação das normas infraconstitucionais. Todavia, do ponto de vista simbólico, representa uma notável oportunidade para que, na prática, os aportes teóricos desenvolvidos em torno da constitucionalização do processo civil possam influenciar na implementação do Novo Código.

O movimento de constitucionalização do processo civil, numa perspectiva histórica, pode ser visualizado sob um duplo enfoque. Por um lado, trata da incorporação, nas Constituições, de normas respaldadas no próprio direito processual – fenômeno que ocorre principalmente a partir do segundo pós-guerra –, de modo que as normas processuais passam a adquirir *status* constitucional. Desse modo, as instituições processuais adquirem o grau de direitos cívicos ou fundamentais¹¹⁵⁸, como expressava Eduardo Couture, autor que exerceu grande influência no movimento de constitucionalização do processo¹¹⁵⁹. Fala-se, nessa

¹¹⁵⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 102, p. 229, abr/jun. 1989.

¹¹⁵⁷ Como bem destaca Perlingieri, “a própria expressão ‘releitura dos institutos do direito civil à luz da Constituição’ coloca-se com uma certa dose de ambiguidade, tende a sublinhar não já que o objeto da interpretação a fins aplicativos sejam as disposições ordinária, reguladoras de cada instituto, adequada ou conformada à constituição, *mas que o objeto da interpretação são as disposições de grau ordinário juntamente com as normas constitucionais: umas em função das outras e vice e versa, em coordenação umas e outras segundo a comprovada técnica da combinação de dispositivos. Técnica, esta, voltada a evitar que a Constituição seja lida e interceptada à luz da lei ordinária*”. PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 76, jul./set. 2007.

¹¹⁵⁸ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978. p. 22.

¹¹⁵⁹ Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho, “Eduardo J. Couture, com seus estudos, despertou o interesse da doutrina na América Latina e, inclusive, na Europa, pela análise das garantias

fase, ora que o processo significa o desenvolvimento de um preceito constitucional¹¹⁶⁰, funcionando como imediata e direta complementação dos mandamentos constitucionais¹¹⁶¹, ora que as normas processuais passam a assumir “*il vigore proprio delle norme costituzionali*”¹¹⁶². Nesse primeiro enfoque, a constitucionalização do processo servia como barreira à atuação do legislador, que ficava impedido de impor restrições aos direitos processuais consagrados na Constituição, mormente ao direito de acesso à justiça¹¹⁶³, o que, atualmente, é ampliado, no sentido do resguardar também outras normas constitucionais processuais¹¹⁶⁴.

Em outra perspectiva, tem-se uma gradual evolução no que tange à importância da Constituição para o processo. Um dos primeiros processualistas que se deu conta disso foi Gian Antonio Micheli, que, no início da década de quarenta, visualizava as normas constitucionais como *pressuposto constitucional do direito processual*¹¹⁶⁵. Liebman, em 1954, já concebia um dever de interpretar as normas processuais de modo a *conciliá-las o quanto possível com o que dispõe a Constituição*¹¹⁶⁶. No final dos anos setenta tudo isso vai se materializar numa renovação dos estudos do direito processual, enfatizando-se a origem constitucional

constitucionais do Processo”, nessa linha, afirma que “após o projeto do Código de Procedimentos Civis de Couture, em 1945, começou na América Latina certa tendência reformista”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 122-123. Na mesma época a influência de Couture já se mostrava presente em outros autores, como Roberto Paine, para quem “*como la Constitución debe establecer los principios fundamentales que rijan a la comunidad, los constituyentes consideraron que entre esos principios existen algunos de carácter procesal, y por esa razón los consagraron en el articulado constitucional, ya que su importancia así lo aconsejaba (principios de igualdad en el procedimiento, inviolabilidad de la defensa, etc.)*”. PAINE, Roberto. *Principios de derecho procesal*. Primer tomo. Buenos Aires: Las heras, 1944. p. 25-26.

¹¹⁶⁰ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978. p. 94.

¹¹⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 11.

¹¹⁶² PROVINCIALI, Renzo. *Norme di diritto processuale nella costituzione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 21.

¹¹⁶³ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978. p. 41.

¹¹⁶⁴ Desse modo, ficaria o legislador impedido de criar leis que violassem não somente o direito de acesso à justiça, mas também outros direitos constitucionais processuais como o direito ao contraditório, à publicidade, à fundamentação das decisões, etc.

¹¹⁶⁵ MICHELI, Gian Antonio. Profili o presupposti costituzionali del diritto processuale? *Stato e diritto*, 1941. p. 445.

¹¹⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Il principio del contraddittorio e la costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 129, 1954.

dos institutos processuais, como se pode verificar na obra de Nicolò Trocker, que vai falar em um *direito à tutela jurisdicional a partir de bases constitucionais*¹¹⁶⁷.

Atualmente, a imbricação entre processo civil e Constituição é uma premissa inarredável do modelo de processo próprio do Estado Democrático de Direito. Na verdade, um primeiro dado inafastável é que essa relação, hoje, tem como pressuposto e, ao mesmo tempo, traz consigo os aportes teóricos que permeiam a teoria do direito sob a égide do Constitucionalismo Contemporâneo¹¹⁶⁸ e da teoria dos direitos fundamentais¹¹⁶⁹. Daí a *impossibilidade de se falar de uma cisão entre processo e Constituição*, na medida em que a Constituição, utilizando a expressão cunhada por Micheli há longa data, é pressuposto do direito processual civil. A Constituição *ordena e disciplina* o direito processual, bem como é *condição de*

¹¹⁶⁷ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 11.

¹¹⁶⁸ O Constitucionalismo contemporâneo impõe uma ruptura com os elementos jurídicos que estavam na base do constitucionalismo, este entendido como movimento de libertação frente ao poder estatal, razão pela qual não pode ser entendido como uma continuação do movimento anterior. Isso, no plano da teoria do direito e da interpretação tem repercussão gigantesca, na medida em que, conforme Luís Pietro Sanchís, “o constitucionalismo torna insustentável a teoria do Direito positivista principalmente em três aspectos: a teoria das fontes, que obviamente já não pode girar em torno da hegemonia absoluta da lei; a teoria da norma, que deve dar conta da existência de novas ‘peças do Direito, particularmente dos princípios; e a teoria da interpretação, que com sinceridade já não pode continuar defendendo nem a tese mecanicista nem tampouco a tese da discricionariedade, pelo menos tal e como ambas foram apresentadas pelo positivismo”. SANCHÍS, Luis Prieto. Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 141, jan. 2009.

¹¹⁶⁹ Desse modo, não se pode obscurecer a importância assumida pelos direitos fundamentais e pela teorização a respeito deles construída pela doutrina constitucional. Sendo o processo um direito fundamental, também a ele se aplica todo o manancial teórico pertinente aos direitos fundamentais, como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a proibição de proteção insuficiente, de excesso e de retrocesso, a dupla dimensão dos direitos fundamentais e a eficácia irradiante que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. No direito espanhol, Juan Picó i Junoy, afirma que, dentre as consequências da constitucionalização, como direitos fundamentais, das garantias processuais do art. 24 da Constituição Espanhola, estão a da aplicação direta e imediata, de modo que “os direitos fundamentais vinculem a todos os poderes; requerendo um adequado sistema de garantias constitucionais dentro dos quais se faça exigências aos juízes de aplicá-las de modo direito e imediato, as normas constitucionais [...] A ausência de um desenvolvimento legislativo não pode, em nenhum caso, servir de escusa para impedir a aplicação direta do art. 24”. Ademais, “o ordenamento jurídico deve ser interpretado judicialmente no sentido mais favorável ao exercício e desfrute dos direitos fundamentais [...] o que exige, não em poucos casos, realizar novas leituras das normas processuais, buscando e favorecendo aquela mais de acordo com o texto fundamental”. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997. p. 24-26). Acerca da teoria dos direitos fundamentais, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. Quanto ao tema na sistemática processual, ver RAATZ, Igor. SCALABRIN, Felipe. O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 5, n. 14, p. 269-296, jan. /mar. 2011.

possibilidade da interpretação das normas processuais. Não há processo civil que não seja, no marco do Estado Democrático de Direito, processo civil constitucional. Nesse sentido, com bem adverte Lenio Streck, “*Direito constitucional, mais do que disciplina autônoma, é modo de ser; é modo de exigir; é condição de possibilidade do processo interpretativo*”¹¹⁷⁰. Daí que o processo civil e seus institutos balisares somente poderão ser autenticamente compreendidos se passarem por uma filtragem constitucional, a qual, repita-se, não ocorre por mera subsunção. A Constituição não é capa de sentido, mas condição de possibilidade para compreensão do processo civil.

O legislador ao disciplinar e ordenar o processo tem como ponto de partida a Constituição. Não se trata apenas de visualizar a Constituição como uma restrição ao legislador, mas, indo muito mais além, como um dever de concretização que grava o legislador, o executivo e o judiciário¹¹⁷¹. O Novo Código de Processo Civil precisa ser entendido, pois, como *um projeto de concretização e densificação das normas constitucionais*, nas quais estão previstos os elementos centrais que alicerçam a noção de processo civil no Estado Democrático de Direito.

Com isso, tem-se uma mudança de perspectiva no que diz respeito ao eixo temático da constitucionalização do processo. Sem desprezar as bases constitucionais que envolvem o direito à tutela jurisdicional e a jurisdição, o direito ao

¹¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 200. Nesse sentido, em lição que se aplica também ao processo civil, Streck afirma que “não há um Direito Penal autônomo e tampouco é aconselhável falar em um Direito Civil Constitucional; o Direito Penal deve ser sempre Direito Penal compreendido a partir da Constituição, assim como qualquer texto do Código Civil somente será válido se estiver filtrado/compreendido a partir de uma adequada análise à luz do fundamento de validade que é a Constituição, sob pena de incorrerem em outro problema metafísico, que é a “equiparação” da (mera) vigência com a validade”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 200.

¹¹⁷¹ É nota característica dos direitos fundamentais a vinculação que eles impõem ao Estado, gravando não somente o legislativo, mas também o executivo e o judiciário. Assim, se, por um lado, o legislador deve criar as condições necessárias, do ponto de vista normativo, para o direito ao processo seja estruturado de modo a concretizar a Constituição, assumindo, desse modo, um perfil democrático ao mesmo tempo em que é dotado de capacidade para concretizar direitos, por outro lado, também o executivo e o judiciário devem se empenhar em materializar as normas constitucionais processuais, seja criando mecanismos para realizá-las através de políticas públicas, seja na aplicação das normas processuais diante das mais variadas situações concretas. O Novo Código de Processo Civil, inclusive, traz uma série de exigências que cobram uma postura positiva efetiva por parte do Judiciário e do Executivo. É o caso, por exemplo, da *plataforma de editais do CNJ e do espaço para publicação de editais no sítio do Tribunais* (art. 257, II, NCPC), do *cadastro de empresas públicas e privadas em sistema de autos eletrônicos para fins de citação e intimação* (art. 246, §1º., NCPC) e dos *centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição*, que deverão ser criados pelos Tribunais (art. 165, NCPC).

processo passa a ser visualizado também como um direito fundamental, tendo como ponto de partida a (re) compreensão dos princípios constitucionais que sustentam o *devido processo*, agora pensados como *núcleo essencial de princípios irrenunciáveis que governam a administração da justiça civil nos ordenamentos evoluídos*¹¹⁷². Esse conteúdo principiológico vem a “constitucionalizar” não somente a *ação*, mas o *direito ao processo*, conferindo a este um extenso e particular conteúdo¹¹⁷³, que vai muito além do ato inicial do processo (demanda) e da oportunidade de defesa conferida ao réu ou ao executado. Ele cobre todo o processo até a realização do direito material quando for o caso. Abarca o complexo de poderes atribuídos às partes na proposição da demanda, no desenvolvimento do processo e na formação da decisão jurisdicional¹¹⁷⁴. Congrega, portanto, os elementos centrais do sistema de justiça civil.

Desse modo, a Constituição, ao “*disciplinar e organizar o processo*”, deve ser tomada a partir do seu conteúdo material espelhado nos princípios constitucionais que, no seu conjunto e de modo coordenado, formam o núcleo essencial do processo civil do Estado Democrático¹¹⁷⁵. A adequada compreensão teórica dos

¹¹⁷² TARUFFO, Michele. Garanzie fondamentali della giustizia civile nel mondo globalizzato. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, p. 119, jan./mar. 2004.

¹¹⁷³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo”. modelli a confronto). *Revista de processo*. Ano 23. n. 90. Abril-junho de 1998. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. p. 140. Conforme Comoglio, Ferri e Taruffo, “se atribui às garantias constitucionais a tarefa de precisar o conteúdo mínimo do ‘direito ao processo’, segundo áreas de extensa ‘cobertura’, que não se aplicam somente ao ato de impulso inicial do juízo, mas envolvem todas as posições ‘ativas’ das partes no processo”. Por conseguinte, “no quadro dos princípios constitucionais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (processo *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (como ‘direito ao justo processo’)”. Dessa forma, “a ação em juízo vai, portanto, remodelada em harmonia com tal conteúdo, tendo em conta o fato que a norma constitucional não é, por assim dizer uma garantia somente de ‘meios’, mas é também (pelo menos em termos modais) uma garantia ‘de resultado’, de modo que, com a inviolabilidade de tais *poderes processuais mínimos* (ação e defesa), essa consagra a adequada possibilidade de obter, por tais ‘meios’, um *mínimo de forma de tutela efetiva*, próprio (exatamente) de um processo ‘justo’”. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 228-229.

¹¹⁷⁴ DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di diritto processuale*. v. 39. Padova: CEDAM, 1984. p. 447-448.

¹¹⁷⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo”. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 687, 1991. O processo ganha então o tom democrático. Deixa de ser “aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos”. Nesse viés democrático do processo, “todas as esferas de exercício do poder encontrariam um controle compartilhado, uma blindagem de mão dupla, em um espaço de problematização incessante, que impediria o subjetivismo e o autoritarismo, de um lado, e a má fé e a procrastinação por parte do advogado, do outro”. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 250-251. Afinal, conforme Streck, “tendo por norte a perspectiva nitidamente pós-positivista presente na Constituição do Brasil, o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiolgia constitucional, em que o

princípios e o interrelacionamento destes com as regras – ambos tomados como espécies do gênero norma jurídica – afigura-se indispensável para que a constitucionalização do processo não fique limitada a um empreendimento meramente retórico.

Embora o direito processual civil e o direito privado sejam “ramos” do direito dotados de autonomia, é inegável que exista um certo diálogo entre eles. O fato de, no processo, conviverem tanto aspectos outrora reservados exclusivamente ao direito privado quanto aspectos do que classicamente se denomina direito público faz com que, os fundamentos da evolução do direito privado sirvam como espelho a partir do qual é possível enxergar melhor o modelo atual de processo. Note-se que a socialização e a publicização do processo civil é um fenômeno paralelo à socialização do direito privado, o qual foi invadido pela regulação estatal. A autonomia privada – que no direito civil estava alicerçada na noção de negócio jurídico – também foi sendo gradualmente reduzida, sem que tenha desaparecido. Com a constitucionalização do direito civil seus institutos funcionalizaram-se, abandonando-se o seu caráter individualista e patrimonialista. *No processo, porém, a socialização e a publicização praticamente sufocaram a autonomia privada – isso talvez tenha se dado em razão do reconhecimento de que o processo fosse um ramo do direito público.* Hoje, todavia, os caminhos da constitucionalização do direito privado e do direito processual civil se entrecruzam, até porque assim como a unidade do direito privado está na Constituição, também nela está a unidade do fenômeno jurídico. Daí que os dois ramos do direito passam a partilhar de elementos comuns, como, por exemplo, o devido processo legal, o qual, na perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem sido convocado a regular relações entre os particulares. Do mesmo modo, o princípio da autonomia privada, tão caro ao direito civil, passa a ganhar maior expressão no processo civil, como corolário do princípio geral da liberdade, constitucionalmente reconhecido no direito brasileiro.

3.7 DO “PRINCÍPIO DISPOSITIVO” COMO FACETA LIMITADA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO CIVIL AO RECONHECIMENTO

contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito estejam presentes em todo o iter processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountability* hermenêutica”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 322.

DESTA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A gênese do chamado “princípio dispositivo” está na necessidade de traçar uma linha divisória entre os poderes do juiz e os poderes das partes no processo civil¹¹⁷⁶. Não é por acaso que ele costuma ser considerado a alma do processo¹¹⁷⁷, uma autêntica garantia contra o arbítrio judicial¹¹⁷⁸. O seu estudo impõe, desde logo, uma grande dificuldade, que reside na exata significação da expressão “princípio dispositivo”, a qual costuma ser empregada pela doutrina processual com o objetivo de expressar coisas diversas¹¹⁷⁹. Em meio a essa diversidade de temas abarcados

¹¹⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 23.

¹¹⁷⁷ NOSETE, José Almagro. Garantias Constitucionales del Proceso Civil. *Revista Justicia*, Barcelona, n. 81, p. 17, 1981.

¹¹⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 78.

¹¹⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 66. Também no sentido da ambiguidade da expressão princípio dispositivo, MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 13. Em tom crítico, Barbosa Moreira menciona que “na linguagem brasileira, tal como na de outros países latinos, é habitual falar de “princípio dispositivo” para designar a ideia que estaria na base de semelhante tendência [de reservar às partes um papel dominante com a exclusão das interferências do juiz], sem que se tenha em regra, a preocupação de estabelecer distinções: usa-se a denominação à guisa de rótulo genérico, indiferentemente aplicável a qualquer aspecto da temática em foco”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 35-36. Essa ausência de precisão terminológica também está presente na contraposição usualmente feita entre processo inquisitivo e processo dispositivo, normalmente utilizada, respectivamente, para “designar o modelo em que se atribui ao órgão judicial maior soma de poderes” e “para indicar aquele em que se lhe impõem limitações mais acentuadas, reservando às partes, na substância, o papel principal”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53). Ainda conforme Barbosa Moreira, tais denominações são bastante equívocas. Com efeito: em primeiro lugar, na faixa contínua que liga os extremos, tem sempre algo de arbitrário o traçado da fronteira entre os dois territórios. Ademais, a divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes não suscita *um único* problema, senão, muito ao contrário, *uma série* de problemas distintos, para os quais é possível adotar soluções também diferenciadas. Por exemplo: fala-se de ‘princípio dispositivo’ a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração. Daí proclamar a generalidade dos estudiosos que não existe processo “puramente” inquisitivo, nem processo “puramente” dispositivo”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53. No mesmo sentido, Michele Taruffo critica a adoção das contraposições processo dispositivo e inquisitório, *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*, sistema adversarial e inquisitorial, para abordar as características gerais de produção da prova, uma vez que “a densidade científica e a validade de tais distinções são controversas”. Prefere, desse modo, empregar uma distinção mais correta e menos carregada de ideologia: a distinção entre sistemas probatórios ‘centrados nas partes’ e ‘centrados no juiz’. Tal distinção, todavia, apenas identifica os polos de uma escala na qual se podem situar os sistemas probatórios reais.

pelo princípio dispositivo é possível encontrar um denominador comum: expressar aquilo que *relativamente ao processo* encontra-se no âmbito de disposição das partes¹¹⁸⁰.

Não é difícil compreender que o surgimento do princípio dispositivo remonta ao século XIX¹¹⁸¹, mais precisamente ao momento da superação do modelo absolutista de processo, no qual os interesses do soberano sobrepunham-se aos interesses das partes, seja no que diz respeito à instauração do processo, seja quanto à condução do processo e aos limites da decisão da causa¹¹⁸². É nesse

De fato, nenhum sistema é puramente ‘centrado nas partes’ ou ‘centrado no juiz’: os sistemas reais podem pender mais para um ou para outro lado, dependendo de como se definam e se combinem entre si os papéis das partes e do juiz”. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 107-109. Ainda sobre o termo inquisitório Taruffo adverte que ele é carregado de implicação retórica na maioria dos casos inútil, pois é invocado, mais ou menos explicitamente, sob o espectro da Santa Inquisição, na qual processado o acusado não havia nenhum poder de defesa frente a um tribunal onipotente. Afirma, ainda, que não existe hoje em nenhum ordenamento um processo civil que possa ser considerado verdadeiramente inquisitório, no qual as partes não tenham direitos ou garantias e todo o processo seja realizado de ofício pelo juiz. TARUFFO, Michele. *Poteri Probatori Delle Parti e del Giudice in Europa*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 60, n. 2, p. 452, giug. 2006. Em sentido análogo, Araken de Assis refere que “talvez não seja legítimo traçar fronteira tão incisiva e viva” entre os sistemas inquisitorial e adversarial, isso porque “reformas legislativas, pois as há em toda parte, aumentaram o controle judicial na produção da prova no direito norte-americano, coibindo a investigação com o intuito de molestar, constranger, oprimir e asfixiar a parte contrária, sob o pretexto de coligir elementos para futura demanda. E a iniciativa das partes, fora do processo, também existe nos Países da *Civil Law*. É lícito às partes, na petição inicial e na defesa, produzirem pareceres técnicos para elucidar as questões de fato (art. 472)”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 895.

¹¹⁸⁰ Fala-se naquilo que relativamente ao processo encontra-se no âmbito de disposição das partes para abarcar, numa primeira aproximação conceitual, tanto o direito material quanto o direito processual, na medida em a abordagem sobre o poder de disposição das partes, no ponto em questão, somente tem sentido se analisada diante do processo.

¹¹⁸¹ Não é por menos que o desenvolvimento do referido princípio no direito alemão floresce antes mesmo da unificação da sua legislação processual, mais precisamente com a abolição dos poderes de ofício atribuídos ao juiz no ordenamento processual prussiano (CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e técnica del processo*. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 719). Segundo Peyrano, “facil es comprender el éxito alcanzado por el principio en estudio en la segunda mitad del siglo XIX, período histórico durante el cual toda restricción del poder estatal era bien venida por todos los que habían soportado el duro yugo de las monarquias absolutas”. PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978. p. 52. No mesmo sentido, Darci Ribeiro leciona que “o princípio dispositivo logrou obter êxito a partir da segunda metade do século XIX, tendo em vista a extraordinária expansão do liberalismo que aportou no processo civil, trazendo, por conseguinte, os ventos do pensamento individualista liberal”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 23. Para Vallisney Oliveira, “princípio dispositivo teve seu ápice com a doutrina liberal do final do século XVIII e início do século XIX, em virtude da defesa inflexível da autonomia privada”. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 89.

¹¹⁸² Não é por acaso que, de acordo com Millar, o único exemplo de procedimento civil em que prevalecia o princípio da investigação judicial (por muitos traduzido como princípio inquisitório – *Untersuchungsmaxime* o *Inquisitionsmaxime*) “lo ofrece la legislación prusiana de las postrimerías del siglo XVIII, iniciada bajo el reinado de Federico el Grande. Inspirado

contexto que começam a ser desenvolvidas as bases teóricas atinentes à “divisão de trabalho entre o juiz e as partes no processo”, em que pese muitos dos brocardos que ainda hoje espelham as significações assumidas pelo princípio dispositivo tenham sido desenvolvidos durante a Idade Média¹¹⁸³, nem sempre, porém, com a mesma conotação que passaram a receber durante o século XIX¹¹⁸⁴. Algumas decorrências lógicas desses brocardos inclusive encontravam-se presentes nas Ordenações do Reino¹¹⁸⁵.

notablemente en la onsesión del Rey de que los letrados eran responsables de las poco satisfactorias condiciones de la justicia civil, el sistema creado trató de reducir su influjo al mínimo posible, por la ampliación de las funciones de los tribunales. El nuevo régimen, cuyo germen radicaba en un código privisional adoptado para Pomerania en 1747 – la que, se disse, ‘en tempos antiguos era llamada *terra litigiosa* – fué convertido en 1781 en ley general, y, finalmente, después del advenimiento al trono de Federico II, se perfeccionó en la Ordennanza Judicial General (*Allgemeine Gerchtsordnung*) de 1793-5. Según este sistema, las alegaciones de las partes eran formuladas por un juez delegado – el *Instruent* – o por funcionarios judiciales subordinados, conocidos como ‘comisarios de justicia’ (*Justiz-Kommissare*) que entonces formaban el único cuerpo reconocido de profesionales juristas. Dichos comissários comparecían también em la recepción de la prueba, patrocinando a las partes. La representación por otros abogados se limito a la discusión (por escrito) de las cuestiones de derecho involucradas en la causa. De esta manera, la acumulación del material del juicio quedó sujeta al control del tribunal”. MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945. p. 69-71).

¹¹⁸³ Sobre as origens do brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”, com profunda pesquisa histórica desde a escola de Bolonha, ver PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Alguns autores chegam a ir mais longe, no sentido de perscrutar as origens a origem da regra “*nemo iudex in re sua*”, atrelando-a ao princípio dispositivo e à passagem da justiça privada para a justiça estatal, “momento em que alguma autoridade (v.g., o chefe da tribo) foi chamada a resolver os conflitos nascidos entre os indivíduos. O próprio interesse superior, de ordem coletiva, inspirador de uma solução da contenda sem o emprego de força bruta, com vistas à manutenção da paz social, impõe a alheação e indiferença do órgão julgador aos pedidos das partes e ao objeto da lide; daí a provável origem da regra *nemo iudex in re sua* [...] Desse primogênito e primordial princípio, cosubstanciador da própria noção de justiça estatal, decorrem outros, logicamente posteriores, que tratam também de preservar a imparcialidade do órgão judicial, como o direito exclusivo da parte de iniciar a ação e determinar a sua matéria (*nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus; da mihi factum, dabo tibi ius*). Ao mesmo sistema lógico pertence a proposição *sententia debet esse conformis libelo*, empregada por Baldo de Ubaldis”. OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77-78.

¹¹⁸⁴ A respeito, afirma Hélio Márcio Campo que “se, por um lado, o princípio dispositivo teve o seu mais alto grau de reconhecimento durante a metade do século XIX, já ao tempo dos ordálios, no período romano, o juiz era considerado um ser inativo no processo no que diz respeito à apresentação das provas. [...] Conforme já assinalado, o princípio *iudex debet iudicare allegata et probata* veio da Escola de Bolonha, pois se procurava nem tanto impedir o poder inquisitório mas evitar que o juiz se valesse de sua ciência particular dos fatos a decidir”. CAMPO, Hélio Márcio. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 69.

¹¹⁸⁵ Conforme afiança Moacyr Amaral dos Santos, “no direito pátrio, até bem pouco tempo, tolhia-se em princípio, a iniciativa do juiz, adstrito à regra das Ordenações, pela qual devia ele julgar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e êle saiba a verdade ser em contrário do que no feito fôr privado”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Volume I. Parte Geral. Max Limonad: São Paulo, 1949, p. 111-112). Segundo Arenhart, “as Ordenações do Reino já admoestavam o magistrado

Estabelecido o contexto histórico em que se desenvolveu o princípio dispositivo cabe referir o seu contexto teórico. Como bem destaca Barbosa Moreira, a doutrina alemã do século XIX carregava consigo uma “preocupação de compendiar em ‘princípios’ (ou ‘máximas’) as diretrizes político-jurídicas que se podem acolher na ordenação do processo”¹¹⁸⁶. Não é por acaso que Carnacini chega a afirmar que a expressão princípio ou máxima aqui empregada funciona como elemento que “serve soltanto per indicare in maniera sintética certe caratteristiche, di volta in volta accertate *de iure condito* ou da attuarsi in sede legislativa in luogo di altre”¹¹⁸⁷. Trata-se, pois, de um modo de explicar o sistema jurídico, o que já denota sua íntima relação com o positivismo científico e, pois, com uma noção de princípio que não mais corresponde ao modelo jurídico atual, desenvolvido na presente pesquisa.

Seja como for, é importante deixar registrado que os problemas terminológicos e as confusões conceituais que alicerçam a noção de “princípio dispositivo” estão já na sua origem. É que, “para designar a diretriz que subordinava a atividade do juiz à iniciativa da parte, cunhou-se o termo *Verhandlungsmaxime*, que ao pé da letra significa ‘máxima (ou princípio) do debate’”¹¹⁸⁸.

Atribui-se a Nikolaus Thaddaeus Gönner o mérito por ter criado a expressão *Verhandlungsmaxime*, em seu famoso *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, bem como por distingui-la da *Untersuchungsmaxime (Inquisitionsmaxime)*¹¹⁸⁹. A *Verhandlungsmaxime*, que pode ser traduzida como

para que não julgasse fora do pedido, mesmo porque seriam inexistentes (seria de “nenhum direito”, como rezavam as Ordenações Manuelinas – Livro III, Título XXXIX – e as Ordenações Filipinas – Livro III, Título LXIV) as sentenças que deixassem de cuidar para este limite”. ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. p. 590). Sobre o princípio dispositivo no direito português, ver MACHADO, António Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

¹¹⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 38-39.

¹¹⁸⁷ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 740.

¹¹⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 39.

¹¹⁸⁹ Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 39. PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 39. MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y

principio do debate (ou da *trattazione* como é denominado no direito italiano), serviria para “indicar a limitação do material utilizável no julgamento àquilo que os litigantes mesmos cuidem de trazer à discussão em juízo”¹¹⁹⁰. Segundo Millar, ela expressa a ideia de que “corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la disputa judicial o, invirtiendo los términos, de que el tribunal queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planteado ante él”¹¹⁹¹.

Todavia, desde a sua criação por Gönner – e talvez pela falta de precisão da terminologia por ele desenvolvida – foram surgindo algumas questões a respeito da amplitude da *Verhandlungsmaxime*. Isso levou a que, em 1858, Ortloff sugerisse, para o trato da matéria, a utilização da expressão *Dispositionsmaxime*, o que não importou no abandono a *Verhandlungsmaxime*, mas na distinção entre duas classes de problemas: “uma relacionada com a liberdade do titular do direito de utilizar ou não o instrumento do processo para a respectiva vindicação, outra com o modo de funcionar do mecanismo processual no tocante aos fatos e à prova destes”¹¹⁹². Desse modo, muitos autores passaram a reservar à expressão *principio dispositivo* ao poder de disposição das partes a respeito dos seus direitos e a escolha de exercê-los em juízo, ao passo que ao *principio do debate* corresponderia o poder atribuído às partes relativo ao modo de exercício dos seus direitos no processo, abarcando a utilização do processo e dos respectivos meios de prova¹¹⁹³.

A partir daí muitos autores vão dizer que o princípio dispositivo está ligado à disposição do próprio direito e, conseqüentemente, em escolher sobre ir ou não à

notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945. p. 62. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Traducción de niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 9. Conforme Carnacini, Gönner foi “il primo a formulare il dualismo – pervenuto, nella forma almeno, fino a noi – tra sistemi processual dove la trattazione è imporntata all’iniziativa di parte e sistemi in cui questa iniziativa può invece essere assunta anche dal giudice”. CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 717.

¹¹⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 39. No mesmo sentido, KEMMERICH, Clóvis Juarez. *As Faces do Princípio Dispositivo*. Disponível em: <<http://www.geocites.com/ckemmerich>>. Acesso em: 20 out. 2006.

¹¹⁹¹ MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945. p. 59.

¹¹⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 39.

¹¹⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 39.

juízo em busca da tutela jurisdicional do Estado¹¹⁹⁴. Essa *disponibilidade do direito* acabou, equivocadamente, servindo para fundamentar também o princípio do debate, na incorporação que ele recebeu em diversos sistemas jurídicos¹¹⁹⁵, o que certamente mostra-se equivocado, na medida em que este último se prende a “considerações de ordem técnica e prática, motivos de conveniência”¹¹⁹⁶. Além disso, não faltaram autores a entender que a *Verhandlungsmaxime* estaria compreendida na *Dispositionsmaxime* ou que dela fosse uma decorrência¹¹⁹⁷.

Segundo aguda crítica de Tito Carnacini, a separação entre *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime* – vale dizer, entre a iniciativa do processo e a alegação dos fatos e a consequente instrução probatória, movimento que ele denomina de *sceveratore*¹¹⁹⁸ (*distinguidor*) – não teria sido bem apreendida pela doutrina italiana, na medida em que incorporada a ideia de que a

¹¹⁹⁴ Conforme Millar, de acordo com o referido princípio “las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa, y reconoce su potestade de libre decisión respecto del ejercicio o no ejercicio de estos derechos. El que sea dueño de un derecho, no queda, pues, obligado a perseguirlo en juicio: *nemo invitus agere cogatur*; el ejercicio del mismo por acción queda librado a su albedrío”. MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945. p. 65.

¹¹⁹⁵ De acordo com Carnacini, gradualmente foi sendo aceita como indiscutível a ideia de que “alla deducibilità del preteso diritto in giudizio ad opera della parte, di regola non possa non accompagnarsi la disponibilità, sempre a di lei esclusiva opera, anche di quanto, rivolgendosi ad un terzo qual’è il giudice, è necessario per convincerlo che la propria domanda è fondata: cioè non possa non accompagnarsi la disponibilità, in specie, dei fatti e dei mezzi per provarli”. CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 721).

¹¹⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 40.

¹¹⁹⁷ Sobre o tema, leciona Millar: “en un certo aspecto es justa la exposición de ENGELMANN acerca de que la *Verhandlungsmaxime* está comprendida en el principio de elección dispositiva, aunque no en el sentido que afirma él. Sólo resulta exacta, en cuanto a que la primera no existiría sin el segundo. El verdadero estado de cosas parece ser el indicado por KLEINFELLER. El principio de elección dispositiva es el que atribuye a las partes potestade para ejecutar o no ejecutar un acto procesal; y la *Verhandlungsmaxime* es la que los faculta, para ejercer, en el procedimiento judicial, el poder que aquél les há conferido. La actuación basada en la *Verhandlungsmaxime* procede, pues, siempre dentro de los límites establecidos por el principio de disposición electiva. Por consiguiente, cabe mantener intacta nuestra traducción de *Verhandlungsmaxime* por ‘principio de presentación por las partes’”. MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945. p. 67-67.

¹¹⁹⁸ Segundo Carnacini, com a expressão *Dispositionsmaxime*, “i seguaci del movimento sceveratore tedesco sono invero soliti d’indicare, sia pure in maniera non univoca e precisa, quella tale facoltà esclusiva per il singolo interessato di disporre della tutela giurisdizionale che – er le cose da me dette e ripetute – non va confusa con lo strumento e quindi *a fortiori* con le caratteristiche dello strumento mediante il quale tal tutela è realizzata”. CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 752). Sobre esse exato ponto na obra de Carnacini, ver BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 15-16.

disponibilidade do direito material e da tutela jurídica se estenderia, quando não houvesse interesse público envolvido (direito indisponível), também ao desenvolvimento do processo e mais precisamente da instrução da causa, como se isso tudo se tratasse de um único fenômeno, expresso em um único princípio¹¹⁹⁹. A expressão *princípio dispositivo* acabou sendo utilizada de modo equivocado, sem respaldo na própria tradução da palavra “*verhandlung*”, absorvendo-se na noção de dispositivo o conceito de disposição por obra da parte independente do objeto dessa mesma disposição¹²⁰⁰.

No entanto, conforme afiança Liebman, desde o início dos novecentos a doutrina italiana teria passado a separar os dois fenômenos – o direito exclusivo da parte de propor o processo e pedir tutela jurisdicional dos seus próprios interesses, por um lado, e, por outro, a regra de iniciativa das partes no debate e instrução da causa – ao ponto de o código de processo civil ter ditado normas positivas a respeito do *principio della domanda* e também sobre a *disponibilità delle prove*, as quais

¹¹⁹⁹ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 722. Na verdade, o que fez parcela significativa da doutrina italiana foi incorporar a doutrina alemã que não separava a *dispositionsmaxime* e a *verhandlungsmaxime* ou, caso o fizesse, atribuía à disposição das partes em relação aos seus direitos o fundamento dos dois princípios. Liebman, ao tratar do fundamento do princípio dispositivo na doutrina alemã, menciona que os escritores do início dos oitocentos, convictos que “nel processo civile fossero in giuoco i soli interessi delle parti, ritennero quase senza accezione che quella massima [*iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*] fosse soltantoo un’applicazion del più generale principio che reservava alla volontà dei privati la disposizione dei loro diritti: poiché spetta alle parti disporre dei loro rapporti giuridici privati, sembrava naturale che anche l’iniziativa processuale dovesse dipendere dalla loro libera volontà, nojn solo per quel che riguarda la proposizione del processo e la determinazione del suo oggetto, ma anche per l’apporto degli elementi e dei mezzi destinati a formar ela convinzione del giudice e a preparar ela sentenza”. Ainda segundo Liebman, “solo molto più tardi, sotto lo stimolo di innovazioni legislative e di uma più atenta indagine analítica, si fece strada la tendenza a distinguere da un lato il diritto esclusivo giurisdizionale dei propri interessi, dall’altro la regola dell’iniziativa delle parti nella trattazione ed istruzione della causa”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 3-4)

¹²⁰⁰ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 722-723. Essa crítica é acompanhada por Barbosa Moreira, para quem grande parte da doutrina italiana “usou e usa indiscriminadamente a expressão *princípio dispositivo*, a respeito das várias questões acima referidas [o autor faz menção às questões abrangidas pelo *verhandlungsmaxime* e pelo *dispositionsmaxime*]. Não falta, entretanto, quem distinga, ainda que a distinção nem sempre se inspire no mesmo critério”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 40). Também na doutrina portuguesa verifica-se a utilização de um único princípio para tratar tanto da *dispositionsmaxime* quanto da *verhandlungsmaxime*. Nesse sentido, ver MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

estariam ligadas ao princípio dispositivo¹²⁰¹. Trata-se de mais um episódio que, no mínimo, coloca em xeque a precisão terminológica do princípio dispositivo, o qual ora é utilizado para abarcar mais de um fenômeno, ora tem sua abrangência reduzida ao tecido processual, sendo reservado ao chamado princípio da demanda tratar daquilo que era, para o movimento *sceveratore* alemão, próprio da *Dispostionsmaxime*.

Apenas a título exemplificativo, pode-se mencionar alguns autores do processo civil italiano que, em momentos e também de modo distintos, fazem essa cisão entre princípio da demanda e princípio dispositivo. São eles, Giuseppe Chiovenda, Eduardo Grasso e Dino Buoncristiani.

Giuseppe Chiovenda, ao tratar dos limites que confinam a atividade do juiz, menciona que o primeiro deles diz respeito à *correspondência necessária entre o requerido e o julgado*, sendo, pois, um limite absoluto, determinável pelas regras da identificação das ações. Outros limites corresponderiam à *ingerência do juiz na formação do material de cognição* e, também, à *interferência do juiz na direção do processo*, sendo estes limites variáveis e relativos¹²⁰². Nessa senda, Chiovenda entende que não se adscrive ao princípio dispositivo a regra “*ne eat iudex ultra petita partium*”. Seu alcance seria outro, de modo que “não somente o juiz deve comportar-se nos limites da demanda, mas deve também abster-se de considerar de ofício determinados fatos que, embora, não acarretariam mudança de demanda: *secundum allegata et probata partium iudicare debet*”. É certo que o mestre italiano não faz expressamente essa cisão no seu clássico ensaio “*Identificazione delle azione. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium*”, uma vez que neste refere que o brocardo “*ne eat iudex ultra petita partium*” não se exaure na teoria da identificação da ação, assumindo a dupla função de limitar o juiz nos limites da demanda e impor-lhe que se abstenha de revelar de ofício fatos que exatamente poderiam mudar a demanda¹²⁰³. Porém, também é certo que Chiovenda já acenava que a posição do juiz, quanto à *determinação* e o *acertamento* dos fatos sobre os quais julgar, poderia ser encarada, abstratamente, de dois modos: o juiz poderia ser investido de todos os

¹²⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 4.

¹²⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. Acompanhada de Notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2, p. 460.

¹²⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azione. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 161.

poderes necessários a descobrir a verdade (princípio inquisitório) ou, como sujeito, continuamente à iniciativa da parte (princípio dispositivo), em que pese, na prática, nenhuma dessas opções pudesse ser visualizada de modo absoluto¹²⁰⁴.

Eduardo Grasso, por sua vez, afirma que o princípio da demanda pode ser entendido como a “attribuzione dell’iniziativa del processo alla parte, ossia come strumento di attuazione di un raccordo tra il diritto sostanziale e la tutela giurisdizionale”¹²⁰⁵. Acima de tudo, ele faz referência à iniciativa do processo¹²⁰⁶. Trata-se, pois, de um *reflexo da autonomia do direito que se faz valer* e, ao mesmo tempo, a regra primeira da atividade processual. Além disso, a demanda teria, ainda, a “funzione insostituibile di fissare il thema decidendum, secondo il punto di vista di chi la propone”, embora seja certo que o *thema decidendum* não coincida com todo o conteúdo da demanda, dada a relevância atribuída a cada um dos elementos que ela compõe¹²⁰⁷. Grasso entende que confiar a tutela do direito à iniciativa do seu titular significa sobretudo que este pode escolher o *tempo* e o *modo* da tutela, sendo que tal posição restaria mutilada e comprometida se a parte não tivesse, também, “il monopolio della rilevazione degli avvenimenti in base ai quali il giudice è tenuto a decidere”¹²⁰⁸. Com isso, pode-se verificar que o autor italiano alarga, por assim dizer, o conteúdo do princípio da demanda, para abarcar não somente a iniciativa do processo, mas, igualmente, a delimitação dos fatos principais do processo, o que, todavia, prende-se a outros elementos, como será visto na sequência, que não apenas a disponibilidade do direito material.

Em obra mais recente, Dino Buoncristiani faz um profundo estudo acerca do tema da alegação dos fatos no processo civil, oportunidade na qual aborda o princípio dispositivo e o princípio da demanda. Com efeito, o princípio da demanda, em seu aspecto funcional, “*rileva quindi innanzitutto per quanto riguarda l’emanazione del provvedimento giudiziale, nel senso che senza iniziativa processuale di parte, tramite appunto la proposizione di domanda, il giudice non può*

¹²⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azione. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 174.

¹²⁰⁵ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. v. 1, p. 67.

¹²⁰⁶ GRASSO, Eduardo. La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione. *Rivista di diritto processuale*. Volume XX (II Serie). Padova: CEDAM, 1965, p. 395.

¹²⁰⁷ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 67.

¹²⁰⁸ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 69.

*emanare alcun provvedimento giudiziale, salvo particolari ipotesi*¹²⁰⁹. O tema, todavia, suscita maior complexidade, na medida em que, para o autor italiano o princípio da demanda não diria respeito apenas à *emanação*, mas também ao *conteúdo* do provimento judicial, âmbito no qual se põe em questão saber em que medida os fatos compõem a demanda e são, nesse âmbito, delimitados¹²¹⁰. Também o professor italiano não deixa extremamente claro em que medida é possível cindir o ato de pedir tutela jurisdicional com a delimitação dos fatos constitutivos do direito, ou, dito de outro modo, em que medida a demanda seria autônoma ou não em relação aos fatos constitutivos, seara que, segundo ele dá a entender, estaria muito mais adstrita ao chamado princípio dispositivo¹²¹¹.

Analisando a obra de um dos maiores processualistas da história do direito brasileiro, pode-se enxergar, também nela, uma precisa distinção entre princípio da demanda e princípio dispositivo. Conforme Ovídio Baptista da Silva, “de modo geral, não se faz distinção entre o *princípio dispositivo* e o chamado *princípio de demanda*”, embora, segundo afirma, a distinção seja relevante. Nesse sentido, refere que “enquanto o *princípio dispositivo* diz respeito aos poderes das partes em relação a uma causa determinada, o *princípio de demanda* refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional”. Desse modo, o *princípio dispositivo* diz respeito “à determinação dos limites dentro dos quais se há de mover o juiz, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do material formador de seu convencimento”. Já o *princípio de demanda* estaria baseado no pressuposto da disponibilidade “do próprio direito subjetivo das partes, segundo a

¹²⁰⁹ BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 32.

¹²¹⁰ Conforme Buoncrisiani: “A questo punto si pone il problema di quale sia il rapporto tra allegazione dei fatti costitutivi e domanda giudiziale e, in particolare, se l'allegazione dei fatti a livello strutturale sia la stessa domanda ovvero una parte essenziale e necessaria della stessa con la funzione di delimitare il « chiesto », per cui il giudice, dovendo pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, sia vincolato a quanto affermato dalla parte in ordine alla prospettazione del fatto”. BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 32).

¹²¹¹ Nesse sentido, afirma que “in sintesi, nel processo civile la determinazione o scelta dei fatti ed il loro accertamento avviene secondo il *sistema dispositivo*, cioè con esclusione di ogni intervento del giudice sul materiale di fatto fuori del processo, in considerazione della diversità di interesse delle parti e del giudice rispetto all'oggetto del processo (nonché, si può aggiungere, in considerazione della garanzia di imparzialità e terzietà del giudicante)”. BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 21-22).

regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou se deixará de exercê-lo”¹²¹².

Como se vê, a distinção entre princípio da demanda e princípio dispositivo refere-se, de certo modo, à distinção entre a *Dispositionsmaxime* e a *Verhandlungsmaxime* do direito alemão, em que pese, a exemplo do que na Alemanha ocorria nas diferentes acepções acerca dos dois termos, não restar muito claro até que ponto a alegação dos fatos estaria abarcada pelo princípio da demanda ou pelo princípio dispositivo. Induvidoso, porém, que os meios de prova e tudo o mais relativo ao desenvolvimento técnico do processo, compõe o âmbito da abrangência do princípio dispositivo, e não do princípio da demanda, ao menos para aqueles autores que fazem essa cisão entre os dois.

Essa separação entre princípio da demanda e princípio dispositivo é, por sinal, um dos pontos centrais do pensamento de Tito Carnacini, o qual buscou, a partir do direito alemão, conciliar a absoluta dependência da vontade das partes no que concerne ao servir-se do instrumento processo, com uma mais ou menos marcada autonomia do juiz na escolha dos meios de prova e, em geral, no acertamento dos fatos relevantes da causa¹²¹³. Nisso reside a distinção entre tutela jurisdicional e técnica do processo¹²¹⁴, que levou o autor italiano a dizer que a parte

¹²¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. Princípios fundamentais do processo civil. In: *Teoria geral do processo civil* / Ovídio Araújo Baptista da Silva, Fábio Luiz Gomes; Jaqueline Mielke Silva, Luiz Fernando Baptista, atualizadores de Ovídio A. Baptista da Silva. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45. Conforme Ovídio, “a compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-lo em juízo. Desse pressuposto decorre o princípio de que nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais [...]”. SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. Princípios fundamentais do processo civil. In: *Teoria geral do processo civil* / Ovídio Araújo Baptista da Silva, Fábio Luiz Gomes; Jaqueline Mielke Silva, Luiz Fernando Baptista, atualizadores de Ovídio A. Baptista da Silva. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45-46.

¹²¹³ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 725.

¹²¹⁴ A doutrina processual, em regra, quando utiliza o termo “técnica processual” ou, simplesmente, técnica, vale-se de um conceito menos complexo que aquele discutido no âmbito filosófico. Acerca dessa perspectiva menos crítica do conceito de técnica, Roland Corbisier refere que “considera em si mesma, a técnica não seria nem boa nem má, sua qualificação ética dependendo apenas do uso que dela se faça. Simples instrumento, ou utensílio, seria neutra do ponto de vista axiológico, nenhuma vinculação essencial apresentando com o mundo dos valores. Subordinada sempre a valores que a transcendem, não apresentaria, ao longo de sua evolução, ou de sua história, senão variações ou mudanças quantitativas, sendo somente de grau a diferença existente entre a flecha do primitivo e as armas nucleares que podem provocar a desintegração do planeta em que vivemos”. CORBISIER, Roland. Prefácio. In: ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968). Na doutrina processual, Aroldo Plínio Gonçalves refere que “a noção geral da técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados

se serve do processo para a obtenção da tutela jurisdicional de um interesse material e, ao mesmo tempo, serve ao processo, devendo provocar e praticar os atos que constituem a célula do próprio instrumento processo¹²¹⁵.

O que, porém, afasta Carnacini da doutrina alemã – a qual, de certo modo, já fazia a distinção por ele propugnada – é que, para ele, o princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime* ou princípio da demanda) deveria ser excluído do catálogo de princípios fundamentais sobre os quais o processo é modelado. Não se trata de um princípio processual pois a sua nota essencial, qual seja, a disponibilidade da tutela jurídica por parte do interessado, constituiria um elemento característico do próprio direito subjetivo¹²¹⁶. É com base nessas premissas que Carnacini vai afirmar que o

desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 16). Não destoia desse posicionamento a doutrina de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem “a técnica jurídica visa ao conjunto dos meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particualres do direito”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78).

¹²¹⁵ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 706. Conforme Carnacini, “sotto il profilo della relazione che si determina tra chi fa ricorso ad un determinato mezzo e il mezzo stesso, si può pertanto precisare che, se da um lato è la parte che recorre al processo civile per ottenere la tutela giurisdizionale e attraverso questa il conseguimento dei proprî scopi ultra-processuali, dall’altro è il processo il quale a sua volta richiede dalla parte medesima un contributo essenziale e che, per essere idóneo, deve innanzitutto manifestarsi nelle forme proprie al tipo di procedimento prescelto. In questo senso specifico a questo preciso effetto torna acconcio affermare, conciliando cosí due estremi su di um altro piano già discussi e contraposto, che se il processo serve alle parti, alla lora volta le parti servono al processo”. CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 700). Verifica-se, na concepção de Carnacini um apego à autonomia da técnica, tão bem trabalhada por Jacques Ellul, para quem “se utilizamos a técnica, devemos aceitar a especialidade, a autonomia dos seus fins, a totalidade de suas regras- que nossos desejos e aspirações em nada podem modificar”. ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 144). Nessa perspectiva, cabe registrar que, embora o conceito de técnica processual esteja atrelado à noção de instrumento ou de mecanismo para atingir certas finalidades, não se pode desconsiderar uma certa autonomia desse instrumento a qual, em certa medida, ficam todos aqueles que participam do processo sujeitos. Quando utilizada a expressão técnica ou técnica processual no presente trabalho, partir-se-á desse pressuposto, de modo que sem abandonar o caráter instrumental da técnica processual, destinada a realizar princípios constitucionais e, ao fim ao cabo, interrelacionar o processo ao direito material, a técnica será pensada com um certo grau de autonomia.

¹²¹⁶ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 725. Conforme o próprio Carnacini, “in altre parole, se il *Dispositionsprinzip* in senso stretto (cioè in antitesi al *Verhandlungsprinzip*) non è altro che rispetto del diritto subbiettivo anche quando si ricorra alla tutela giurisdizionale e con ciò allo strumento processo civile, ed, anzi, se non è altro che il manifestarsi anche in tale contingenza della caratteristica piú saliente di questo diritto subbiettivo sí da chiudere il sistema, non vedo come sia il caso di ravvisarvi un principio per só satnte, ancorché sostanziale”. CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 725).

monopólio da parte no âmbito da instrução da causa *não constitui* uma consequência inevitável do monopólio a partir do qual a tutela jurisdicional somente pode ser prestada em decorrência da demanda da parte¹²¹⁷. Daí a sua conclusão no sentido de que a contraposição entre princípio dispositivo e inquisitório deve ser lida de modo distinto no que diz respeito à disponibilidade da tutela que o ordenamento jurídico confere aos interesses materiais e no que diz respeito a tudo aquilo que concerne à organização interna do instrumento processo civil e, com isso, às atividades que são atribuídas em tal âmbito a cada um dos sujeitos do processo¹²¹⁸.

Partindo da terminologia do direito italiano (princípio da demanda e princípio dispositivo), pode-se dizer que, pela leitura “carnaciniana” do tema, não haveria qualquer relação entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo. Note-se que quando Carnacini fala que o princípio dispositivo não é um princípio processual ele está fazendo referência àquilo que usualmente se denomina princípio da demanda¹²¹⁹, pois seu objetivo central é estabelecer a seguinte premissa: a disponibilidade atribuída ao titular do direito é elemento da própria noção de direito subjetivo e, conseqüentemente, não repercute no âmbito da técnica processual, que, por motivos de conveniência, pode estruturar-se conferindo maior ou menor disponibilidade às partes ou ao juiz, sem que venha a caracterizar o processo como inquisitivo.

Partindo dessas constatações, fica fácil entender as razões que levaram a doutrina espanhola, e mais precisamente uma das maiores autoridades em tema de “poderes instrutórios do juiz”, a diferenciar o princípio dispositivo (que nesse sentido

¹²¹⁷ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 763. Mais precisamente, Carnacini via dizer que “sembra dunque fuori di questione che, se il rispetto dell’iniziativa di parte quanto al ricorso al processo civile vuol dire rispetto della volontà di chi di ragione per ciò che concerne la tutela dell’interesse materiale, invece l’eventuale rispetto dell’iniziativa della medesima parte relativamente alla ricostruzione del fatto di causa significa soltanto che nell’ambito del processo e più precisamente di quello di cognizione si ritiene conveniente e sufficiente fare dipendere tale ricostruzione soltanto dall’apporto interessato delle parti, e quindi si ritiene oportuno congegnare lo strumento in maniera tale da attribuire unicamente a queste ultime le leve concernenti l’affermazione dei fatti rilevanti e la deduzione dei mezzi per provarli”. CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 763).

¹²¹⁸ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 772.

¹²¹⁹ É bom registrar que, para a doutrina alemã referida, o princípio dispositivo equivale ao princípio da demanda trabalhado na doutrina italiana, ao passo que o princípio dispositivo trabalhado pela doutrina italiana corresponde à *verhandlungsmaxime*, o qual, às vezes, também é denominado de princípio da *trattazione*).

é sinônimo daquilo que a doutrina brasileira denomina princípio da demanda) do *princípio da aportação*, este último de caráter eminentemente técnico, respondendo a um particular modo de conceber o desenvolvimento do processo jurisdicional, no que a iniciativa dos juízes e tribunais se restringe à vontade das partes¹²²⁰. Assim, o legislador não pode conferir ao juiz o poder de tutelar o interesse da parte na ausência de uma demanda sua ou extralimitar-se em tal tutela mais além do disposto pelos litigantes. Em contrapartida, pode retirar das partes o poder monopolístico de iniciativa probatória incrementando, vice-versa, os poderes do juiz. Sendo um princípio técnico, sem *status* constitucional, o princípio da aportação admite uma certa atenuação, o que não ocorre com o princípio dispositivo (leia-se, princípio da demanda), que tem caráter absoluto¹²²¹.

Saber se há alguma sorte de relação entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo constitui, sem dúvida, uma das questões mais complexas acerca do tema em exame. Liebman, assentado na obra de Chiovenda, afirma que haviam opiniões diversas sobre o tema e que alguns consideravam *“il principio dispositivo come strettamente dipendente dal principio della domanda, come un principio assoluto, come un doversoso omaggio alla volontà delle parti, come il diritto stesso delle parti alla isposizione del diritto privato”*, enquanto outros consideravam o

¹²²⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 89.

¹²²¹ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 89. Segundo Picó, essa atenuação do princípio da aportação deve-se à publicização e à socialização do processo, nos seguintes termos: A ideologia social emergente no presente século leva consigo na Europa o fenômeno da “socialização” do processo civil que, com o objetivo de incorporar os clássicos princípios do liberalismo determinadas exigências do Estado Social de Direito, põe de manifesto a distinção entre objeto do processo e processo como instrumento idôneo para alcançar à efetiva e real tutela, por parte do Estado, dos interesses litigiosos. Uma das consequências mais relevantes da ‘publicização’ ou socialização do processo civil e concretiza no fato de que, sem discutir a vigência do princípio dispositivo, traz à discussão em juízo o de aportação da parte, ao menos no que diz respeito à repartição de funções entre o juiz e os litigantes e ao incremento de faculdades probatórias do órgão jurisdicional, indicando-se que, apesar de os litigantes serem livres para dispor dos interesses deduzidos em juízo, ou seja, do objeto do processo, não o são a respeito do processo mesmo, vale dizer, de seu desenvolvimento, ao conceber-se não só como instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados, senão também como função pública do Estado, interessado, portanto, no melhor cumprimento desta função. Por isso, a maioria das legislações processuais europeias posteriores à mencionada etapa de ideologia liberal adotam estes postulados socializadores do processo e, limitando o alcance do princípio de aportação da parte, atribuem aos juízes e tribunais, com distintos matizes, importantes iniciativas probatórias”. PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 90.

princípio dispositivo como “*un mero principio di opportunità fondato sulle maggiori garanzie che presenta la difesa dei diritti privati rimessa agli stessi privati, per maggiori mezzi di difesa che dà ai privati la cognizione dei loro interessi*”¹²²². Ainda que tenha prevalecido, segundo o próprio Liebman, a segunda concepção – de acordo com a qual o princípio dispositivo é apenas um princípio técnico do processo –, para o autor italiano há nela um grave problema, que reside justamente na falta de explicações a respeito da sua incidência¹²²³.

As considerações de Liebman a respeito do tema são de grande importância, na medida em que este se coloca em posição antagônica frente a boa parte da doutrina de sua época, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento teórico da matéria. Ainda que o princípio dispositivo tenha natureza de uma regra técnica, Liebman vai dizer que “*anche le regole tecniche hanno una loro precisa ragione d’essere, almeno in termini di adeguamento dei mezzi al fine da raggiungere*”¹²²⁴.

Partindo dessa possível premissa, cumpre então questionar se a (in) disponibilidade teria o condão de repercutir na estruturação do processo, ou melhor, da sua natureza dispositiva. Liebman parte de Calamandrei para trazer à luz essa questão. É que, para o mestre de Florença, ainda que não se possa considerar o princípio dispositivo como uma consequência teoricamente inevitável da disponibilidade da relação substancial por parte dos interessados, em tal disponibilidade residiria sua justificação lógica¹²²⁵. Consequentemente, a maior ou

¹²²² LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 5. No mesmo sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 174-175. Registre-se que, para Chiovenda, os seguidores do segundo grupo admitem que o juiz possa suprir os defeitos das partes interrogando-as sobre fatos que elas não fizeram valer. Nesse sentido, se dá uma abrangência muito maior aos poderes do juiz, que, para a grande maioria dos autores, circunscreve-se aos meios de prova, e não ao conhecimento de fatos não alegados pelas partes.

¹²²³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 6.

¹²²⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 6.

¹²²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 231. Segundo Calamandrei, o princípio dispositivo traz sua justificação lógica no conflito de interesses entre as partes e no controle que cada uma delas exerce sobre a atividade da parte adversária, sendo evidente, pois, que e ele perde toda segurança de rendimento naqueles processos nos quais é normalmente possível que ambas as partes tenham idêntico interesse na obtenção do efeito jurídico acerca do qual o juiz está chamado a decidir e nos que, portanto, a existência da lide não é condição determinante da atividade jurisdicional. Com efeito, no processo de tipo dispositivo, as partes recorrem ao juiz somente quando estão em desacordo, e em virtude de tal desacordo; no processo de tipo inquisitório, pelo contrário, pode ocorrer que entre as partes, impossibilitadas, ainda que de acordo, para obter fora do

menor incidência do princípio dispositivo no processo (dito de outro modo, sua atenuação) estaria atrelada à natureza disponível ou indisponível da relação jurídica de direito material. Contra isso, Liebman vai reivindicar a necessidade de encontrar, para o princípio dispositivo, “*un suo proprio ed autonomo fondamento*”¹²²⁶.

Com efeito, a existência de interesse público envolvido no processo não serviria de fundamento para ampliar os poderes do juiz, uma vez que, nesses casos, o ideal seria atribuir poderes autônomos de iniciativa instrutória ao Ministério Público¹²²⁷. A atribuição de poderes instrutórios ao Ministério Público, e não ao juiz, do ponto de vista da teoria do processo civil, não caracterizaria o sistema processual como inquisitório¹²²⁸. Calamandrei chega a distinguir o interesse público na atuação do direito objetivo – que opera indistintamente em todo e qualquer processo – do interesse que forma a relação controvertida, cuja natureza poderá ser pública e que igualmente poderá depender da via jurisdicional para ser regulado¹²²⁹. Ainda nessa segunda situação, em que o processo civil tem por objeto, nas palavras de Calamandrei, relações reguladas por normas de ordem pública, o princípio dispositivo não deixaria de ter o seu vigor. Em suma, o fato de o Estado estar diretamente interessado na relação substancial submetida à decisão ou que figure

processo o efeito jurídico desejado, se forme uma aliança aberta ou desenfreada, ao objeto de obter do juiz, em interesse comum, uma sentença de conteúdo determinado. Desse modo, a estrutura especial deste tipo de processo civil que ele denomina inquisitório não é mais que uma consequência da natureza especial da relação substancial submetida ao juiz: “também aqui se confirma a regra de que o processo, dado seu ofício de instrumento construído para a atuação do direito substancial, se conforme de diferente maneira segundo as diversas exigências do seu objeto”. CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 234-235.

¹²²⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 7.

¹²²⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 8.

¹²²⁸ Conforme Liebman, “nella teoria del processo civile può dunque essere logico parlare di un sistema inquisitorio, come figura opposta a quella normale del processo di tipo dispositivo, quando per una determinata categoria di liti i poteri d’iniziativa istruttoria sono affidati al giudice; non lo è più, quando quei poteri sono invece conferiti, oltre che alle parti, al pubblico ministero, ma in ogni modo non al giudice”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 10). Em sentido similar, também Calamandrei entende que o termo inquisitório, no processo civil, não é adotado no sentido que adotam os penalistas quando contrapõem a forma inquisitória da acusatória, mas no sentido de um processo de partes, em que predomina o princípio inquisitório, isto é, em que o juiz, ainda tendo diante de si duas partes, está desvinculando, para a investigação da verdade, da iniciativa e dos acordos delas (CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 251).

¹²²⁹ CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 237.

como parte no processo, não leva consigo, como consequência necessária, a transformação do processo de dispositivo em inquisitório¹²³⁰.

Liebman, de certo modo, segue o mesmo entendimento de Calamandrei, na medida em que, para ele, se analisada a questão do ponto de vista do juiz, tanto o sistema dispositivo, quanto aquele que atribui ao Ministério Público poderes ativos na instrução, têm em comum deixar ao juiz uma posição estranha ao debate e passiva frente à iniciativa de outros sujeitos do processo, de modo a poder “*col massimo d’imparzialità sai decidere intorno all’ammissibilità, alla rilevanza e all’attendibilità delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, sai apprezzarne il risultato probatorio*”¹²³¹. É justamente por esse caminho que Liebman vai encontrar na imparcialidade do órgão jurisdicional o verdadeiro fundamento do princípio dispositivo. O dispositivo, portanto, “*appare come una necessaria garanzia del retto funzionamento della giurisdizione, così come questa dev’essere modernamente intesa, ed è innegabile il suo significato ‘liberale’*”¹²³².

Pode-se concluir, no ponto, que Liebman também segue a doutrina que promove uma cisão entre princípio da demanda e princípio dispositivo, porém, ao invés de considerar o princípio dispositivo como um mero princípio técnico e, portanto, maleável e flexível, busca na imparcialidade do órgão jurisdicional o seu fundamento. É a partir daí que o professor italiano vai de encontro às teses no sentido de conferir ao juiz poderes instrutórios, preferindo reservar ao Ministério Público a interferência no material probatório da causa, naquelas situações em que o próprio interesse substancial levado a juízo assume os contornos de um interesse público.

Não há dúvida que a imparcialidade seja um dos elementos caracterizadores da própria noção de jurisdição¹²³³. No entanto, não parece que a imparcialidade do

¹²³⁰ CALAMANDREI, Piero. Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 236.

¹²³¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. Fundamento del principio dispositivo. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p. 7.

¹²³² LIEBMAN, Enrico Tulio. Fundamento del principio dispositivo. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p.16. Aqui fica nítida a crítica que Liebman faz à concessão de poderes instrutórios do juiz: “*ristringerne il dominio, per accrescere invece i poteri inquisitori del giudice, significherebbe in sostanza attenuare la distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa ed introdurre nel processo una tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento*”. LIEBMAN, Enrico Tulio. Fundamento del principio dispositivo. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962. p.16).

¹²³³ Nesse sentido, leciona Ovídio A. Baptista da Silva, que “componente essencial do ato jurisdicional é a condição de *terceiro imparcial* em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o

órgão julgador tenha por pressuposto um juiz absolutamente passivo no âmbito da técnica do processo¹²³⁴. Nesse ponto, Liebman deixa bastante claro que a sua concepção acerca da atividade jurisdicional tem um significado liberal. Esse talvez seja um dos pilares da controvérsia teórica entre ele e Mauro Cappelletti, autor cuja concepção a respeito do princípio dispositivo talvez seja a mais influente na doutrina processual atual.

Um dos méritos de Mauro Cappelletti foi lidar com a confusão terminológica instaurada na doutrina italiana a partir da utilização genérica da expressão princípio dispositivo para designar dois grupos de fenômenos distintos, quais sejam, as normas, deveres, poderes e, sobretudo, o ato que se refere ao momento de pedir a tutela do interesse material deduzido em juízo e as normas, deveres, poderes e, particularmente, os atos referentes à técnica e à estrutura interna do procedimento¹²³⁵. O jurista italiano, sem abandonar a expressão princípio dispositivo, entende que ela deve ser melhor precisada de acordo, justamente, com o fenômeno que ela visa a abarcar. Assim, seria possível falar tanto do princípio dispositivo em sentido material, quanto em sentido processual.

Para tanto, Cappelletti confere especial atenção à questão pertinente à alegação dos fatos no processo. Nem sempre a doutrina que lhe tinha precedido era clara no sentido de delimitar se a alegação dos fatos seria tema próprio do princípio da demanda ou do princípio dispositivo. O jurista italiano, no entanto, expressamente reconhece que as alegações não podem ser colocadas nas categorias dos atos processuais em que vige a *Verhandlungsmaxime*, devendo, necessariamente, inserir-se na própria categoria em que se insere a demanda judicial, ou seja, na categoria dos atos processuais subjetivos. Desse modo, em decorrência do caráter privado do direito subjetivo, ao sujeito privado deve ser conferido o monopólio do poder de pedir tutela jurisdicional e, conseqüentemente, dito poder deve estender-se também à alegação da qual a demanda resulta exatamente identificada,

qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela". SILVA Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 27).

¹²³⁴ A questão será melhor abordada no item seguinte.

¹²³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 313.

individualizada em um dos seus momentos essenciais¹²³⁶. Com isso, Cappelletti acredita ir além da doutrina alemã denominada *sceveratrice*, na medida em que confere a alegação dos fatos também um reflexo da incidência do princípio dispositivo no processo¹²³⁷.

Nesse sentido, o fato de o juiz depender da alegação das partes tem um significado próprio e incide sobre um plano distinto daquele que atribui ao juiz o poder de simplesmente subtrair-se da sua iniciativa probatória. Na verdade, Cappelletti não destoa da distinção entre tutela jurisdicional e técnica do processo desenvolvida por Carnacini, porém traz um elemento a mais que é a ênfase conferida à alegação dos fatos e a sua colocação no plano do direito à tutela jurisdicional, podendo, inclusive, haver problemas de comunicação entre os dois planos, mormente quando se trata de cotejar a disponibilidade quanto à alegação dos fatos com o problema envolvendo a liberdade da outra parte quanto aos meios de prova, seara que, por fazer parte do âmbito da técnica processual, estaria também à disposição do órgão jurisdicional. Diante desse quadro, a iniciativa probatória do juiz deve se referir exclusivamente aos fatos alegados pelas partes¹²³⁸.

Nessa senda, Cappelletti vai contrapor o princípio dispositivo em sentido material ou em sentido próprio do princípio inquisitório em sentido material ou em sentido próprio, bem como vai englobar o âmbito de questões até então tratadas pela doutrina italiana simplesmente por princípio dispositivo, no denominado princípio dispositivo em sentido processual¹²³⁹. Desse modo, partindo da distinção

¹²³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 331.

¹²³⁷ Afrima Cappelletti que a doutrina *sceveratrice (distinguidora)* “sia incorsa in una pericolosa contraddizione: perché mentre da un lato giustamente rivendicava al *Dispositionsprinzip* tutto quanto attiene oltretutto alla instaurazione del processo anche alla ‘determinazione del suo oggetto’; sottraeva poi invece a quel principio l’allegazione dei fatti cioè l’atto, col quale la parte determina il fondamento di fatto della domanda, ossia ne determina il momento oggettivo-causale (‘Klage-grund’, ‘causa petendi’). CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 333-334.

¹²³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 355.

¹²³⁹ Segundo Cappelletti, “sembra dunque opportuno evitare, anche nella terminologia, il pericolo della confusione tra i due fenomeni ond’è caratterizzato il cosiddetto principio inquisitorio. A tal fine noi adotteremo, nel sèguito di queste indagini, la formula: “principio inquisitorio in senso sostanziale (materiale)” o “in senso proprio”, per indicare il più vasto e più radicale fenomeno dell’abolizione del vincolo giudiciale alla allegazione (dei fatti costitutivi) su iniziativa delle parti; e la formula: “principio inquisitorio in senso processuale (formale)” o “in senso improprio”, per indicare invece l’altro fenomeno – i cui riflessi non si estendono al mondo del diritto sostanziale ma si limitano al

entre *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*, Cappelletti vai buscar uma terminologia análoga também no plano dos poderes das partes:

e così di chiamare ‘principio (e processo) dispositivo in senso materiale’ o ‘in senso proprio’ quello, con cui si indica l’esistenza di un potere esclusivo delle parti nel chiedere la tutela giurisdizionale e nel fissare l’oggetto del giudizio (il *Dispositionsprinzip* della dottrina sceveratrice tedesca); e ‘principio (e processo) dispositivo in senso processuale’ o ‘improprio’ quello, con cui si allude invece ad un vincolo del giudice alle iniziative delle parti per ciò che riguarda in genere la tecnica e lo svolgimento interno del processo ed in ispecie la sceleta degli strumenti per la formazione del convincimento giudiziale (la *Verhandlungsmaxime*)¹²⁴⁰.

Ao contrário de Liebman, Cappelletti entende que a imparcialidade do juiz está adstrita ao âmbito de incidência do princípio dispositivo em sentido material, mas não àquela que concerne ao princípio dispositivo em sentido processual. O juiz deve, portanto, ser imparcial a respeito do direito feito valer pelo autor e ao ato de fazê-lo valer, mas não necessariamente quanto ao processo ou ao juízo e à justiça da decisão¹²⁴¹. O princípio dispositivo em sentido formal, ademais, *não é* uma consequência necessária e inderrogável da natureza do objeto privado deduzido em juízo¹²⁴².

Assim, tem-se que a abolição do monopólio do poder das partes a respeito das provas – talvez o mais importante aspecto da subtração às partes do seu poder de direção formal do processo – é reflexo da superação do modelo liberal de processo, em que este era coisa das partes. Se, por um lado, resta às partes o poder exclusivo de eleger entre pedir ou não a tutela jurisdicional de um (pretendido) direito seu, bem como de determinar os limites essenciais da ação – limites subjetivos (*personae*), objetivos (*causa petendi*) – e, por conseguinte, os limites essenciais da decisão da causa, por outro lado, sobre esse núcleo que está à disposição das partes, se constrói uma “casca”, uma envoltura, um proceder que

processo ed alla tecnica processuale – della abolizione del potere monopolistico delle parti rispetto alle iniziativa probatorie”. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 357.

¹²⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 355.

¹²⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 359.

¹²⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 372.

está por sua vez subtraído daquela potência de disposição. Portanto, uma vez instaurado um processo civil, o *modo*, o *ritmo* e o *impulso* do processo mesmo são separados da disponibilidade, imediata ou mediata das partes¹²⁴³. As partes deixam de ser *donas* do processo e tornam-se *colaboradoras do juiz* no impulso e tratamento da causa¹²⁴⁴.

O pensamento de Cappelletti em muitos aspectos se assemelha das ideias de Carnacini. No entanto, ele se afasta de Carnacini ao conceber o dispositivo como um princípio processual, e não como uma mera regra técnica, diferenciando-o em dois planos (princípio dispositivo em sentido material e princípio dispositivo em sentido processual). Além disso, a ênfase que ele dá ao tema da alegação dos fatos, inserindo-os no âmbito do princípio dispositivo em sentido material é bastante esclarecedora. Por fim, não há dúvida que Cappelletti tem uma visão muito mais social e publicista do processo, o que justifica o seu total distanciamento da teoria de Liebman, notadamente quando reivindica poderes de direção formal e até material do processo em favor do juiz¹²⁴⁵.

De tudo que foi abordado até aqui, pode-se ressaltar os seguintes pontos: (i) a terminologia princípio dispositivo é extremamente desgastada e imprecisa, notadamente no direito italiano e brasileiro, em que ora se fala somente em princípio dispositivo, ora se faz uma distinção entre princípio da demanda e princípio dispositivo, distinção esta que não é nada fiel à terminologia alemã, pois nela o correspondente ao princípio da demanda seria a *Dispositionsmaxime* e o correspondente ao princípio dispositivo seria a *Verhandlungsmaxime*; (ii) ainda que muitos autores distingam princípio da demanda e princípio dispositivo, não deixam muito claro em que medida os fatos fazem parte da demanda e, conseqüentemente, se as limitações decorrentes do princípio da demanda também limitariam o

¹²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972, p. 123.

¹²⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972, p. 124.

¹²⁴⁵ Segundo Cappelletti, com a fórmula “direção material do processo” se quer aludir ao fato de que o juiz, além dos poderes de direção formal, vem a assumir também poderes atinentes ao *objeto* deduzido em juízo, à ‘matéria’ do processo. Não se chega, todavia, à conclusão extrema de desvincular o juiz do poder dispositivo e exclusivo das partes em matéria de ação e de exceção (e de determinação dos elementos constitutivos da ação e da exceção, entre eles o elemento causal); porém se atribui, contudo, ao juiz um poder de intervenção de solicitação, de estímulo: ele pode fazer presente à parte a irregularidade não somente formal da ação proposta, o incompleto ou o impreciso das alegações ou das petições, a possibilidade de mudar, de ampliar, de corrigir a própria posição (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972, p. 125).

conhecimento oficioso do juiz quanto a fatos não alegados no processo; (iii) alguns autores consideram que o princípio da demanda tem assento na disponibilidade do próprio direito material ao passo que o princípio dispositivo não seria mais que um princípio da natureza técnica, que poderia ser relativizado e afastado; (iv) outros autores buscam encontrar um sólido fundamento para o princípio dispositivo e o fazem enxergando nele um verdadeiro garantidor do princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional; (v) a possibilidade de o juiz dispor dos meios de prova decorre do caráter relativo do princípio dispositivo, bem como da publicização e da socialização do processo, sendo sustentada pelo entendimento de que o princípio dispositivo tem autonomia em relação ao princípio da demanda, o que, de certo modo, deixa sem fundamento o próprio princípio dispositivo; (vi) a cisão entre princípio dispositivo em sentido material e princípio dispositivo em sentido processual desenvolvido por Mauro Cappelletti tem o conveniente que decorre das imprecisões terminológicas do termo “princípio dispositivo”, mas, em contrapartida, é incapaz de construir fundamentos sólidos para explicar em que medida os poderes, obrigações, ônus e deveres das partes e do juiz encontram-se limitados a partir de um ou de outro princípio, sendo certo que há, no seu pensamento, uma forte tendência em relativizar a força do princípio dispositivo.

A partir de todos esses apontamentos é possível, ainda, levantar as seguintes questões: (i) em que medida é justificável que se continue falando em princípio dispositivo, uma vez que a noção de princípio que lastreou a sua formação teórica é simplesmente a de uma máxima explicativa do sistema processual? (ii) é possível nominar o dispositivo de princípio sabendo que sequer há sólidos fundamentos construídos para justificá-lo à luz no contemporâneo Estado Democrático de Direito?

Tudo isso impõe reconhecer que o “princípio dispositivo” passa por uma verdadeira crise de identidade, o que faz com que seja insuficiente para dar conta da sua missão de delimitar os poderes do juiz e das partes no processo civil. É preciso buscar novos pontos de vista, novos fundamentos para dar continuidade ao tema e resgatar a dignidade daqueles elementos teóricos construídos à luz do princípio dispositivo e remodelá-los diante das necessidades teóricas do novo processo civil brasileiro.

Verifica-se, com tudo isso, que não há um consenso acerca dos fundamentos do chamado *princípio dispositivo* e, muito menos, consenso acerca da sua terminologia. Traçando uma linha divisória entre princípio dispositivo em sentido

material e princípio dispositivo em sentido processual, nos moldes propugnados por Mauro Cappelletti, é possível verificar que, usualmente, se atribui à disponibilidade da relação de direito material o fundamento da preponderância da vontade das partes nessa esfera, ao passo que o princípio dispositivo em sentido processual estaria ligado a questões de conveniência técnica, razão pela qual se admite que, no seu âmbito, o poder de disposição do juiz sobreponha-se aos poderes das partes¹²⁴⁶. Há, ainda, quem diga que as limitações dos poderes de ofício do juiz prendem-se à necessidade de respeitar o princípio da imparcialidade, residindo aí o mais sólido fundamento do princípio dispositivo (em sentido processual).

O Novo Código de Processo Civil consagra uma série de regras a partir das quais costuma-se desenhar os contornos do princípio dispositivo em sentido material: o art. 2.º do NCPC prescreve que “o processo começa por iniciativa da parte”; o art. 141 do NCPC limita os poderes do juiz ao impor-lhe decidir “o mérito nos limites propostos pelas partes”, ficando vedado, ainda, o conhecimento “de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”; o art. 490 do NCPC preceitua que “o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes” sendo-lhe vedado, nos termos do art. 492 do NCPC “proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Tratam-se, sem dúvida, de uma série de regras cujo escopo é (de) limitar os poderes do juiz e das partes quanto à iniciativa do processo e ao seu conteúdo.

A pergunta sobre o fundamento dessas regras não pode ser, simplesmente, respondida pela filiação do código ao princípio da demanda. Mesmo para aqueles autores que trabalham com uma concepção estritamente analítica de princípio torna-se muito difícil extrair dos artigos 2.º, 141, 490 e 492 do NCPC um princípio, pois nenhum deles prescreve um estado ideal de coisas a ser atingido. Alguém poderia reivindicar ao princípio da imparcialidade o fundamento das referidas regras, pois uma vez que conferida ao juiz a iniciativa de começar o processo ou de alargar o mérito da causa sua imparcialidade

¹²⁴⁶ Na doutrina nacional, Antônio do Passo Cabral, embora não se valha das mesmas premissas aqui desenvolvidas, defende que o “princípio do debate é técnico, e significa uma opção legislativa para o desenvolvimento do processo”, não possuindo, nessa perspectiva, “fundamento constitucional rígido”. Trata-se, segundo ele, “de uma opção política e ideológica de cada sistema processual: ou apostar na condução do processo exclusivamente focada no juiz, ou uma tendência de valorização das partes”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.p. 140.

restaria comprometida. E isso, por certo, é verdade. Porém também é verdade que as regras podem assentar-se em mais de um princípio, os quais “fecham” a sua interpretação ao mesmo tempo que conferem a elas seu sentido e sua espessura diante da diversidade de casos concretos. Até porque, se não fosse assim, qualquer vedação ao agir de ofício do juiz somente poderia fundamentar-se a partir da ideia de imparcialidade, o que, com certeza, não pode ser tomado por premissa, afinal, para ficar apenas com um exemplo, seria a imparcialidade o fundamento que impede o juiz de conhecer da incompetência relativa? Ademais, numa perspectiva hermenêutica, assentar no princípio da imparcialidade, de antemão, todas as possíveis limitações de agir do juízo de ofício é como que procurar encontrar as respostas antes das perguntas!

Por outro lado, costuma-se dizer que o princípio dispositivo em sentido processual atrela-se às escolhas feitas no próprio sistema processual. Sua maior ou menor amplitude, portanto, não é autônoma, mas, sim, dependente de opções legislativa. Sucede que o legislador não se encontra livre para construir o sistema processual. Muito pelo contrário, a sua vinculação à Constituição – cujo caráter dirigente é indudioso – lhe impõe construir um modelo de processo capaz de concretizar os princípios constitucionais que pautam a noção de processo democrático de acordo com determinado contexto histórico e social. São, pois, esses princípios que irão, no âmbito da “técnica do processo”, pautar os poderes das partes e do juiz. E aqui é importante deixar claro que o princípio da autonomia privada, cuja normatividade se reivindica no presente estudo, não é o único aspecto da limitação dos poderes do juiz no processo civil. O que se pretende desvelar é justamente a sua força normativa e legitimadora da imposição de limites ao arbítrio judicial numa perspectiva de superação do chamado “hiperpublicismo”.

Tudo isso deixa muito claro o quanto é anêmico, do ponto de vista significativo, o princípio dispositivo (em sentido processual e também em sentido material). Que a imparcialidade possa servir de fundamento para limitar os poderes de ofício do juiz ninguém duvida, mas, se as coisas são assim, qual a utilidade de falar em um princípio dispositivo se, na verdade, o seu grau de normatividade (de determinar condutas) reside em outro princípio? Esse estado de coisas, diga-se de passagem, nebuloso no tocante à normatividade do chamado princípio dispositivo, impõe que se busque um outro fundamento para justificar a limitação dos poderes

das partes e do juiz no processo. E aí entra a necessidade de revelar a força normativa assumida pelo princípio da autonomia privada no bojo do Estado Democrático de Direito.

3.7.1 Do Reconhecimento do Princípio da Autonomia Privada como um dos Pilares do Novo Processo Civil Brasileiro

É extremamente difícil precisar as origens históricas do conceito de autonomia privada. O próprio termo “autonomia privada” é controverso, na medida em que não há consenso doutrinário acerca da sua amplitude, sendo que alguns autores tratam dele como sinônimo de “autonomia da vontade” e de “autorregramento”, enquanto outro preferem diferenciá-los. Para fins de uma investigação histórica, no entanto, prefere-se partir do conceito mais amplo de autonomia e da sua adjetivação pela vontade, para somente em um segundo momento, partir-se para uma depuração terminológica do conceito em questão.

O conceito de autonomia, assim como qualquer outro conceito da ciência jurídica é, segundo Calasso, “a un tempo, il frutto di una esperienza storica e uno strumento di lavoro”¹²⁴⁷. Não há, pois, um conceito jurídico único de autonomia, muito menos é possível desenhá-lo sem levar em conta o contexto cultural e filosófico de um determinado contexto histórico.

Há quem considere que a autonomia privada já se fazia presente no Direito Romano, atuando como uma decorrência da ideia de liberdade, a qual, de certo modo, era conatural à ideia de direito¹²⁴⁸. Não se trata, porém, de algo pacífico. Há, também, quem negue a existência de qualquer traço de autonomia da vontade no Direito Romano¹²⁴⁹. O certo é que a noção de liberdade e, quiçá, de autonomia

¹²⁴⁷ CALASSO, Francesco. Autonomia (você). In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume IV – Atto – Banna. Varese: Giuffrè, 1958-1993. p. 349.

¹²⁴⁸ BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. *Revista dos Tribunais*. v. 904, fev. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62. Nesse sentido: “isso significa que a forma aqui esboçada de como debruçar-se sobre o direito romano deve fazer parte da formação acadêmica jurídica. Em direito privado romano e na exegese do Digesto pode quem quiser focar o olhar em elementos centrais da história dogmática e em valores dos quais nenhum direito privado baseado no princípio da liberdade escapa e que, todavia, não podem ser aprendidos como algo simplesmente fixo e irreversível. Um desses valores se chama autonomia privada”. BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 904, fev. 2011. p. 67).

¹²⁴⁹ Nessa esteira, Paulo Lôbo afirma: “tomando-se o paradigma histórico do Direito romano, constata-se seu desconhecimento de qualquer traço de autonomia da vontade, porque

porventura desenvolvida no mundo antigo muito se distancia dos elementos que irão pautá-la atualmente.

Durante a “baixa” idade média era possível perfilhar uma noção de autonomia, entendida a partir da relação entre ordenamento jurídico-político e vontade dos particulares para construir seu próprio regramento¹²⁵⁰, o que, sem dúvida, tem sentido se pensado a partir da concorrência entre os diversos centros de formação de direito. É, porém, no final da Idade Média, mais precisamente no século XIV, que se vai encontrar a gênese do conceito de autonomia privada.

Tem-se, com base em Michel Villey, que o conceito de autonomia privada tem origens comuns ao conceito de direito subjetivo¹²⁵¹, sendo ambos decorrentes do nominalismo inaugurado com Guilherme de Ockham, em que todas as coisas deviam ser pensadas a partir do indivíduo. Nesse sentido, o indivíduo (não mais a relação entre vários indivíduos) torna-se o centro de interesse da ciência do direito; o esforço da ciência tenderá doravante a descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades, de seus *direitos individuais*. E, quanto às normas jurídicas, estas não mais podem ser extraídas da própria ordem que antes se acreditava ler na natureza. Será preciso buscar sua origem exclusivamente nas vontades positivas dos indivíduos. Daí a afirmação de que o *positivismo* jurídico é

concebiam o Direito como um sistema rígido de *actiones*, sem as quais qualquer tutela jurídica dos interesses era impensável. Mesmo quando as transações atingiram elevado nível de complexidade, exigindo-se a superação das formas pétreas, para facilitá-las manteve-se a essência do sistema, criando-se um tipo de *actio* dúctil à imprevisibilidade dos tipos de negócios (por esta razão, inominados, não enquadráveis nos tipos já fixados pelo Direito) que a expansão do império romano foi engendrando: a *actio praeescriptis verbis*. De toda forma, a autonomia da vontade era incogitável”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. v.60. Brasília, conselho federal da oab, 1995. p. 56. Também Clóvis do Couto e Silva entende que “o princípio da autonomia da vontade, como é hoje conhecido, não foi, todavia, legado de Roma”. Nesse sentido, refere que “no mundo romano, deveu-se ao *imperium* dos magistrados o desenvolvimento do direito civil, através do direito honorário. O conceito dinâmico de *actio*, e não o estático de direito subjetivo ocupava, então, o lugar de centro do sistema jurídico. A determinação do direito pela atividade processual e o rígido formalismo, que marcam caracteristicamente a primeira fase do direito romano, fizeram com que, mesmo no período clássico, a vontade fosse sempre considerada algo fático, não se reconhecendo, à sua autonomia, a posição de princípio jurídico”. SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 24-25.

¹²⁵⁰ CALASSO, Francesco. Autonomia (você). In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). Enciclopedia del diritto. Volume IV – Atto – Banna. Varese: Giuffrè, 1958-1993. p. 355.

¹²⁵¹ Não é, pois, por acaso que Ana Prata entende que “os mecanismos jurídicos de expressão da liberdade dos sujeitos privados na tutela dos seus interesses são o direito subjetivo e a liberdade negocial. Assim, numa perspectiva ampla poderá entender-se que a noção de autonomia privada se desdobra nesses dois aspectos essenciais”. PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982. p. 15.

filho do nominalismo. Todas as características essenciais do pensamento jurídico moderno já estão contidas em potência no nominalismo¹²⁵².

Cabe lembrar, nesse contexto, que o conceito moderno de direito subjetivo – desenvolvido a partir do final da idade média – assenta-se no poder e na vontade¹²⁵³. Isso tem sentido na medida em que, com Guilherme de Ockham o direito “deixa de ser um *bem*, atribuído segundo o merecimento de cada um, para tornar-se o *poder que se tem sobre os bens*, ou o poder de impô-lo à observância dos demais”¹²⁵⁴, o que, sem dúvida, rompe com a ideia antiga de justiça, que, para a filosofia grega, era uma virtude “que se obtinha através de uma longa e bem orientada experiência de vida”¹²⁵⁵ e de direito, antes entendido como “a arte do justo e do bom”¹²⁵⁶.

Não cabe aqui tratar com detalhes de todo o contexto político em que é forjado o conceito de direito subjetivo a partir da doutrina de Ockham¹²⁵⁷. O fato é

¹²⁵² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 233.

¹²⁵³ Conforme Von-Thur “a concepção de direito subjetivo como poder da vontade, que foi dominante no direito comum, conta também hoje com a aprovação da maioria dos autores”. VON-THUR, Andreas. *Derecho civil*. Teoria general del derecho civil aleman. V. I. Los derechos subjetivos y el patrimonio. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946, p. 75).

¹²⁵⁴ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 119.

¹²⁵⁵ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 118.

¹²⁵⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo. *Revista temas atuais de processo civil*. v.1. n.1. Julho de 2011. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/47-v1-no-1-julho-de-2011/105-perspectivas-epistemologicas-do-direito-subjetivo>>. Acesso em 05-07-2015. Conforme Juan Vallet de Goytisolo, “conforme el voluntarismo de Duns Escoto y más aún con el nominalismo de Ockham, no existe un derecho naturalmente justo dimanante de la naturaleza de las cosas, la palabra *ius*, derecho, no puede corresponder a lo que es justo conforme la cosa misma -*quod iustum est ex ipsa natura rei*. El derecho se reduce a ser el reflejo de las leyes positivas (divinas o humanas), a su contenido, y llega hasta confundirse con las propias leyes (concepto del derecho objetivo) o bien con la potestad de las voluntades subjetivas, que disponen, pactan o reclaman, en un individualismo subjetivista (concepción del derecho subjetivo)”. GOYTISOLO, Juan Vallet de. “*Ius*” y “*lex*” según las definiciones de los “*magni hispani*”. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. v. 37. Universidad de Navarra: Servicio de publicaciones, 1997. p. 26.

¹²⁵⁷ Sobre o assunto, leciona Oliveira que “as disputas entre o Papado e o Império tornaram-se bastante evidentes no século XI e intensificaram-se atingido a partir de 1314 seu apogeu. Nelas envolveram-se os papas João XXII (1313-34) e Benedito XII (1334-42) que defendiam a tese de Inocêncio III (1198-1216)¹; e o Imperador Luiz IV (1314-47) que tentava se libertar da tutela papal no exercício de sua autoridade. É neste clima de disputa na esfera de poder secular e espiritual que Guilherme de Ockham escreve seus trabalhos políticos, todos em Munique, na corte de Luiz IV, produzindo subsídio teórico para as idéias do imperador, como afirma Nascimento (1970, p. 26): “revestem, portanto, um caráter polêmico e fornecem ao imperador justificativa doutrinária de suas aspirações autonomista em relação ao poder pontifical”. OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de. As ideias políticas de Guilherme de Ockham no revólucio sobre o principado tirânico. *Prometeus filosofia em revista*. Viva Vox. DFL. Universidade Federal de Sergipe. Ano 2. n. 4 Julho-Dezembro/2009, p. 103-104.

que, para além dos conflitos políticos entre o papado e o império, ocorridos entre o Papa João XXII e o Imperador Luis IV, a presença de Ockham foi decisiva na defesa da ordem franciscana frente ao papa, o qual, a partir de 1322, reabriu o debate acerca da pobreza franciscana, culminando na Bula *Quia vir reprobus*, de 1328¹²⁵⁸. O pano de fundo desse embate reside no fato de que, não obstante o voto de pobreza feito pela Ordem dos frades franciscanos, esta teria crescido em tamanho e prestígio, assumindo a posse de muitos bens de valor, como igrejas, conventos, livros e provisões¹²⁵⁹. Afirmava-se, para conformar a teoria do voto de pobreza com a prática que os frades tinham somente o uso de fato dos bens, mas não o direito de usar¹²⁶⁰. Contra esse estado de coisas é direcionada a investida do papa João XXII, o qual, temendo que a Ordem franciscana ficasse sem os bens dos seus seguidores, queria forçar os frades a terem o título de propriedade¹²⁶¹.

¹²⁵⁸ CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do opus nonaginta dierum. *Veritas*. v. 51. n. 31. Setembro 2006. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2006. p. 101.

¹²⁵⁹ Conforme destaca Culeton, “para a comunidade franciscana, alguém era pobre, se não possuía nada: era indiferente, se o uso dado às coisas dos outros era luxuoso ou miserável”. CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do opus nonaginta dierum. *Veritas*. v. 51. n. 31. Setembro 2006. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2006. p. 100).

¹²⁶⁰ VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Universitárias de Valparaíso, 1976, p. 170. Essa cisão entre propriedade e uso, que justificava a realidade dos frades franciscanos tinha assento na doutrina de S. Buenaventura (*Apologia pauperum*), convalidada pelo Papa Nicolau III a partir da bula *Exiit qui seminavit* de 1279, extraindo-se daí o entendimento de que a propriedade dos bens estaria nas mãos dos benfeitores da Ordem, que, em muitos casos, seria a própria sede pontifícia, que autorizariam os frades a servirem-se deles (KILCULLEN, John. *The Political Writings*. In: SPADE, Paul Vicente. *The Cambridge Companion to Ockham*. Cambridge University Press: Cambridge, 1999. p. 303). Nesse sentido, Villey leciona que a Bula de Nicolau III “prescribe que los franciscanos notengan sobre sus bienes más que el simplex usus facti [simple uso de hecho], ni aun el jus utendi [derecho de usar], el usufructus [usufructo], la possessio [posesión], mientras que la Iglesia romana retiene la proprietas (Bull., p. 293 ss). El sentido de estas palabras en las bulas no es todavía bien explícito. Hasta que Occam llega a sacar conclusiones sustanciales, no parecen significar conscientemente nada más sino que Roma tenía la etiqueta y los monjes franciscanos la cosa: al Papado el humo, a los franciscanos el asado. Todo iba bien para los huéspedes de conventos ricos: podían morar en ellos sin molestias y en seguridad, con la conciencia a salvo, puesto que eran usuarios, no propietarios”. VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Universitárias de Valparaíso, 1976, p. 170).

¹²⁶¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo. *Revista temas atuais de processo civil*. v.1. n.1. Julho de 2011. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/47-v1-no-1-julho-de-2011/105-perspectivas-epistemologicas-do-direito-subjetivo>>. Acesso em 05-07-2015. A Bula papal *Quia vir reprobus* se assenta em três argumentos principais, conforma afixação Culeton: O primeiro é um ataque à idéia de que os frades estão numa situação de absoluta pobreza, porque eles não têm nenhum *dominium*: eles não têm nada que possam chamar de próprio, *proprium* ou *suum*. O Papa usa o direito romano para dizer que, para coisas que são consumidas no seu uso, como no caso da comida, roupa ou bebida, o uso não pode ser separado do *dominium*. Logo, se os franciscanos usam coisas, devem ter *dominium* sobre essas coisas e, conseqüentemente, não são absolutamente pobres. O segundo ataque de João XXII é ao argumento dos franciscanos de que, pelo fato de estarem sem posse de nenhum bem material, estariam no estado de *perfeição*

Com efeito, Ockham vai buscar uma definição de direito que não corresponda ao bem que cabe a alguém segundo a justiça (*id quod justum est*). Nesse intento, o direito passa a ser concebido como o poder que se tem sobre um bem. Trata-se, porém, de um poder nitidamente específico, que difere da simples licença ou da concessão revogável de que gozam, por exemplo, os pobres convidados do Senhora na parábola do banquete, e que o senhor pode despedir¹²⁶². O direito, portanto, não se confunde com o chamado *usus facti*, concebido como “todo ato que uma pessoa possa exercer com relação a um objeto exterior, tal como comer, beber, vestir, escrever, ler um livro, cavalgar e similares são chamados usos de fato”¹²⁶³. Desse modo, ao neutralizar o *usus facti*, Ockham está sustentando a tese franciscana de que *usus facti* é separável de *dominium*, já que o puro fato exterior de usar é distinguível de qualquer atributo pessoal do sujeito¹²⁶⁴.

A partir daí a noção de direito subjetivo vai ligar-se diretamente ao indivíduo, como um poder. Bastante original, a propósito do tema, é a noção de “potência subjetiva de um ato humano”, por ele desenvolvida, que irá materializar a própria ideia de direito¹²⁶⁵. Cuida-se, todavia, de uma *potestas licita*, e não de uma *potestas iusta*, na medida em que um ato pode ser lícito sem ser estritamente justo segundo a sua concepção¹²⁶⁶. Aqui fica bastante nítida não somente a subjetivação do conceito de direito, mas também a eliminação dele de qualquer relação com a moral, “posto que, agora, a questão do merecimento *formaliza-se*, passando a decorrer

dos Apóstolos, que venderam tudo e seguiram a Cristo.⁸ A ênfase na pobreza como algo espiritual, mais do que uma questão material, tem sido sempre uma marca distintiva entre dominicanos e franciscanos. E o Papa, mais um legislador do que um teólogo, se vale da teologia dos dominicanos e da autoridade de Tomás de Aquino que os respalda. O terceiro argumento do Papa é acerca da noção de uso. Os franciscanos tinham feito a distinção entre uma *licença de uso* e um *direito de uso*, tendo eles só o primeiro, e não o segundo, ao que o Papa responde ser isso impossível”. CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do opus nonaginta dierum. *Veritas*. v. 51. n. 31. Setembro 2006. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2006. p. 101).

¹²⁶² VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Universitárias de Valparaíso, 1976, p. 176.

¹²⁶³ OCKHAM, Guilherme. *Opus nonaginta dierum*. Apud CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do opus nonaginta dierum. *Veritas*. v. 51. n. 31. Setembro 2006. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2006. p. 103.

¹²⁶⁴ CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do opus nonaginta dierum. *Veritas*. v. 51. n. 31. Setembro 2006. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2006. p. 103.

¹²⁶⁵ CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do opus nonaginta dierum. *Veritas*. v. 51. n. 31. Setembro 2006. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2006. p. 104.

¹²⁶⁶ CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do opus nonaginta dierum. *Veritas*. v. 51. n. 31. Setembro 2006. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2006. p. 105.

necessariamente da lei, enquanto norma estatal”¹²⁶⁷. Essa concepção de direito subjetivo, que irá influenciar diretamente a construção teórica da pandectística alemã do século XIX, para a qual o direito está associado a poder, e não ao justo¹²⁶⁸, seria desprovida de repercussão se não fosse acompanhada da sua filosofia individualista¹²⁶⁹, considerada o antecedente imediato do conceito de autonomia privada¹²⁷⁰.

Com isso, tem-se que a eclosão do direito subjetivo e sua definição teórica significa o abandono de uma forma de pensamento jurídico fundado na ordem natural e sua substituição por um outro, fundado na ideia de poderes. Trata-se “da fronteira de dois mundos”, que faz surgir, com isso, uma nova ordem social, da qual o direito individual será a célula elementar, e que se construirá inteiramente sobre a noção de *potestas*, elevada à dignidade de *direito*. Disso dependerão, em seguida, por um lado, as leis positivas, que passam a ser a única fonte da ordem, oriundas de poderes individuais, e por outro, o conteúdo individualista liberal e utilitário de direito ocidental¹²⁷¹. O direito passa a ser especificado pelo *conteúdo* do poder¹²⁷².

¹²⁶⁷ SILVA, Ovídio A Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 121.

¹²⁶⁸ Conforme Darci Guimarães Ribeiro, “a idéia de direito relacionado a poder que foi criada pelo monge franciscano no século XIV, teve importante reflexo nas doutrinas jurídicas posteriores, principalmente a partir do movimento pandectista alemão do século XIX, que tinha por preocupação doutrinária o estudo do desenvolvimento do direito subjetivo. Principalmente a partir do século XIX, a idéia de direito vem sempre associada a poder, e não ao justo conforme a coisa mesma, isto é, a ‘quos iustum est ex ipsa natura rei’”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo*. *Revista temas atuais de processo civil*. v.1. n.1. Julho de 2011. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/47-v1-no-1-julho-de-2011/105-perspectivas-epistemologicas-do-direito-subjetivo>>. Acesso em 05 jul. 2015.

¹²⁶⁹ A qual, segundo Villey, “sostiene el reverso de la Filosofía clásica. Y de esto no puede resultar sino una nueva visión de los fenómenos jurídicos”. VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Universitárias de Valparaíso, 1976, p. 180). Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, “são perfeitamente visíveis, na filosofia do monge franciscano do século XIV, as raízes do *voluntarismo* que depois dominou a filosofia do século XVII, de modo que parece inteiramente justificado o entendimento de que, não apenas o conceito de direito subjetivo, como igualmente o entendimento de queo direito deve corresponder àquilo que o soberano decreta como sendo direito, tenham em Guilherme de Ockham e em seu predecessor Duns Scot seus primeiros teóricos medievais”. SILVA, Ovídio A Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 121).

¹²⁷⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 102, p. 217, abr/jun. 1989.

¹²⁷¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 288. Contra a concepção individualista do direito subjetivo, com um olhar crítico a partir da noção de direito objetivo e de “direitos difusos”, afirmam José Tesheiner e Lessandra Gauer: “para concluir, deixando Villey e dando um salto até o Direito contemporâneo, observamos que direito subjetivo, depois de haver sido definido como um poder e, mais adiante, como um interesse juridicamente protegido, passou a significar qualquer bem merecedor de proteção judicial, ainda que desvinculado de algum interesse humano. É assim que se pode falar de direitos dos animais, inclusive dos inúteis e até nocivos ao homem.

Um passo adiante na história do conceito de autonomia privada pode ser encontrado em Kant¹²⁷³, ao qual se atribui, no campo da filosofia moral, a moderna ideia de autonomia individual¹²⁷⁴. A noção de autonomia encontra-se já aqui atrelada à ideia de liberdade, que Kant desenvolve a partir da concepção rousсенiana de liberdade como autonomia na esfera pública, internalizando-a no indivíduo como liberdade moral¹²⁷⁵. Autonomia opõe-se, desse modo, à heteronomia. Consiste na autolegislação na medida em que o homem é livre mas vive a partir de regras morais por ele mesmo legisladas¹²⁷⁶. Nitidamente, autonomia confunde-se com a própria noção de liberdade, esta entendida como não impedimento, e aquela, como propriedade de ser lei para si mesma¹²⁷⁷. Em que pese o sentido filosófico de autonomia não se confunda com o seu conceito jurídico, é inegável que as ideias filosóficas influenciam de algum modo as concepções jurídicas¹²⁷⁸. Na verdade, o conceito filosófico de autonomia, fundando na noção de liberdade, servirá para abrir caminho a uma mais precisa fundamentação da autonomia privada, residindo aí sua importância na passagem histórica do conceito.

Volta-se, assim, de certo modo, a um significado objetivo de direito. Fala-se, por isso mesmo, em direitos difusos, e não em direitos subjetivos difusos, o que até soa como um contrassenso. Direitos dos animais, direitos da natureza não são direitos humanos. Constituem partes do ordenamento jurídico que dizem respeito à proteção da fauna, da flora e até das coisas inanimadas". TESHEINER, José. GAUER, Lessandra. A gênese do direito subjetivo conforme Villey. *Processos coletivos*. Disponível em <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/834-a-genese-do-direito-subjetivo-conforme-villey>>. Acesso em: 05 out. 2015.

¹²⁷² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 274.

¹²⁷³ Segundo Amaral, "com a filosofia de KANT, que teve definitiva influência, a autonomia da vontade adquire conotação dogmática, passando a imperativo categórico de ordem moral, afirmando-se na *Metafísica do Direito* (1976) que 'a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica'". AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 102, p. 220, abr./jun. 1989.

¹²⁷⁴ SIECKMANN, Jean-R. El concepto de autonomía. *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*. n. 31, 2008. p. 467.

¹²⁷⁵ TREVIZAN, Thaita Campos. NETA, Vallêda Bivar Soares Dias. A liberdade sob a perspectiva de Kant: um elemento central da ideia de justiça. *Cadernos EMARF, fenomenologia e direito*. v. 3. n. 1. Rio de Janeiro, abr./set. de 2010. p. 112.

¹²⁷⁶ SIECKMANN, Jean-R. El concepto de autonomía. *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*. n. 31, 2008. p. 468.

¹²⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. v.60. Brasília, conselho federal da oab, 1995. p. 56.

¹²⁷⁸ GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos de personalidade. *Revista de direito sanitário*. vol. 1. n. 1. Novembro de 2000. p. 110. Nesse sentido, "a autonomia como fundamento da ética, que pressupõe a independência do ser humano na valoração dos problemas morais, como faculdade de autodeterminação, não significa autonomia normativa calcada no poder de se dar as próprias normas, em oposição à heteronomia que implica sujeição ao poder de outrem". GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos de personalidade. *Revista de direito sanitário*. vol. 1. n. 1. Novembro de 2000. p. 110).

Com o advento do Estado Liberal as linhas mestras da autonomia privada ganham seu pleno desenvolvimento. O indivíduo e sua vontade livre passaram a ser o centro do Direito¹²⁷⁹, na medida em que se acentuava a separação entre Estado e sociedade e, conseqüentemente, ganhava relevo a autonomia dos particulares, a qual deferia-se totalmente a formação da ordem privada¹²⁸⁰. Esse pano de fundo, no entanto, talvez tenha servido para obscurecer o conceito de autonomia no campo jurídico, na medida em que passou a ganhar contornos restritos, ficando adstrito ao campo do direito contratual e, conseqüentemente, da esfera econômica. Não é por acaso que há quem trate da autonomia privada como liberdade negocial, como poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos¹²⁸¹. Autonomia privada, portanto, não designaria toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial¹²⁸². Enquanto qualificativo de uma dada atividade jurídica dos sujeitos privados, o conceito, ao mesmo tempo, recorta o espaço dessa atividade, contrapondo-o ao da atividade do Estado¹²⁸³.

É justamente essa contraposição entre a liberdade do indivíduo e a atividade do Estado que servirá de estímulo para uma maior sistematização do conceito de autonomia privada. Ela surge, pois, como uma questão de limites à iniciativa

¹²⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. v.60. Brasília, conselho federal da oab, 1995. p. 56. Conforme Hindemburgo Chateaubriand "O princípio da autonomia privada é seguramente uma das mais importantes conquistas de nossa cultura jurídica, embora encontre a sua gênese histórica em época relativamente próxima se confrontada com o tempo de maturação do direito privado, no qual este se insere. O princípio tem as suas origens vinculadas às codificações do século XVIII e XIX, diretamente influenciadas pelo pensamento jusnaturalista". CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 745, p. 41-47, nov. 1997. p. 43).

¹²⁸⁰ SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 25.

¹²⁸¹ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

¹²⁸² PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 13.

¹²⁸³ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 14. Ana Prata entende que a implantação do modo de produção capitalista acarretou a necessidade de universalização dos conceitos de personalidade jurídica e capacidade negocial, outrora inexistentes. Todos passaram necessariamente a ser proprietário, ou de bens que lhes permitiam subsistir, ou de força de trabalho que vendiam. Desse modo, todos passam a ser sujeitos jurídicos e a ter capacidade negocial. Com isso, o trabalhador desvincula-se da terra e senhor feudal, tornando-se livre. Nesse momento, o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo, o que vai repercutir na própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto sob a perspectiva de um instrumento de troca de bens, acentuando-se o seu caráter de realização da liberdade econômica: *o negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre* (PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 9-10).

individual, que redundara em abuso e exploração do mais fraco, no ápice do Estado mínimo oitocentista, e sob influxo das ideias e movimentos sociais¹²⁸⁴. Tão impactante é essa mudança de perspectiva que Judith Martins-Costa acaba diferenciando a autonomia privada da autonomia da vontade, esta última entendida como uma construção ideológica forjada no final do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico¹²⁸⁵.

De tudo isso, pode-se dizer que o conceito de autonomia privada se apresenta, a partir do advento do Estado liberal, numa acepção mais restrita, para abarcar tão somente um âmbito de liberdade de natureza nitidamente negocial e econômica. Essa concepção sofrerá, ainda, diversas ranhuras no desenrolar do Estado social, na medida em que a liberdade dos particulares gradualmente vai sendo restringida pelos fins novos fins perseguidos pelo Estado. Urge, desse modo, buscar uma melhor delimitação conceitual da expressão autonomia privada, bem como fundamentos mais sólidos que sejam capazes de reconectá-la a ideia de direito subjetivo e, ao mesmo tempo, redimensioná-la numa perspectiva mais ampla que a esfera econômica e negocial.

3.7.1.1 Do Problema Terminológico Aos Fundamentos Constitucionais do Princípio da Autonomia Privada

A utilização da expressão “autonomia privada” costuma variar bastante, sendo, normalmente, restringida por civilistas e, por outro lado, ampliada por autores situados em outras áreas do pensamento jurídico¹²⁸⁶. Também não há consenso,

¹²⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. v.60. Brasília, conselho federal da oab, 1995. p. 57. Com isso, “deixou de constituir petição de princípio ou justificação ideológica do liberalismo econômico, com que a própria doutrina jurídica a encarava até então, para ser objeto de rigorosa investigação científica em vários ramos do Direito Privado e do Direito Público, inclusive o Direito Internacional Público”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. v.60. Brasília, conselho federal da oab, 1995. p. 57-58).

¹²⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 614-615.

¹²⁸⁶ Os vários significados da expressão autonomia privada, na qual a ambiguidade do substantivo se cumula com a do adjetivo não são, de acordo com Salvatore Pugliati, “*riconducibili ad un centro sistematico-concettuale; e i problemi non sono omogenei, né si possono far gravitare verso un problema centrale: essi, anzi, hanno radici differenti, rispondono a differenti esigenze, e sono ispirati alle più varie ideologie e ai più diversi orientamenti metodologici*”. PUGLIATTI, Salvatore.

entre os mais diversos autores, acerca das diferenças entre autonomia privada e autonomia da vontade. Enquanto alguns tratam ambas as expressões como sinônimas, outros criticam essa aproximação entre ambas¹²⁸⁷, de modo a diferenciá-las, enxergando na locução “autonomia da vontade” uma concepção mais psicológica¹²⁸⁸ e, também, mais ampla que a de autonomia privada¹²⁸⁹. Pontes de Miranda, por sua vez, em que pese utilize, indistintamente, em sua obra, as expressões autonomia da vontade e autonomia privada, prefere a elas utilizar o termo “autorregramento”, na medida em que autonomia privada elidiria qualquer autorregramento de vontade em direito público, o que seria extremamente falso¹²⁹⁰.

Por outro lado, uma série de autores confere à expressão autonomia privada um alcance que vai muito além da noção de autorregramento ínsita ao conceito de

Autonomia privada (voce). In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). Enciclopedia del diritto. Volume IV – Atto – Banna. Varese: Giuffrè, 1958-1993. p. 366-367).

¹²⁸⁷ Nesse sentido é a doutrina de Luigi Ferri, para quem parece criticável “la opinión que prefiere hablar de autonomía de la voluntad mejor que de autonomía privada. Las dos expresiones podrían parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son. Quienes hablan de autonomía de la voluntad en realidad desconocen el problema mismo de la autonomía privada (problema que, visto desde el ángulo subjetivo, se identifica, como veremos en seguida, con la búsqueda del fundamento del poder reconocido a los particulares de crear normas jurídicas) y dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos que, según esta opinión, es la raíz o la causa de los efectos jurídicos, en oposición a quienes, por ele contrario, ven más bien la declaración o en la manifestación de voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos”. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p.5-6.

¹²⁸⁸ Conforme Francisco do Amaral “a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real”. Desse modo, o referido autor, visualiza a “autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, psicológica” e a autonomia privada como “poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas”. Assim, seria possível dizer que “subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento constituído pelo agente, em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 102, p. 213, abr/jun. 1989. Também Steinmetz prefere utilizar a expressão autonomia privada à autonomia da vontade “porque esta sempre lembra, além de um conceito jurídico, um conceito da filosofia prática de Kant, dando margem, assim, à ambiguidade, enquanto ‘autonomia privada’ parece ser mais adequada à linguagem da teoria e da dogmática jurídicas”. STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 189.

¹²⁸⁹ Para alguns, a autonomia da vontade teria um aspecto mais amplo, ligando-se poder de iniciativa e de impulso, os quais são os elementos constantes nas teorias dos atos e nas atividades dos privados, e não a autonomia privada, uma vez que, conforme Perlingieri, o poder de autorregulamentação pode faltar. Nesse sentido, ver PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 139.

¹²⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 23: parte especial, §255. Conforme Paulo Lôbo, “a novidade terminológica, entretanto, não teve repercussão na doutrina brasileira. O próprio Pontes cede ao uso linguístico e emprega, em várias passagens do Tratado, os termos tradicionais (autonomia da vontade e, até mesmo, autonomia privada)”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. v.60. Brasília, conselho federal da oab, 1995. p. 58).

negócio jurídico. Parte-se, para tanto, da noção estrita de autonomia, que, para Roppo, significa “poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta”¹²⁹¹, para nela abarcar uma concepção ampla de autonomia privada entendida “como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual”¹²⁹² e como “poder do indivíduo de modo objetivo, concreto e real, norteado para a realização de determinadas necessidades e desejos”¹²⁹³. Nessa senda, a autonomia privada envolve tanto aspectos ligados a escolhas existenciais, quanto a dimensão mais prosaica da vida humana, concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial¹²⁹⁴.

Partindo, inicialmente, desse conceito amplo de autonomia privada torna-se mais fácil perquirir os seus fundamentos. Para Francisco Amaral, o fundamento da autonomia privada, em termos imediatos, é a liberdade como valor jurídico, enquanto a concepção de que o indivíduo é base do edifício social e jurídico e de que sua vontade livremente manifestada é instrumento de realização da justiça seria

¹²⁹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 128. Alguns autores chegam a falar em “autonomia da pessoa”, conceito mais amplo que abarcaria tanto a autonomia privada, entendida como a capacidade de o indivíduo determinar-se nas suas relações, dentro do âmbito de liberdade que o ordenamento jurídico lhe reserva, e a autonomia da vontade, esta concebida como a capacidade do indivíduo celebrar negócios jurídicos e exercer direitos que lhes são conferidos pelo ordenamento jurídico. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6, t. 2, p. 58.

¹²⁹² SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico*: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 168.

¹²⁹³ FIUZA, César Augusto de Castro; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no estado democrático de direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, p. 97, jan./jun. 2013.

¹²⁹⁴ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico*: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 169. Steinmetz igualmente adota um conceito amplo de autonomia privada, definindo-a como “o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulamentem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões). A autonomia privada manifesta-se como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares. No exercício da autonomia privada, os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres”. STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 190-191). Em sentido similar, Maria Amália Dias de Moraes entende que “à autonomia privada corresponde um poder de dispor ou, se se preferir, uma competência dispositiva para autorregular os próprios interesses, mediante a chancela da ordem jurídica”. MORAES, Maria Amália Dias de. Autonomia privada e negocio jurídico. *Estudos Jurídicos*. v.20. São Leopoldo: Unisinos, 1977, p.39).

o seu fundamento mediato¹²⁹⁵. Com efeito, ela representa um dos componentes primordiais da liberdade, significando, desse modo, o poder do sujeito de autogovernar a sua esfera jurídica, tendo como pressuposto a concepção de ser humano como agente moral, racional e capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, o qual, por conseguinte, deve ter liberdade para guiar-se de acordo com essas escolhas, conquanto que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade¹²⁹⁶. Em última análise, a autonomia privada acaba por se constituir em “uma das múltiplas manifestações do *princípio da autonomia da pessoa*, princípio a um só tempo moral e jurídico”¹²⁹⁷ e por servir de pressuposto para a democracia, na medida em que garante que se forme um debate franco de ideais que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes da coisa pública¹²⁹⁸.

Na verdade, bem visualizada a questão, pode-se dizer que a autonomia privada decorre do direito à dignidade da pessoa humana e do princípio democrático, os quais dão sustentação à noção negativa e positiva de liberdade¹²⁹⁹ abordado no item 3.5 deste trabalho, que, por sua vez, nitidamente, dialogam com a perspectiva habermasiana de uma cooriginariedade entre autonomia privada e autonomia pública, entendidas como níveis diferentes de concretização da autonomia¹³⁰⁰. Resta fácil, nessa senda, encontrar um sólido fundamento

¹²⁹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 102, p. 215, abr/jun. 1989.

¹²⁹⁶ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico*: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 182.

¹²⁹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 168.

¹²⁹⁸ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico*: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 182.

¹²⁹⁹ A ideia de que a liberdade, entendida como fundamento que ampara a noção de autonomia privada, não pode ser visualizada nos estritos limites da noção de direito subjetivo, foi bem notada por Catalan, para quem “o fundamento primordial em que se ampara a teoria da autonomia privada seria a liberdade assegurada ao indivíduo, não apenas enquanto sujeito de direitos, mas antes disso como ser humano. [...] O valor da pessoa consiste em ser mais que o mero existir, mas em ter em suas mãos as rédeas que guiam sua própria vida, e esta superação, este domínio, são a raiz da dignidade da pessoa. A possibilidade de formação de relações jurídicas por declaração de vontade é emanação da liberdade da pessoa que, por sua vez, é consequência da dignidade do homem”. CATALAN, Marcos Jorge. *Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito*. *Scientia Iuris*: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina, v.5/6, p. 430-463, 2001/2002. p. 438).

¹³⁰⁰ De acordo com Denis Franco Silva, “a partir de Habermas, não existe diferença entre os conceitos de autonomia privada e autonomia pública, sendo estes apenas vias diversas de legitimação pelo discurso de manifestações igualmente autônomas dos indivíduos, ou mesmo

constitucional para o princípio da autonomia privada¹³⁰¹, o qual irá assumir maior intensidade e rigidez conforme seja focado numa perspectiva puramente existencial ou meramente econômica¹³⁰². Ademais, como será explorado mais adiante, a autonomia privada é um elemento crucial de uma adequada compreensão do direito processual civil no marco do Estado Democrático de Direito.

3.7.1.2 Contornos Dogmáticos e Conceituais da Autonomia Privada

Uma vez estabelecidos os fundamentos do princípio da autonomia em sua acepção mais larga, torna-se possível reconectá-lo à noção de direito subjetivo, sem

níveis diferentes de concretização desta mesma autonomia. Em síntese, a opção pela via pública ou privada se dá propriamente em virtude do universo de afetados e dos níveis de afetação, e não de uma sobreposição dos interesses do indivíduo ao grupo ou do grupo ao indivíduo. Esta ideia de cooriginariedade leva necessariamente a uma nova compreensão acerca dos limites de liberdade, visto que as limitações às possibilidades de ação de um indivíduo através de dispositivos legais não seriam um obstáculo ao agir autônomo, mas manifestações deste mesmo agir (dessa capacidade de valorar) em um contexto discursivo mais amplo. Apresenta-se, dessa maneira, uma noção de autonomia intersubjetiva, reconhecadora do fato de que o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo depende da realização da liberdade das outras pessoas”. SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 144-145).

¹³⁰¹ Conforme Steinmetz, “na República Federativa do Brasil, também é possível fundamentar a tutela constitucional da autonomia privada. A afirmação dessa tutela resulta do argumento cujas premissas são o direito geral de liberdade (CF, art. 5º., *caput*), o princípio de livre iniciativa (CF, art. 1º., IV e art. 170, *caput*), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º., XIII), o direito de propriedade (CF, art. 5º. *Caput* e XXII), o direito de herança (CF, art. 5º., XXX), o direito de convenção ou acordo coletivo (CF, art. 7º., XXVI), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art. 226, *caput*, § de 1º a 4º) e cuja conclusão é o poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas tutelado pela Constituição. Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e (200) de autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressões no texto constitucional”. STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 201).

¹³⁰² A propósito, leciona Sarmento: “a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a essa, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial como a econômica, mas, no primeiro caso, ela se mostra mais intensa. Essa diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotadas pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas, que só beneficiam diretamente uma minoria. Já a autonomia negocial, que tem lastro no princípio da livre iniciativa, foi não apenas relativizada pelo Texto Magno, em razão da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social”. SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília*, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005. p. 212).

que, com isso, os conceitos venham a confundir-se. Na verdade, trata-se de encontrar, na autonomia privada, um restabelecimento da ideia de poder atribuído aos sujeitos e tentar delimitá-lo na sua precisa extensão.

O conceito estrito de autonomia privada, de uso comum no direito contratual, também nessa sede é bastante controverso. Há, desse modo, por parte de alguns autores, uma tendência em alargá-lo, na medida em que é traduzido “na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato”¹³⁰³. A autonomia privada, portanto, seria uma decorrência do princípio da liberdade contratual e com esse se confundiria, abarcando, com isso, “qualquer aspecto no qual se manifesta a iniciativa económica dos sujeitos privados, traduzida na iniciativa contratual”¹³⁰⁴. O conceito de autonomia privada, assim, compreenderia, além do poder de determinar o conteúdo do contrato, também o poder de escolher livremente contratar ou não contratar, o de escolher com quem contratar, recusando, por hipótese, ofertas provenientes de determinadas pessoas, bem como o poder de decidir em que tipo contratual enquadrar a operação que se pretende, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo de concluir contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular¹³⁰⁵. Contempla, assim, a ideia de que o homem é dotado de vontade livre, a qual é capaz de criar direitos e obrigações, tratando-se, pois, da liberdade reconhecida às pessoas para celebrar contratos conforme lhes convenha, e determinar seu conteúdo, efeitos e duração¹³⁰⁶.

Nessa perspectiva, a autonomia privada é encarada como “um fenômeno logicamente correlativo ao da existência das esferas individuais de cada um”¹³⁰⁷, e tem, na figura do negócio jurídico, seu principal instrumento, na medida em que, conforme Betti, ele é posto à disposição dos particulares, “a fim de que possam

¹³⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Ciccio. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 18.

¹³⁰⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 132. Isso tem por pressuposto o fato de que “o operador económico do capitalismo, na verdade, necessita ser livre não só na fixação, a seu arbítrio (melhor: segundo a conveniência do mercado), dos termos concretos da operação realizada, mas também – e sobretudo – na decisão de efectuar ou não uma certa operação, na escolha da sua efectivação com esta ou aquela contraparte, no decidir realizar um determinado “género” de operação em vez de outro”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 132).

¹³⁰⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 132-133.

¹³⁰⁶ GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 39.

¹³⁰⁷ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 93.

servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar a própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas”¹³⁰⁸. Com efeito, a autonomia privada é uma atividade e ao mesmo tempo um poder com aptidão de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas entre particulares, as quais têm sua vida e vicissitudes antecipadamente disciplinadas pelas normas jurídicas pré-existentes. Importa destacar que, na visão de Betti, tais efeitos jurídicos “produzem-se na medida em que são previstos por normas que, tomando por pressupostos de facto o acto de autonomia privada, os ligam a ele como sendo a *fatispecie* necessária e suficiente”¹³⁰⁹.

Em que pese Betti atribua à autonomia privada também a função de um “auto-regulamento” de determinados interesses pessoais, ele rechaça sua assimilação à autonomia criadora de normas jurídicas, fonte, portanto, de direito objetivo. Desse modo, na medida em que é reconhecida pela ordem, a autonomia privada não é chamada a criar, e nem sequer a integrar, qualquer norma jurídica, mas a realizar a hipótese de fato de uma norma já existente, dando vida, entre particulares, àquela relação jurídica que essa norma estabelece. E, para ele, somente nesse sentido é possível reconhecer-se aos indivíduos uma competência dispositiva atribuída pela ordem jurídica, na medida em que ela não delega neles uma parte da competência normativa¹³¹⁰.

Dessa breve explanação, podem ser esboçados dois planos de análise da questão: (i) a autonomia como liberdade dentro de limites traçados pela ordem jurídica e (ii) o caráter normativo dos atos de autonomia, como fonte criadora de normatividade.

No primeiro plano de análise, entra em jogo a questão da relevância da vontade para o direito¹³¹¹. A autonomia privada, nesse contexto, “é o espaço deixado

¹³⁰⁸ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 102.

¹³⁰⁹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 99.

¹³¹⁰ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 101.

¹³¹¹ Cabe registrar que a importância aqui atribuída à *vontade* não importa numa reminiscência à concepção subjetiva do negócio jurídico, em que importa precipuamente para o tratamento do tema perquirir o elemento psicológico do ato praticado. Paulo Lôbo, ao analisar a doutrina de Pontes de Miranda, afirma que “os objetivistas, com os quais Pontes tem forte aproximação, preferem abandonar qualquer referência à vontade, por entendê-la instante psicológico e pré-jurídico, optando por autonomia privada”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto-regramento da vontade em Pontes de Miranda. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. v.60. Brasília, conselho federal da oab, 1995. p. 59). Sobre o tem, Salvatore Pugliati refere que

à vontade sem se repelirem do jurídico tais vontades”, vale dizer, a vontade é elemento integrante de suportes fáticos previstos em normas jurídicas que dizem até onde se pode querer: a vontade é, pois, interior “às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam”¹³¹². A autonomia não é, segundo Pontes de Miranda, “mais do que o que ficou às pessoas”¹³¹³.

Por conseguinte, a autonomia privada (que na doutrina de Pontes de Miranda costuma ser denominada de autorregramento da vontade) nada mais é do que o espaço de liberdade conferido pela ordem jurídica para que as pessoas possam criar, modificar e extinguir relações jurídicas a partir de manifestações de vontade que sejam dotadas de eficácia jurídica¹³¹⁴. Há, na prática desses atos de vontade, uma margem de liberdade para que a vontade possa pré-determinar a eficácia do ato praticado, liberdade esta que poderá, conforme o suporte fático descrito na norma jurídica que confere esse poder de disposição, variar para mais ou para menos¹³¹⁵. Também, além dos limites previstos na norma jurídica em que outorgado

“la tradizionale definizione, secondo cui il negozio giuridico si caratterizzava come *dichiarazione* (o *manifestazione*) di volontà o come *atto di volontà*, tende ad essere sostituita da quella più recente, secondo cui esso sarebbe da definire come *atto di autonomia privata*, o come ‘precetto di autonomia privata’; o ancora come ‘autoregolamento diretto di interessi propri’. L’adozione di queste ultime formule implicherebbe, da un lato, lo spostamento della volontà verso lo sfondo, in posizione, per dir così subordinata o ausiliaria; nonché l’eliminazione del dualismo tra i termini: *volontà* e *dichiarazione*”. PUGLIATTI, Salvatore. *Autonomia privata* (voce). *Enciclopedia del diritto*. IV. Atto – Banna. Milano: Giuffrè editore, 1958, p. 368). Trabalhando com o conceito de negócio jurídico nessa perspectiva objetivista, em que se dá ênfase ao ato praticado e aos efeitos que dele emanam, Betti menciona que “No negócio jurídico – justamente por ser um acto de autonomia – a consciência e a vontade do particular tomam uma atitude que é mais complexa que nos outros actos lícitos, e conforme a algumas das variadas funções da autonomia privada. Elas, então, apresentam-se, através do próprio teor do acto, dirigidas a estabelecer um regulamento que valerá para o futuro, e orientadas para alguma dessas funções, assim como para o escopo prático típico em que ele se informa”. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 149.

¹³¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 3: parte geral, § 254.

¹³¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 54, § 254. Nesse sentido, afirma o mestre algoano que “os sistemas jurídicos não são concebidos como se as pessoas pudessem dar entrada no mundo jurídico a quaisquer fatos, ainda atos humanos, fazendo-os *jurídicos*. Em verdade, ainda que amplamente, o direito *limita* a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados. Mundo fático emundo jurídico não são coextensivos. Noutros termos: somente dentro de limites pré-fixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. A chamada “autonomia da vontade”, o auto-regramento, não é mais do que “o que ficou às pessoas”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3: parte geral, p. 55-56, § 255.

¹³¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 23: parte especial, p. 6.

¹³¹⁵ Conforme Ferri, “La autonomía privada no es un poder originario o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, a cual regula su actuación, estableciendo

o poder de disposição¹³¹⁶, é possível que outras normas jurídicas venham a limitá-lo, como usualmente ocorre no âmbito do direito privado notadamente a partir da sua funcionalização¹³¹⁷ e constitucionalização¹³¹⁸. Esse quadro tem levado alguns autores, inclusive, a falar de uma crise da autonomia privada que, longe de sepultá-la, permite falar de uma “uma nova autonomia privada, que renasce dos velhos conceitos para impor novas matizes”¹³¹⁹.

cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo”. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 51).

¹³¹⁶ Afirma-se, assim, que “é a lei o limite da autonomia privada, porquanto, todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, até onde se pode querer. O regramento jurídico veda alguns atos humanos ou estabelece que não pode a vontade de prestar afastar-se de algumas proposições positivas ou negativas. Só há efeitos jurídicos se a regra jurídica os determina, isto é, se deixou branco para auto-regramento”. RANZOLIN, Ricardo Borges. Elementos para compreensão dos fundamentos da autonomia privada. *Mens Juris: Revista de Direito*, Uberlândia, v.1, n.2, p. 25-35, jul. 2004. p. 29).

¹³¹⁷ Isso significa que a autonomia privada perde o seu caráter absoluto, deixando, igualmente, se ser limitada apenas pela lei numa perspectiva pálda e abstrata, principalmente no âmbito do negócio jurídico, na medida em que, conforme Garcez Neto, “o contrato perdeu a sua característica tradicional, da concepção clássica, isto é, deixou de ser individual e passou a assumir, na modernidade, feição nova, de instituto jurídico social, da mesma forma que, sob o aspecto prático, se transformou em instrumento destinado a realizar os acordos necessários à vida de uma nação moderna, e não apenas a sacramentar as relações entre os indivíduos”. GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 50). Fala-se, com isso, que “la tendenza a funzionalizzare l’attività dei privati, che è rilevabile in molti aspetti dell’attuale legislazione, appare da condividere in relazione, soprattutto, alla necessità di svincolare lo strumento contrattuale da un arcaico perseguimento di interessi escusivamente privati: il contratto si rivela così come ‘uno strumento a plurimo impiego’, assolvendo anche alla funzione, a fianco a quella tradizionale della manifestazione di autonomia privata e di regolamentazione di rapporti privati, di strumento di perseguimento di interessi pubblici”. GAZZONI, Francesco. *Equita e autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 217).

¹³¹⁸ Com efeito, “a compreensão contemporânea sobre a autonomia privada insere esse princípio no âmbito de uma ordem constitucional que, ao mesmo que tempo em que a assegura como uma possível expressão da liberdade dos particulares, define seu perfil em consonância com os demais princípios que regem as relações de direito privado. Não mais se trata da autonomia da vontade como dogma, como pensada no final do século XVIII e início do século XIX, dotada apenas de tênues limites externos, mas de uma autonomia para a regulamentação de interesses pelos próprios particulares, que se insere em um conjunto mais amplo de valores e princípios que a contemplam”. FACHIN, Luiz Edson. *Autonomia privada e estipulação contratual*. In: *Soluções práticas de direito*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 322).

¹³¹⁹ CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. *Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina*, v.5/6, p. 430-463, 2001/2002. p. 466. No direito do consumidor tem-se cunhado a expressão “autonomia racional”, utilizada no direito francês por Nicole Chardin, para designar “uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, em suma, uma vontade racional”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 590-591). Sobre o tema, Bruno Miragem afirma que “a autonomia da vontade, como princípio, resta bastante modificada em face das modificações atuais na forma e no conteúdo dos contratos. Daí por que, atualmente, passe a se considerar a existência de uma autonomia da vontade reconstruída, fundada em uma autonomia racional em conformação com outros princípios contratuais. Neste sentido, a autonomia da vontade nos contratos é, antes de tudo, um exercício de razão, em face da opção

Que a autonomia privada consista em uma espécie de margem de liberdade dentro de certos limites não parece haver grande dissenso doutrinário. A questão é saber se, a partir dessa liberdade conferida pela ordem jurídica, a autonomia privada constitui um poder de criar normas jurídicas. Uma vez confirmada essa assertiva, torna-se possível trazer a questão da autonomia privada para um outro nível de discussão, indo além da perspectiva meramente econômica e contratual.

Passando-se, então, a esse segundo plano de análise do tema, tem-se, com Luigi Ferri, que “la autonomía privada no es expresión de una mera licitud o facultad, sino manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas”¹³²⁰. Daí a fórmula corrente segundo a qual “l’autonomia sarebbe la potestà di darsi un ordinamento”¹³²¹. Isso significa que, a partir da atividade negocial, os sujeitos criam normas jurídicas que passam a fazer parte do ordenamento jurídico em sentido amplo¹³²².

A partir daí a autonomia privada passa a ser encarada como um exercício de poder, assim como o negócio jurídico, o qual constitui manifestação da própria autonomia privada¹³²³. Isso, no entanto, não faz com que o poder jurídico que materializa a autonomia privada confunda-se com o direito subjetivo. Ferri deixa o ponto muito claro quando afirma que “el poder jurídico no es más que el poder de crear normas jurídicas de las que después derivarán deberes y libertades; esto es,

de celebrar ou não o contrato, como igualmente de ter a adequada e plena informação sobre todas as questões relativas ao mesmo, desde seus pressupostos, riscos da contratação, assim como uma maior proteção quanto à execução de seus termos”. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007. p. 183).

¹³²⁰ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 8.

¹³²¹ PUGLIATTI, Salvatore. Autonomia privada (voce). *Enciclopedia del diritto*. IV. Atto – Banna. Milano: Giuffrè editore, 1958, p. 367. Nesse mesmo sentido, Catalan entende que “a autonomia privada autoriza o indivíduo a criar normas jurídicas, detentoras de eficácia plena no ordenamento, atando os particulares que a elas se obrigarem”. CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. *Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina*, v.5/6, p. 430-463, 2001/2002. p. 435).

¹³²² FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 85. A partir daí “debe, por lo tanto, descartarse como incongruente la opinión tradicional según la cual la ley sería fuente de derecho objetivo, mientras que el negocio jurídico sería fuente únicamente de derechos subjetivos o de relaciones jurídicas”. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 86).

¹³²³ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 44.

derechos subjetivos”¹³²⁴. Enquanto o direito subjetivo é o resultado de normas existentes, seu exercício não pode conduzir a nenhuma modificação do ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de um atuar lícito (conforme o direito e por ele protegido). Somente ao exercitar um poder, estabelecendo ou modificando normas jurídicas é que se altera o ordenamento jurídico¹³²⁵.

Há um elemento comum entre autonomia privada e direito subjetivo, que é justamente a ideia de liberdade¹³²⁶. Ela é fundamento da autonomia privada e, ao mesmo tempo, materializa-se na ideia de direito subjetivo como limitação à esfera de atividade do outro¹³²⁷. Embora o direito subjetivo tenha sido construído a partir da ideia de *poder* e, já na pandectística alemã, de *vontade*¹³²⁸, ele é, sem dúvida, uma categoria estática que tem no seu cerne uma posição de vantagem atribuída ao sujeito pelo ordenamento jurídico¹³²⁹. Ainda que, dessa posição de vantagem

¹³²⁴ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 241.

¹³²⁵ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 287. Essa noção de autonomia privada como instrumento normativa parece ter sido também adotada, no direito processual civil, por Leonardo Carneiro da Cunha, para quem a autonomia privada “é identificada como autodeterminação, autorregulação, autovinculação e, até mesmo, autarquia, sendo definida como um poder criador ou fonte de direito”. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 23.

¹³²⁶ Conforme Ferri, “El derecho coordina, organiza, limita, para garantizar a cada uno un ámbito de libertad. Y este ámbito es el derecho subjetivo, el cual, a su vez, no sería concebible sin la persona, sin el sujeto”. FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 244.

¹³²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 54.

¹³²⁸ A doutrina alemã do século XVIII e XIX alterna-se em conceber como nota do direito subjetivo os elementos *vontade* e *interesse*. Conforme Pontes de Miranda, “Windscheid aludia à ‘dominação da vontade’. Sinete revelador da procedência: a filosofia de Hegel. Esquecia-lhe que a vontade não é necessária para a existência do direito subjectivo (*nondum concepti*, recém-nascidos, loucos). Demais, a vontade não valeria por si; seria, quando muito, a manifestação do direito subjectivo preexistente. Teríamos confusão entre um dos *meios* de actuação do direito subjectivo e o direito subjectivo, entre a *titularidade do direito* e o *exercício do direito*. Às épocas despóticas agrada reduzir tudo a noções de força, de vontade, de mando. Na espécie, a noções de força individualista, de vontade do próprio titular do direito”. Contudo, “deve-se a von Jhering ter substituído à *vontade* o *interêsse*. Não seriam vontades o que o direito tutela, mas interêsses. Direito subjectivo seria o interêsse juridicamente protegido: gôzo (substância) e proteção jurídica (forma) perfazem o direito subjectivo. É fora de dúvida que esvaziou de despotismo a concepção de Windscheid, que excluiu o sinal voluntarista, depois de o apontar à toda evidência, e que mostrou ‘interêsses’, portanto fenômenos tipicamente subjectivo, substância pessoal”. Desse modo, “se estudarmos as duas noções, isentamente, fácil será vermos que Windscheid pôs os olhos no *meio* (vontade) e von Jhering no *fim* (interêsse). Ao voluntarismo de um sucedeu o finalismo do outro. Ora, se o meio impõe a existência do direito subjectivo, com maioria de razão o fim, que lhe é posterior. O interêsse só é direito subjectivo, só se assegura ‘subjectivamente’, porque o direito objectivo tornou assegurável, realizável, o interesse”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934. p. 10-11.

¹³²⁹ Conforme Darci Guimarães Ribeiro, “es una ventaja porque el ordenamiento jurídico, a través de su función principal de jerarquizar los intereses en sociedad, favorece el interés de una persona en detrimento de otra”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial*

atribuída ao sujeito possam emanar situações dinâmicas, como o seu exercício e a faculdade de defendê-lo em juízo, isso não faz com que o direito subjetivo materialize a noção de poder como aptidão para criar normas jurídicas. O direito subjetivo tem natureza estática, enquanto que a autonomia privada possui uma perspectiva dinâmica, no sentido de que, a partir dela, o ordenamento continua em evolução¹³³⁰.

3.7.1.3 Autonomia Privada como Princípio Fundamental do (novo) Processo Civil Brasileiro

A autonomia privada, portanto, é, em sentido largo, decorrência do princípio da liberdade e da própria dignidade da pessoa, entendida como corolário da autodeterminação do indivíduo. Nessa perspectiva, gozar de liberdade é atuar livremente tanto na sua própria esfera de interesses, quanto na esfera pública, participando desta para construir os próprios limites dessa mesma autonomia. A concepção da autonomia como manifestação de um poder de criar normas tem respaldo, desse modo, na própria ideia de democracia, que, nos atuais contornos do Estado Democrático de Direito, não se limita à veste restrita da democracia representativa, dando especial relevo para a participação (direta e indireta) dos indivíduos na criação e desenvolvimento da ordem jurídica.

efectiva: hacia una teoria procesal del derecho. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 44. Também entende que o direito subjetivo é uma posição de vantagem atribuída pelo ordenamento jurídico, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 47 e SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

¹³³⁰ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 241. Registre-se que, apesar de seguirem caminhos distintos quanto ao caráter criador de normatividade da autonomia privada, Ferri e Betti não discorram em conceituar o direito subjetivo numa perspectiva estática e a autonomia privada numa perspectiva dinâmica. A propósito, Betti afirma que o direito e o negócio “estão ao serviço da liberdade e da autonomia privada, mas com finalidade essencialmente diferentes, visto cada um dos dois representar a solução jurídica de um problema prático diferente, embora correlativo. O direito subjectivo tem uma finalidade estática, de conservação e de tutela. O negócio jurídico tem, pelo contrário, uma finalidade dinâmica, de iniciativa e de renovação. Com o direito subjectivo, a ordem jurídica resolve o problema de proteger os interesses privados, tais como os encontra constituídos na ordem económico-social que tutela. Com o negócio jurídico, ela resolve o problema de dar à iniciativa individual um modo de se manifestar e de se mover, modificando a posição de tais interesses de acordo com as directrizes que os próprios particulares julgam mais conveniente. Tanto o direito subjectivo privado, como o negócio jurídico, são dominados pelo princípio da liberdade e da consequente auto-responsabilidade privada”. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 96.

Tem-se, com isso, um profícuo manancial teórico para desenvolver, no âmbito do direito processual civil, a noção de autonomia privada. O primeiro passo para tanto pode ser dado, numa perspectiva de evolução histórica, a partir da releitura de um texto comumente esquecido de Eduardo Couture, intitulado “o princípio da liberdade no sistema do processo civil”, no qual o jurista *encara o processo como uma série de atos de vontade*, emanados do autor, parte demandada, terceiros e juiz.

Desse modo, como sujeitos processuais, as partes e o juiz são livres de querer validamente, desde que seja lícito o que querem. Nesse esquadro o fenômeno da *vontade* recebe proteção. Essa liberdade atribuída às partes e ao juiz recebe, no processo, disciplina própria¹³³¹. Quanto às partes a questão pode ser dividida em (i) atos que o litigante pode livremente praticar, (ii) atos em que se exige a concordância do adversário e (iii) atos que os litigantes não podem praticar ainda que entre si estejam de acordo. Quanto ao juiz interessa saber (i) quais atos pode praticar de ofício e (ii) quais atos a vontade dos interessados põe um limite a sua ação¹³³².

Verifica-se aqui uma tentativa para (de)limitar a atuação do juiz no processo civil, tendo por contrapartida a vontade das partes. Não é por acaso que Eduardo Grasso considera a iniciativa do juiz – ainda que restrita aos casos previstos em lei – como uma limitação imposta à autonomia privada¹³³³. Essa dicotomia entre poderes do juiz e vontade das partes, no entanto, não é absoluta, mas, sem dúvida, constitui um sólido caminho tanto para fundamentar os limites impostos ao juiz no processo, quanto para construir um modelo de processo em que a vontade das partes é capaz de influenciar na construção do próprio procedimento, o que, certamente, atende à tríade liberdade, autonomia e democracia.

Voltando a atenção para o pensamento de Couture, cabe mencionar que ele entendia o processo como uma relação jurídica típica, com estatuto próprio, cujas normas se encontram na encruzilhada dos caminhos do direito público e do direito privado¹³³⁴. Essa ideia de que, no processo, entrecruzam-se o direito público e o

¹³³¹ COUTURE, Eduardo Juan. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do fôro, 1948, p. 9-10.

¹³³² COUTURE, Eduardo Juan. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do fôro, 1948, p. 10-11.

¹³³³ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 2-3.

¹³³⁴ COUTURE, Eduardo Juan. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do fôro, 1948, p. 17.

privado não era uma novidade, uma vez que era defendido por Lodovico Mortara, antes mesmo da explosão do movimento de publicização do processo¹³³⁵. Todavia, é sobremaneira original o modo como Couture irá trazer a vontade das partes para dentro dessa encruzilhada entre o público e o privado, dizendo que ela não é livre: é regulada pelas normas específicas de direito fixadas pelo legislador. Dentro do processo, nem todos os caminhos são transitáveis, mas apenas os expressamente permitidos pelo legislador, não bastando, todavia, que não tenham sido por ele proibidos¹³³⁶. Na verdade, quer-se com isso dizer que, no bojo do processo, também é possível falar em um espaço de autorregramento (autonomia privada) conferido às partes. E, a partir daí, mostra-se importante estabelecer qual a amplitude e quais os contornos do princípio da autonomia privada diante do processo e no processo.

Com efeito, a liberdade conferida ao autor quanto à iniciativa do processo e à delimitação do seu objeto¹³³⁷, seara na qual encontra-se, também, a alegação dos fatos principais é uma decorrência direta do princípio da autonomia privada¹³³⁸. A vontade do autor é, com efeito, fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso¹³³⁹. O outro lado da moeda, ou seja, o avesso da liberdade e autonomia das partes é a consequente limitação que se impõe ao juiz nessa mesma área. Como autonomia privada e direito subjetivo, em que pese sejam dois troncos de uma mesma árvore, não se confundem, a limitação dos poderes do juiz imposta pelo

¹³³⁵ MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*. 5 v. t. II (Biblioteca Giuridica Contemporanea). Milão: Vallardi, [19--], p. 536.

¹³³⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do fôro, 1948, p. 19. Nessa perspectiva clássica, afirmava-se que o princípio da soberania das partes estaria, porém, atenuado em certas relações processuais. Assim, por exemplo, na sentença, o juiz pode ter em consideração os fatos notórios embora não enunciados pelas partes; pode e deve indicar se há algum impedimento, mesmo que as partes estejam de acordo em submeter o conflito à sua decisão; pode declarar a sua incompetência absoluta mesmo que o demandado não tenha arguido exceção; deve, de ofício, declarar as nulidades absolutas. COUTURE, Eduardo Juan. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do fôro, 1948. p. 26.

¹³³⁷ O conceito de objeto de processo será melhor analisado no próximo item deste trabalho.

¹³³⁸ Segundo Guasp “la actividad privada condiciona los poderes del Juez, no sólo en cuanto a la puesta en marcha del proceso sino también en cuanto a la *amplitud* de la tutela jurídica solicitada. Si la existencia de una pretensión es un requisito esencial para que comience un proceso, los términos em que tal pretensión esté concebida delimitan también la extensión de la material sobre la que el Juez debe pronunciar, y esto en un doble sentido: impidiendo que el órgano jurisdiccional falle sobre puntos no sometidos a su competencia y prohibiendo igualmente que alguna de las cuestiones propuestas quede sin solución. Tal es significado de la regla “ne eat iudex ultra petita partim” de aplicación constante en nuestro procedimiento civil”. GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosch, 1943. p. 35.

¹³³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 126.

autor é uma decorrência da sua liberdade e autonomia, e não, simplesmente, corolário do próprio direito subjetivo¹³⁴⁰.

Ainda que se utilize a expressão princípio da demanda ou princípio dispositivo em sentido material, estas somente podem ser bem compreendidas se visualizadas a partir do princípio da autonomia privada, e não como consequência das faculdades que o ordenamento jurídico atribui ao titular de um direito subjetivo¹³⁴¹. Até porque, se a iniciativa de ir à juízo e o poder de delimitação do objeto do processo fossem consequências do direito subjetivo cairia-se na mesma aporia que dominou o pensamento das doutrinas concretistas da ação, incapazes de explicar o fenômeno da sentença improcedente, na medida em que, por diferentes modos, concebiam a ação como decorrência da violação do direito material¹³⁴². No máximo, seria possível considerar que esse âmbito de liberdade atribuído ao autor se prende à titularidade do direito subjetivo à tutela jurisdicional, mas nunca à própria relação de direito material.

¹³⁴⁰ Ainda que seguindo caminho diverso, Guasp também entende ser positiva a análise da iniciativa das partes como delimitadora dos poderes do juiz, na medida em que “permite restablecer en su justo sentido muchas cuestiones que la defensa del principio dispositivo obliga a deformar”. GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosch, 1943. p. 103.

¹³⁴¹ Essa concepção é bastante comum e pode ser visualizada em Carnacini quando este diz que “il *Dispositionsprinzip* in senso stretto (cioè in antitesi al *Verhandlungsprinzip*) non è altro che rispetto del diritto subbiiettivo anche quando si ricorra alla tutela giurisdizionale”. CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951. p. 752). Também Peyrando entende que o princípio dispositivo em sentido material “alude a la plena disponibilidad de los derechos subjetivos derivados de la relación material; disponibilidad cuyo primer sintoma lo constituye la total libertad de que gozan sus titulares para peticionar o no la tutela jurisdiccional del Estado em caso de que tales derechos no fueran resptados”. PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978. p. 51. De certo modo, também Calamandrei segue esse entendimento, na medida em que trata indistintamente o direito subjetivo e a autonomia da vontade, afirmando que o predomínio da iniciativa da parte no processo civil não é outra coisa que uma projeção sobre o sistema processual dos poderes de disposição que no campo do direito substancial privado se atribuem à vontade dos interessados”. CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio*. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 228. Ainda conforme Calamandrei a disponibilidad da relação substancial por parte dos interessados seria o fundamento lógico do princípio dispositivo. CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio*. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 231, entendimento que é seguido por Bedaque, para quem “a denominação princípio dispositivo deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidad do direito”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 72.

¹³⁴² Sobre a teoria civilista e as teorias concretas da ação, com suas respectivas críticas, ver ANCHIETA, Natascha Silva. *Direito à tutela jurisdiccional efetiva, ação e pretensão processual: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito*. 2013. 301 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000008/00000890.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014

Encaradas as coisas desse modo, torna-se possível conjugar o princípio da autonomia privada com outros princípios que pautam o processo civil no Estado Democrático de Direito, a fim de melhor delimitar o âmbito de liberdade e de autonomia conferido às partes e ao juiz no tocante ao desenvolvimento do processo¹³⁴³. Não há dúvida que a autonomia e a liberdade das partes possam sofrer limitações, porém estas devem estar devidamente justificadas em princípios da mesma envergadura constitucional, e não simplesmente a partir de regras sem nenhum justificativa principiológica. Assim, do mesmo modo que outros princípios podem contribuir para a limitação dos poderes do juiz, como é o caso dos princípios da imparcialidade e do contraditório, também é possível que a liberdade e autonomia das partes encontrem-se limitadas por outros princípios processuais, como é o caso do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e o princípio da igualdade.

Nessa perspectiva, a dicotomia princípio dispositivo em sentido material e princípio dispositivo em sentido processual, que visa a delimitar o âmbito de atuação das partes e do juiz, partindo de dois campos de atuação, em que prepondera o interesse das partes no primeiro e o interesse do Estado-juiz no segundo, perde sua razão de ser. O princípio da autonomia privada assume uma importância tão expressiva que atravessa os dois planos (do direito material e do processo). Não se trata, pois, de prestigiar a vontade somente como reflexo do direito subjetivo, mas, principalmente, de elevá-la à condição de fundamento, também, do poder conferido às partes para contribuir à formação do provimento jurisdicional e à estrutura do próprio procedimento.

O processo é o meio através do qual é exercida a atividade jurisdicional. Como todo poder emana do povo (art. 1.º, parágrafo único, CF), o exercício direto

¹³⁴³ Em que pese utilize as expressões “princípio da iniciativa das partes” e “princípio dispositivo”, Leonardo Greco é um dos raros autores que, na doutrina brasileira, faz de forma tão expressiva uma aproximação do tema à luz do princípio da autonomia das partes e da liberdade. Nesse sentido, afirma que “a iniciativa das partes é uma garantia da liberdade do cidadão de que nenhuma intromissão sofrerá na sua vida, nos seus negócios e no seu patrimônio, a não ser por provocação de outro particular que com ele alegue manter alguma relação jurídica que a autorize. É também uma garantia da imparcialidade do juiz”. Do mesmo modo, refere que o princípio da iniciativa das partes “é um princípio importante que precisa ser preservado, na medida em que é uma consequência do respeito pelo Estado à liberdade das partes de fazerem uso ou não dos seus direitos. Se, de um lado, o autor pode ser lesionado pelo réu por toda a sua vida e não propor contra ele nenhuma ação, de outro, o réu também pode ter alguma matéria de defesa relevante que poderia alegar, mas não fazê-lo. O Estado deve respeitar a autonomia da vontade das partes”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1, p. 450.

desse poder se dá, no processo, a partir da construção de um procedimento afinado à principiologia constitucional. Os princípios constitucionais são, desse modo, condição de possibilidade da própria noção de processo civil democrático, conferindo às partes a possibilidade de fazer com que o poder jurisdicional seja exercido de modo legítimo, participando da atividade da formação dos provimentos jurisdicionais. Essa participação, que no processo encontra-se materializada no princípio do contraditório e na sua repercussão frente ao princípio da fundamentação, nada mais é do que um corolário da liberdade positiva e, conseqüentemente, da autonomia privada.

Indo além dessa perspectiva, a ideia de um processo democrático exige superar a velha noção muito bem desenvolvida por Carnacini de que as partes se servem do processo para a tutela dos seus interesses e o processo se serve das partes, as quais devem se modelar às características do instrumento. Não que às partes tenham o absoluto domínio do processo e que o respeito à autonomia privada imponha um modelo de juiz passivo. Obviamente, não se busca aqui defender uma retomada concepção clássica (liberal) do princípio dispositivo, em que as partes tinham a total disposição da relação jurídica material e do processo¹³⁴⁴. No entanto, estando o Estado Democrático de Direito pautado por uma tentativa de conciliação dos dois conceitos de liberdade (negativa e positiva), deve-se reconhecer às partes, no seu âmbito de liberdade e autonomia, o poder de construir o procedimento – dentro de certos limites – de acordo o melhor modo de gerir seus interesses.

Torna-se desnecessário, igualmente, falar em um princípio dispositivo em sentido processual na medida em que, no tocante à técnica processual e ao desenvolvimento do processo não há, propriamente, uma relação de antagonismo entre as partes e o juiz. As partes se servem do processo para buscar alcançar seus interesses, mas, ao mesmo tempo, o manejo do processo impõe uma autorresponsabilidade, materializada numa pauta mínima de condutas a serem exigidas das partes, fundada na ideia de boa-fé objetiva (art. 5.º, NCPC). Igualmente, a atividade jurisdicional exercida pelo juiz como personificação do Estado, constitui um poder que, numa perspectiva democrática, emana do povo, razão pela qual ele não se apresenta como desinteressado ou como total antagonista diante das partes. Há um objetivo comum a ser alcançado pelas partes

¹³⁴⁴ MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 153.

e pelo juiz, no sentido de fazer com que o processo seja suficientemente capaz de oferecer a melhor solução possível para o caso concreto. É isso, por sinal, que significa a previsão do art. 6.º do NCPC, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Sendo assim, a ideia de um princípio dispositivo em sentido processual cai por terra, na medida em que os limites da atuação de ofício do juiz no processo civil também serão pautados pela autonomia privada – que, por exemplo, tem o condão de limitar os fatos principais que irão formar o *thema probandum* – sem exclusão de outros princípios que poderão limitar ou até mesmo reforçar o papel do juiz, uma vez que reforçado o conteúdo principiológico do processo e, igualmente, a atividade do juiz, que, sem transformar-se em dono do processo não pode ser indiferente às necessidades do caso concreto.

Como já foi dito anteriormente, os princípios jurídicos são dotados de um caráter de fundamentalidade e de justificação que não existe nas regras. Daí a impossibilidade de extrair princípios das regras, e entendê-los como máximas ou generalizações, pois se estaria trabalhando com um conceito de princípio carente de normatividade. Fica fácil verificar que o princípio da autonomia privada fundamenta e se encontra albergado nas regras dos artigos 2.º, 141, 490 e 492 do Novo CPC, as quais impõem limites à atuação de ofício do juiz no processo. Não se trata, aqui, de um mero jogo de palavras, em que princípio da demanda é trocado por autonomia privada, mas, sim, de reconhecer a dignidade constitucional do princípio da autonomia privada e, igualmente, um status de fundamentalidade capaz de servir de sustentação para os contornos do novo processo civil brasileiro.

Nesse caminho, pode-se dizer que a autonomia privada é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana¹³⁴⁵ e, conseqüentemente, não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de

¹³⁴⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, n. 1250, 01 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>>. Acesso em 01 jun. 2015.

exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil¹³⁴⁶.

É claro que a autonomia privada também sofre limites, mormente quando se ingressa no campo processual. Mas o fato de o processo ter caráter público não significa que ele seja capaz de consumir a liberdade e a autonomia das partes. No direito civil – que sempre foi o solo fértil do direito denominado privado – também a vontade das partes foi sendo gradualmente reduzida, sem que, com isso, ele se tornasse “direito público”. Uma vez que o público e o privado e que a liberdade negativa e a liberdade positiva passam a assumir um caráter de co-originariedade torna-se imprescindível enxergar, no processo, também um espaço de concretização do princípio da autonomia privada a partir da tríade autonomia, liberdade e democracia.

O Novo Código de Processo Civil prestigia a tríade autonomia, liberdade e democracia em diversos dispositivos. Ao prescrever que “é permitida a arbitragem na forma da lei” (art. 3.º, §1.º, NCPC), nada mais faz que reconhecer expressamente um âmbito de autonomia às partes para escolher submeter a controvérsia ao judiciário ou valer-se da arbitragem. Os diversos dispositivos legais que versam sobre a mediação e a conciliação também têm como pressuposto uma maior ênfase na autonomia das partes¹³⁴⁷ e, em contrapartida, uma redução do âmbito de ingerência estatal¹³⁴⁸. Chega-se, inclusive, na mediação e conciliação, a conferir à

¹³⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, n. 1250, 01 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>>. Acesso em 01 jun. 2015.

¹³⁴⁷ Afirma-se, nesse sentido, que um dos resultados esperados a partir do investimento na conscientização da necessidade de pacificação social e partir da qualificação dos serviços prestados à comunidade “é a construção de uma cultura de autonomia e responsabilização dos conflitantes”. SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 72.

¹³⁴⁸ Nessa linha, pode-se dizer que o Novo Código de Processo Civil contribui para que se dê uma inversão dos paradigmas da justiça, na feliz expressão de Paula da Costa e Silva, para quem o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado do Direito, vem sofrendo profundas transformações: “deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais”. Em que pese o modelo adotado pelo Novo Código inserir a mediação e a conciliação como um passo não obrigatório que se dá dentro do processo, é inegável o seu papel primordial na estruturação do novo processo civil brasileiro. Nesse mesmo sentido, ver COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e métodos de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009. p. 19. Ademais, a ênfase dada pelo Novo Código a outros meios de acesso ao direito, dentro ou fora do processo, deixa bem claro que “o legislador, em boa hora, mostrou-se receptivo à tendência internacional: a resolução de conflitos de modo civilizado, fora das Cortes”, o que pode contribuir para uma “transformação cultural, no sentido de que os ‘players’ se tornem menos adversariais, mais cooperativos e propensos a negociações de ganhos mútuos (*win-win*)”.

autonomia da vontade um papel decisivo para regê-las inclusive no que diz respeito às regras procedimentais (art. 166, §4.º, NCPC)¹³⁴⁹. Além disso, tendo por norte a ideia que público e estatal não são sinônimos, o Novo Código desjudicializou alguns procedimentos especiais – na esteira do que já havia ocorrido com o divórcio e com o inventário – como a usucapião (art. 1.071, NCPC), a homologação do penhor legal (art. 703, §2º., NCPC) e a demarcação e divisão (art. 571), isso sem falar, é claro, no expreso reconhecimento da sentença homologatória de autocomposição extrajudicial como título executivo judicial (art. 515, III, NCPC).

Nessa mesma trilha, e partindo de uma concepção de autonomia privada como poder de dar a si um ordenamento, ou seja, de criar normas que melhor atendam aos interesses das pessoas, o Novo Código de Processo Civil reconhece às partes não somente a possibilidade de participar ativamente do processo e de influenciar na solução do caso concreto, mas, também, confere-lhes a liberdade para construir o procedimento que melhor atenda aos seus interesses, ampliando, com isso, o seu feitiço democrático. O art. 190 do NCPC, ao atribuir às partes o poder de “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” é, talvez, o maior símbolo de que a autonomia privada ingressou definitivamente no rol dos princípios fundantes do novo processo civil brasileiro.

Essa conquista de dignidade normativa à autonomia privada no processo não significa privatizá-lo. Trata-se, unicamente, de reconquistar territórios que, diante do exagero da publicização (estatalização) do processo tenham sido perdidos¹³⁵⁰,

JOBIM, Marco Félix; FREITAS, Juarez. Resolução alternativa de disputas: cláusula inovadora do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, p. 110, jul./set. 2015.

¹³⁴⁹ A propósito do tema, referem Fernando Gama de Miranda Netto e Irineu Carvalho de Oliveira Soares: “também conhecido como ‘autoridade dos mediados’ ou princípio da autodeterminação, o princípio da autonomia da vontade consagra o poder concedido às partes de definir todos os pontos a serem tratados no processo, desde o seu início até o final. Esse princípio afasta qualquer tentativa arbitrária de o mediador forçar o desenvolvimento do processo e a tomada de decisão das partes em qualquer nível. Com ele, o legislador tenta evitar condutas inadequadas dos mediadores, como, por exemplo, a imposição de certas decisões e acordos por meio de ameaças, mesmo que escondidas atrás de conselhos. A autonomia da vontade das pessoas mediadas abrange desde a escolha ou aceitação do mediador até o caminho seguido em busca de uma possível solução para o conflito”. NETTO, Fernando Gama de. SOARES, Irineu Carvalho de. Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil. In: *A mediação no novo código de processo civil*. Coordenação Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Ferndanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 116.

¹³⁵⁰ A expressão “reconquista de territórios perdidos” é utilizada por César Fiuza e Luciana Costa ao reivindicarem, na mesma linha propugnada no presente trabalho, uma maior autonomia à pessoa em detrimento da exagerada regulamentação estatal, que, para os fins aqui propostos, também deve ser situada na esfera processual. FIUZA, César Augusto de Castro; POLI, Luciana Costa. Autonomia

retirando-se do Estado essa condição de protagonismo na estruturação do processo, de modo a substituí-la, na linha habermasiana, por procedimentos e mecanismos que permitam aos indivíduos regular, em primeira pessoa, seus interesses¹³⁵¹.

3.7.2 Conclusões Parciais: da Insuficiência Normativa do Princípio Dispositivo Ao Reconhecimento do Caráter Normativo da Autonomia Privada no Marco do Processo Civil Democrático

Defender a superação de um “princípio” que por muito tempo foi desenvolvido pela doutrina processual e, além disso, o reconhecimento da normatividade do caráter normativo de quase nenhum desenvolvimento teórico recebeu no seio da doutrina processual civil consiste numa tarefa árdua. É necessário muito cuidado para que tal empreendimento investigativo não pareça um empreendimento arbitrário, no qual o pesquisador simplesmente busca impor sua teoria em detrimento de outra até então desenvolvida. O “método” fenomenológico, caracterizado pelo binômio velamento-desvelamento funciona como uma espécie de antídoto frente a tais perigos a que está submetido o pesquisador.

Nessa perspectiva, da pesquisa até então desenvolvida, podem ser destacados os seguintes pontos:

I – o conceito de princípio que alicerçou a construção teórica do chamado “princípio dispositivo” esbarra na *“tese da descontinuidade”*, segundo a qual os princípios constitucionais do segundo pós-guerra e as construções teóricas daí advindas não podem ser vistas como uma continuidade dos princípios gerais do direito e dos princípios epistemológicos (máximas jurídicas);

II – o “princípio dispositivo”, mesmo desdobrado em sentido material e sentido processual, afigura-se incapaz de incorporar o novo modelo de processo inaugurado

privada e intervenção no estado democrático de direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, p. 97, jan./jun. 2013.

¹³⁵¹ FIUZA, César Augusto de Castro; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no estado democrático de direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.106, p. 95-131, jan./jun. 2013. p. 103. Nessa linha César Fiuza e Luciana Poli referem que “nas sociedades atuais, os indivíduos têm buscado desprender-se dos vínculos normativos institucionais, das crenças e costumes arraigados e da intromissão do Estado em sua esfera íntima, em claro prestígio da autonomia privada que tem ganhado, assim, novas feições, como a luta pelo reconhecimento de diferentes modelos de família, da paternidade sócio-afetiva, da redesignação sexual etc”. FIUZA, César Augusto de Castro; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no estado democrático de direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.106, p. 98, jan./jun. 2013.

pela Constituição de 1988 e que se traduz no modo-de-ser do processo civil no Estado Democrático de Direito, em que se vê superado o paradigma “hiperpublicista” que tem assento nas doutrinas procesuais forjadas no Estado Social;

III – o processo civil, mais do que instrumento, é um verdadeiro direito fundamental do cidadão e, nessa perspectiva, deve ser pensando não somente como meio para a concretização de direitos, mas, também, como verdadeira arma contra o arbítrio. Os princípios constitucionais que fundamentam o modelo constitucional do processo são vistos, nessa perspectiva, como padrões normativos que, dentre outros desideratos, impõem limites à atuação do Estado-juiz;

IV – no bojo do Estado Democrático de Direito o processo não pode ser encarado simplesmente como coisa das partes – de modo egoísta e assujeitador, como se donas fossem do processo e este fosse o espaço de imposição da sua vontade individual – nem como coisa do juiz. Nem o modelo liberal, nem o modelo social-publicista de processo se afeiçoa ao paradigma do Estado Democrático de Direito. O equilíbrio de posições jurídicas reivindicado ao processo civil contemporâneo pressupõe um espaço maior de autodeterminação conferido às partes, o qual, todavia, encontra limites no próprio modelo constitucional de processo. É certo que ao juiz cabe cumprir sua função de modo a garantir o desenvolvimento do processo em consonância com o modelo constitucional. Isso, porém, não significa colocá-lo em um pedestal, acima das partes, como se dono fosse do processo. Caso a finalidade do processo fosse instrumentalizar objetivos almejados pelo próprio Estado – como defendem algumas posturas instrumentalistas desenvolvidas no Brasil¹³⁵² – seria desnecessário, inclusive, que o seu início tivesse por pressuposto a iniciativa das partes;

V – os limites de atuação do juiz no processo devem ser pensados à luz do todo principiológico que, a partir da Constituição, estrutura o modo-de-ser do processo civil no Estado Democrático de Direito, sendo que, dentre esses princípios, insere-se o princípio da autonomia privada, o qual confere às partes não somente a possibilidade de, pelo exercício de direitos, faculdades e poderes processuais, limitar a atuação do juiz, mas, também, o poder de dar a si um ordenamento, o que, no

¹³⁵² A obra de maior impacto, nesse sentido, é a de Cândido Rangel Dinamarco. A respeito, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

âmbito do processo, significa que a autodeterminação das partes lhes confere o poder de influir na estruturação do próprio procedimento;

VI – a normatividade do princípio da autonomia privada é decorrente da tradição acerca do processo civil que se desenvolveu a partir do modelo constitucional e democrático de processo, no qual não se pode atribuir ao juiz, como personificação do Estado, um papel de protagonista do processo. A comunidade de princípios sobre a qual se erige o modelo constitucional de processo exige uma maior autonomia e participação das partes não somente para limitar o agir do juiz, mas também para determinar o próprio procedimento que será desencadeado para a consecução dos seus interesses. É claro que isso não significa conferir às partes, poderes ilimitados, mas, sim, adequados e balizados por padrões normativos que, nas nuances do caso concreto, dão os contornos do modelo constitucional do processo;

VII – embora seja impossível estabelecer, numa perspectiva hermenêutica, uma hierarquia normativa abstrata, pode-se dizer que, dada a força normativa do princípio da autonomia privada, o afastamento do poder de autodeterminação conferido às partes no processo somente pode ocorrer quando, no caso concreto, a regra institucionalizada pelo princípio da autonomia privada for transcendida por outro princípio, que, naquelas circunstâncias, assume uma dimensão de peso maior e que, poderá, em casos futuros, ser generalizada em atenção à exigência de coerência do direito.

4 AUTONOMIA PRIVADA E ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL: UMA PRIMEIRA TENTATIVA PARA (DE)LIMITAÇÃO DO AGIR DAS PARTES E DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

Partindo da superação do “princípio dispositivo” como elemento estruturante da divisão de trabalho entre o juiz e as partes no processo civil, torna-se possível traçar, à luz do princípio da autonomia privada, uma primeira proposta de limitação de esferas de atuação entre os sujeitos do processo. Para tanto, será utilizada a clássica divisão entre mérito da causa e objeto do debate, conceito que, de modo *lato*, visa a abarcar tudo que, no processo, é estranho ao mérito. Do ponto de vista teórico, tudo isso impõe uma análise dos contornos dogmáticos de diversos temas do processo civil, como o próprio conceito de mérito e dos elementos que dão o seu conteúdo. A construção realizada neste item da tese, no entanto, tratará reflexões acerca dessas construções dogmáticas, problematizando-as a partir da matriz teórica hermenêutica, o que ficará evidenciado quando do enfrentamento de temas como “causa de pedir”, do brocardo “*iura novit curiae*” e dos “pressupostos processuais” e “invalidades processuais”.

4.1 LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ QUANTO AO MÉRITO DA CAUSA

Para uma adequada compreensão dos limites de atuação de ofício do juiz quanto ao mérito causa é imprescindível deixar claro o que se entende por mérito e qual o seu conteúdo. Trata-se de tema tortuoso que raramente é enfrentado pela doutrina processual. Cumpre, pois, realizar tal enfrentamento.

4.1.1 Demanda e Objeto do Processo

Quando se propôs uma primeira abordagem da questão envolvendo o princípio da demanda e o princípio dispositivo referiu-se que, normalmente, não há, em sede doutrinária, grande precisão acerca do conteúdo da demanda, especialmente se as alegações sobre os fatos estariam abarcadas pelo seu conteúdo. Pode-se dizer, com isso, que, embora não exista controvérsia a respeito da autonomia conferida ao autor no sentido de autodeterminar se irá a juízo exigir do

Estado a prestação da tutela jurisdicional ou não, são bastante nebulosos os limites que lhe cabe impor à atuação jurisdicional desencadeada pela demanda.

Na verdade, isso se deve ao fato de a demanda consistir no “mero acto de iniciación procesal”¹³⁵³, por meio do qual se exerce a ação processual e se dá origem à relação jurídica processual, o qual, comumente, mas nem sempre, traz dentro de si a pretensão processual¹³⁵⁴. É justamente a confusão conceitual estabelecida pela doutrina, consistente em equiparar a demanda e a pretensão processual como sinônimos¹³⁵⁵, que acabou por obscurecer quais seriam os limites fixados pelo autor relativamente à atuação do juiz no processo. Afinal, a resposta para esse problema não pode ser encontrada na demanda – que é, repita-se, essencialmente ato de iniciação do processo – mas no próprio objeto do processo (*pretensão processual*), o qual tão somente tem o germe da sua definição na demanda¹³⁵⁶, com ela, porém, não se confundindo¹³⁵⁷.

Autorizados setores da doutrina processual são uníssonos em afirmar que o autor fixa, na demanda, o objeto do processo¹³⁵⁸. Apesar de não se adotar

¹³⁵³ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 57.

¹³⁵⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 121.

¹³⁵⁵ Confusão conceitual, que, segundo Schwab, é muito mais comum na Itália que na Alemanha: “la ragione per cui il problema del quale ci occupiamo non ha mais raggiunto in Italia l’importanza che riveste in Germania sta, a nostro avviso, nel fatto che in Italia non si distingue l’*Anspruch* dalla *Klage* così rigidamente come in Germania”. SCHWAB, Karl Heinz. *La teoria dell’oggetto del processo nell’attuale dottrina tedesca*. Studi in onore di Antonio Segni. v. IV. Milano: Casa editrice dott. a. giuffrè, 1967. p. 313). No Brasil, são raros os autores que se apereceberam dessa distinção, podendo destacar, dentre eles, Dinamarco (DINAMARCO, Cândio Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 29).

¹³⁵⁶ Como será melhor trabalhando neste capítulo, o caráter dinâmico do processo (parte I, capítulo 3) impõe uma conceção dinâmica do objeto do processo, o qual, embora tenha o seu germe na demanda, não é fixado de modo estático, o que se deve ao caráter hermenêutico do fenômeno jurídico. A fixação do objeto do processo vai se dar conforme o caso concreto a partir do esforço conjunto de atividades dos agentes do processo (juiz e partes) e tem seu limite nos marcos preclusivos da fase preparatória da causa.

¹³⁵⁷ Conforme Guasp, “concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto, de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tempo, ya sea después de esta iniciación”. GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985, p. 57). No mesmo sentido, adverte Darci Guimarães Ribeiro que “demanda y pretensión procesal no son palabras sinónimas, aunque generalmente la primera contenga, en su procedimiento la segunda”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 121).

¹³⁵⁸ A propósito, Dinamarco afirma que “é a demanda que define o *objeto do processo*, ou ‘objeto litigioso do processo’, em torno do qual será exercida a jurisdição em cada caso concreto, ao juiz não sendo lícito desconsiderá-lo, ampliá-lo por iniciativa própria ou pronunciar-se acerca de outro

integralmente essa posição, pois como será melhor abordado posteriormente, o objeto do processo forma-se progressivamente, não há dúvida que os elementos mínimos e basilares do objeto do processo, na grande maioria dos casos, são fixados pelo autor na demanda e que eles são decisivos para delimitação dos poderes das partes e do juiz no processo. Essa constatação é suficiente para que se possa inverter o foco da análise da limitação dos poderes do juiz, deixando de lado a atenção até então empregada na demanda, para voltar os olhos para o objeto do processo¹³⁵⁹.

4.1.1.1 Objeto do Processo: Precisão Terminológica e Importância Prática do Tema

Antes de avançar no tema, cabe precisar o que se quer expressar com o termo “objeto do processo”. A primeira grande advertência é no sentido que “a finalidade, o escopo do processo, não devem ser relacionados à idéia de objeto do processo, que é ambígua e, por isso mesmo, pode levar a confusões”¹³⁶⁰. Deve-se, portanto, entender por objeto do processo “aquello sobre lo que se proyecta la

objeto”. DINAMARCO, Cândio Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 23). Do mesmo modo, Giancarlo Giannozzi refere ser verdadeiro “che è l’attore a fissare con la proposizione della sua domanda l’oggetto del processo”. GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 16). Igualmente, De Stefano afirma que “se ci domandiamo quale è il fatto giuridico che pone l’oggetto del processo, non vi è da rispondere se non che il fatto assolutamente iniziale del processo stesso è la domanda. Onde è naturale pensare che appunto la domanda sia il fatto attraverso il quale appare quell’oggetto. Questo, dunque, viene posto dalla domanda, o meglio, viene determinato in funzione dell’oggetto della domanda”. DE STEFANO, Giuseppe. Per una teoria dell’oggetto del processo. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958, p. 239). Na mesma linha, ver PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 15 e RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35, o qual, no entanto, deixa bastante claro que nem sempre a pretensão processual encontra-se dentro da demanda (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 121-122).

¹³⁵⁹ Nessa perspectiva entende De Stefano que “l’oggetto del processo determina dei poteri e doveri di parte e di giudice, e, se non è un fatto giuridico, deve almeno essere posto da un fatto giuridico”. DE STEFANO, Giuseppe. Per una teoria dell’oggetto del processo. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958, p. 239).

¹³⁶⁰ SANCHES, Sydnei. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *AJURIS*. n. 16. Porto Alegre: AJURIS, 1979. p. 139. No mesmo sentido, CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 27. SANTOS, Andrés de La Oliva. GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Madrid: Editorial centro de estudios ramón areces S.A, 2000. p. 41.

actividad procesal (del órgano jurisdiccional y de las partes) en cada proceso”¹³⁶¹. Trata-se da causa eficiente do processo, e não da sua causa final¹³⁶².

Com efeito, quando se fala em objeto do processo se está falando do próprio conteúdo do processo, daquilo que é posto diante do juiz e sobre o qual giram todas as atividades desenvolvidas no processo¹³⁶³. Um processo sem objeto careceria de conteúdo e, conseqüentemente, operaria no vazio¹³⁶⁴. Porém, como “não há processo abstrato que exista por si e para si”¹³⁶⁵, torna-se imprescindível investigar o conteúdo do processo, o material debatido em juízo e submetido à apreciação e julgamento¹³⁶⁶.

O tema da definição do objeto do processo, no entanto, é extremamente difícil¹³⁶⁷. Independente das diversas teorias acerca do tema, pode-se, numa primeira aproximação conceitual, referir que “o objeto do processo é, em outras palavras, o mérito da causa (*meritum causae*)”¹³⁶⁸ e que é sobre ele que se irão

¹³⁶¹ SANTOS, Andrés de La Oliva. GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Madrid: Editorial centro de estudios ramón areces S.A, 2000. p. 41.

¹³⁶² CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 27.

¹³⁶³ DINAMARCO, Cândio Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 23-34. A doutrina salienta que a palavra ‘objeto’ significa etimologicamente ‘pôr diante de’, tanto na origem latina do termo (*ob + iectum*), quanto na sua versão germânica (*gegen + Stand*). CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 86). No mesmo sentido, SANTOS, Andrés de La Oliva. GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Madrid: Editorial centro de estudios ramón areces S.A, 2000. p. 41-42.

¹³⁶⁴ ASENJO, Jiménez. Teoría del objeto procesal. *Revista de derecho privado*. XXXIV, n. 398, 1950, p. 240.

¹³⁶⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 20. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 131.

¹³⁶⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 46. RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 20. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 131.

¹³⁶⁷ A propósito, refere Darci Guimarães Ribeiro que “el estudio del objeto del proceso se encuentra entre uno de los más discutidos y áridos temas de la ciencia procesal moderna”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 128). No mesmo sentido, SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968, *passim*.

¹³⁶⁸ DINAMARCO, Cândio Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 24. Daí que, conforme Dinamarco, “o problema é um só e a busca do objeto do processo outra coisa não é, senão a busca do conceito de mérito”.

centrar as atividades desenvolvidas no processo. É ele que “compõe e mantém em funcionamento o processo”¹³⁶⁹.

Proporcional à dificuldade que o tema oferece é a sua importância prática. Ele costuma ser considerado como “*denominatore unitario*” de pelo menos quatro grupos de problemas: modificação da demanda, litispendência, cumulação objetiva de demandas e limites objetivos da coisa julgada¹³⁷⁰. Dentre esses quatro temas, três deles, pelo menos, ligam-se diretamente à questão de saber o conteúdo sobre o qual desenvolvem-se “i poteri di discussione delle parti e di decisione del giudice, sia nel processo in corso (domanda nuova), sia in altro processo che si svolga nel medesimo tempo (litispendenza), sia infine in un processo futuro (limiti oggettivi del giudicato)”¹³⁷¹.

Na presente investigação, importa estudar o objeto do processo tendo em vista a importância que esse instituto tem para (de)limitar o âmbito de atuação das partes e do juiz no processo civil, uma vez que, conforme Manuel Ortells Ramos “son diferentes los poderes que al órgano jurisdiccional y a las partes corresponden respecto al objeto procesal”¹³⁷². Essa perspectiva de análise da questão também

Idem. Ibidem). No mesmo sentido, RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 17-20). ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 106.

¹³⁶⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 18.

¹³⁷⁰ DE STEFANO, Giuseppe. Per una teoria dell'oggetto del processo. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958, p. 233. No mesmo sentido, RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 128. RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000. p. 251. TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989. p. 108. SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968, em especial a parte II. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. SENDRA, Vicente Gomeno. CATENA, Víctor Moreno. *Derecho Procesal civil*. Madrid: Editorial Colex, 1997. p. 120-121. A problemática da questão não escapou da arguta percepção de Araken de Assis, para quem “a reconstrução de uma teoria unitária do objeto litigioso, incluindo a coisa julgada, se torna inviável”. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 112).

¹³⁷¹ DE STEFANO, Giuseppe. Per una teoria dell'oggetto del processo. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958, p. 233.

¹³⁷² RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000. p. 249. Assim, as partes têm “el monopolio sobre la configuración y proposición del objeto del proceso, mientras que el órgano jurisdiccional está excluido de esa labor y su función respecto al objeto procesal consiste en ejercer su potestad de resolver, de juzgar sobre el mismo”. RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000. p. 249). É possível verificar também no pensamento de Schwab, a análise da questão envolvendo “a liberdade de disposição pelas partes tendo em vista o objeto da causa (objeto litigioso)”, o que também denota uma mudança de foco no tratamento da questão proposta (SCHWAB, Karl Heinz.

pode ser encontrada em Domínguez, Sendra e Catena, para os quais o objeto do processo serve, em primeiro lugar, “para fijar al ámbito cognoscitivo de la decisión judicial, creando en el Juez la obligación de ser *congruente* única y exclusivemetne con lo solicitado en la pretensión del actor”¹³⁷³. Trata-se aqui, como já referido no item anterior, de uma mudança no ângulo de visão a respeito dos limites de atuação das partes e do juiz, na medida em que, sendo a demanda um mero ato de iniciação do processo, ela não oferece o substrato material suficiente para que se possa enfrentar tão intrincando problema.

4.1.1.2 Teorias Acerca da Natureza do Objeto do Processo

O debate teórico a respeito do objeto do processo floresceu no seio da doutrina alemã, embora, em grau muito menor, seja possível encontrar na doutrina italiana alguns trabalhos acerca do tema¹³⁷⁴. Costuma-se dividir os principais estudiosos acerca do tema em duas concepções teóricas distintas: uma concepção material do objeto processo, que não separa o objeto do processo do direito material, e uma concepção processual, que desvincula o objeto do processo do direito material¹³⁷⁵. Desse modo “o *Streitgegenstand* seria descoberto à luz de elementos estritamente processuais, sem qualquer relação com o direito material”¹³⁷⁶.

Embora inexista consenso doutrinário acerca do objeto do processo, não se pode negar uma “*sempre crescente processualizzazione dell’oggetto*”¹³⁷⁷, ao ponto

Introdução ao direito processual civil alemão. v. 3. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 58).

¹³⁷³ DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. SENDRA, Vicente Gomeno. CATENA. Víctor Moreno. *Derecho Procesal civil*. Madrid: Editorial Colex, 1997. p. 120.

¹³⁷⁴ Conforme Dinamarco, “entre os autores alemães é que maior desenvolvimento tiveram e maior interesse têm merecido as investigações acerca do objeto do processo. O *Streitgegenstand* constitui, entre os germânicos contemporâneos, um respeitável polo metodológico, verdadeiro centro ao qual converge a disciplina de inúmeros institutos processuais. Entre os italianos o interesse pelo objeto do processo é menor. São ligados, por tradição longeva, ao *método centrado na ação* e, por isso, têm esta como centro de convergência”. DINAMARCO, Cândio Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 39).

¹³⁷⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 129

¹³⁷⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 87.

¹³⁷⁷ DE STEFANO, Giuseppe. L’oggetto del processo in un libro recente di Walter J. Habscheid. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: CEDAM, 1958, p. 328. No mesmo sentido, BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria. Demanda, 'causa petendi' y objeto del proceso. Córdoba: El Almendro, 1984. p. 12.

de se dizer que, na doutrina alemã, “*il significato strettamente processuale dello (Streitgegenstand) é punto ormai fuori discussione*”¹³⁷⁸. A grande controversa que vai ser traçada entre os seguidores da concepção processual do objeto do processo diz respeito, especificamente, ao seu conteúdo ou, dito de outro modo, aos seus elementos individualizadores. Com efeito, alguns autores adotam uma visão mais restrita de objeto do processo, para formá-lo unicamente a partir do pedido, ao passo que outros entendem que o objeto do processo é composto pelo pedido e pela causa de pedir. Não serão aqui abordados todos os autores que se preocuparam com o tema, mas, somente, aqueles que se acredita terem exercido maior influência para o desenvolvimento do tema no direito brasileiro¹³⁷⁹.

4.1.1.2.1 Friedrich Lent

Na doutrina alemã, o corifeu da teoria material do objeto do processo é Friedrich Lent¹³⁸⁰. Ele parte do pressuposto de que, em cada demanda judicial, dentro do pedido de uma determinada decisão está a afirmação no sentido de que ao autor corresponde um direito substancial. Em toda demanda, pois, subsiste a *afirmação de um direito por parte do autor*. Nela reside o núcleo do *objeto do processo*, na medida em que a causa se desenvolve propriamente para verificar se

¹³⁷⁸ DE STEFANO, Giuseppe. Per una teoria dell'oggetto del processo. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958, p. 230. Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral refere que, “embora tenha havido, na década de 1970, uma reação das teorias materialistas, hoje prevalecem amplamente as teses que buscam critérios processuais para determinar o *Streitgegenstand*”. CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 87). Também Darci Guimarães Ribeiro refere que hoje, não se pode negar, “que a noção de objeto do processo é puramente processual”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 25).

¹³⁷⁹ Nesse intento, não será abordada, por exemplo, a teoria de Arthur Nikisch, o qual é responsável, segundo Habscheid, pelo primeiro punto culminante da concepção processual do objeto litigioso, com a monografia *Der Streitgegenstand im Zivilprozess* (1935): “dallora, e per molto tempo, non è estato più contestato che la nozione di oggetto del processo è una nozione puramente processualistica definita dalla *pretesa (conclusioni) dell'attore individuata dalla determinazione dei fatti*. Sta al giudice sussumere l'oggetto del giudizio nelle regole de diritto positivo e arrivare così alla decisione”. HABSCHIED, Walter. L'oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980. p. 456). Sobre a teoria de Nikisch, consultar SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p.59-72).

¹³⁸⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 129. No direito italiano, pode-se verificar uma variação da teoria material do objeto do processo em FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 117 e seguintes.

esse direito afirmado subsiste ou não¹³⁸¹. Com efeito, a determinação do objeto do processo deve-se ao autor, sendo esta a mais importante consequência do “princípio dispositivo”¹³⁸².

Note-se que, embora o direito material tenha especial relevância para definir o objeto do processo, não se pode acusar Lent de confundir os dois fenômenos¹³⁸³. Ele é bastante claro ao afirmar que “se il nucleo dell’oggetto della causa è reso palese dalla deduzione del diritto, ne consegue che oggetto del processo non è un diritto in quanto effettivamente esistente, ma un diritto in quanto soltanto affermato”¹³⁸⁴. Do mesmo modo, o jurista alemão tem total ciência que a expressão “pretensão” utilizada pela ZPO tem significado distinto daquela utilizada pelo BGB, pois expressa aquilo que é requerido pelo autor ao juiz¹³⁸⁵. Isso, todavia, não impede que se impute à obra de Lent, em seus diversos escritos sobre o tema, uma nota comum, muito bem percebida por Schwab, qual seja: “la determinación del contenido de la pretensión procesal por el derecho material”¹³⁸⁶.

Isso fica bastante evidente quando Lent afirma expressamente que “l’oggetto del processo civile è costituito da rapporti di diritto privato intercorrenti tra due persone”¹³⁸⁷. O objeto do processo, desse modo, reside na *afirmação do direito material*¹³⁸⁸, realizada pelo autor em sua pretensão processual, a qual – ao contrário,

¹³⁸¹ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 434.

¹³⁸² LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 432.

¹³⁸³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 129.

¹³⁸⁴ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 437.

¹³⁸⁵ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 89. Segundo Lent, “tale distinzione è necessaria, perché non sempre con la domanda si fa valere una pretesa di diritto privato in senso stretto; nel significato che essa assume nel diritto processuale, infatti, la pretesa non si dirige mai contro il convenuto; non a quest’ultimo, ma al giudice l’attore chiede la condanna: è infatti necessaria una pronuncia, la cui emanazione non rientra nei compiti del convenuto (che è una persona privata), ma in quelli dello stato”. LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 89).

¹³⁸⁶ SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 13.

¹³⁸⁷ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 87.

¹³⁸⁸ O que, para Lent, é uma premissa básica tanto na origem do processo romano, quanto do processo germânico: “in origine, tanto nel processo romano quanto in quello germanico, si controverte e si decide su una pura affermazione di diritto. Il procedimento primitivo non si occupa dei singoli fatti nei quali la controversia giuridica trova fondamento; della loro prava ci si interessa soltanto in un secondo tempo, in una fase più avanzata dell’evoluzione sociale. Sopravvive allora il principio per cui, per il sorgere di una controversia giuridica, è comunque indispensabile che le parti non siano d’accordo sul modo di regolare il caso concreto secondo diritto; ma la fonte del litigio può residere tanto in una diversa versione dei fatti (avvenimento della vita), quanto in una diversa valutazione delle norme applicabili. L’oggetto del procedimento

da pretensão de direito material que se dirige ao réu – é endereçada ao juiz. É a ele que, segundo Lent, se pede a condenação, cuja pronúncia é dever do Estado, e não do réu¹³⁸⁹.

Verifica-se, na obra de Lent, uma distinção entre objeto do processo – no caso, a afirmação do direito material – do objeto da decisão, que nada mais seria que o efeito jurídico pretendido pelo autor¹³⁹⁰. Também aqui ele entende que o juiz somente tem o dever de atribuir aos fatos os efeitos pretendidos pelo autor, não lhe cabendo valorar se dos mesmos fatos possam ser extraídos outros efeitos¹³⁹¹. Essa distinção, porém, não significa uma separação entre dois extremos. Muito pelo contrário, Lent dirá que a asserção de direito tem importância decisiva para determinar qual o efeito jurídico afirmado pelo autor¹³⁹². Isso fica tão nítido no pensamento do autor alemão que ele, dialogando com o entendimento no sentido de que o objeto do processo seja o accertamento, requerido em juízo, de um efeito jurídico, entende que, para verter sobre o efeito jurídico feito valer pelo autor, precisará verter sobre a afirmação de direito do autor, e é este que constituirá o conteúdo do objeto do processo¹³⁹³.

e della decisione è costituito dalle conseguenze giuridiche di un avvenimento anche ai nostri giorni. Anche quando il disaccordo delle parti concerne (come di regola) il fatto, unicamente i suoi effetti giuridici sono l'oggetto vero e proprio della pronuncia giurisdizionale. Il fatto in sé rappresenta solo l'oggetto della prova, un motivo della decisione o una questione preliminare, poiché se prima esso non è stato chiarito è impossibile dare una qualunque risposta – affermativa o negativa – sulle sue conseguenze di diritto (LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 89).

¹³⁸⁹ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 89. Também isso prova, conforme Schwab, “que la pretensión procesal, o sea el objeto litigioso, es para LENT un concepto procesal”. SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 14).

¹³⁹⁰ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 91. Para uma crítica da distinção realizada por Lent, ver TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989. p. 113.

¹³⁹¹ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 91.

¹³⁹² Nesse sentido: “quando si dice che l'oggetto del procedimento non è costituito da un concreto effetto giuridico qualunque, ma da quello affermato dall'attore, si afferma nello stesso tempo che le asserzioni di diritto di quest'ultimo hanno importanza decisiva per determinarlo”. LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 92).

¹³⁹³ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 151. Por efeito jurídico, Lent parece, no ponto, referir-se ao tipo de sentença postulada pelo autor: “come esempio, si pensi che l'attore mantenga ferma la richiesta di condanna del convenuto al pagamento di 10.000 marchi, ma la giustifichi con un mutuo concluso nel 1954 mentre prima l'aveva giustificata con un concluso nel 1952: in tal caso è avvenuto un cabiamento. Senza una previa individuazione del diritto sostanziale fatto valere dall'attore non si è nemmeno in grado di riconoscere l'eventuale presenza di una domanda diversa”. LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 152).

É nessa senda que a afirmação de um direito ou de uma relação jurídica, e não um simples fato ou acontecimento, passa a ser encarada como o objeto do processo. O problema é que, sendo a afirmação de direito o objeto do processo, esse mesmo direito precisará ser claramente individualizado, sob pena de ser confundido com outros¹³⁹⁴. Porém, a individualização do direito não se confunde com sua qualificação jurídica: a primeira teria o escopo de precisar o concreto direito subjetivo afirmado, enquanto a segunda serviria para classificá-lo como pertencente a um dos tipos das normas abstratas previstas em lei. Desse modo, um contrato pode ser perfeitamente individualizado com a indicação das partes, da data e do conteúdo, sem que ao mesmo tempo permaneça qualificado como de locação ou de arrendamento. Todavia, a simples qualificação jurídica não seria suficiente para individualizar o contrato, uma vez que entre as partes podem ter sido celebrados mais contratos do mesmo tempo. A questão tem nodal importância para a delimitação dos poderes das partes e do juiz, pois “mentre il compito di individuare il diritto spetta all’attore, che deve decidere liberamente su quale oggetto condurre il processo, quello di qualificarlo dal punto di vista giuridico spetta al giudice, che non è vincolato a seguire il parere delle parti”¹³⁹⁵.

Pode-se, com isso, verificar que os efeitos jurídicos dos quais fala Lent correspondem à espécie de sentença postulada pelo autor, ao passo que a qualificação jurídica corresponderia à norma jurídica que irá moldar a valoração dos fatos. Nenhum desses elementos (tipo de sentença ou qualificação jurídica dos fatos) serviriam para individualizar o objeto do processo, vale dizer, o direito afirmado e, conseqüentemente, sua alteração não modificaria o objeto do processo¹³⁹⁶. Além dessas duas espécies, o jurista alemão trabalha com mais uma hipótese, qual seja, a de que diversas pretensões tendentes à mesma prestação possam emanar de um mesmo fato. Para tanto, ele dá o exemplo de um acidente rodoviário em que o passageiro, tendo em vista os danos sofridos, poderia buscar a respectiva reparação com base no contrato de transporte, nas normas sobre ato ilícito ou naquelas relativas à responsabilidade objetiva. Outro exemplo, seria o da

¹³⁹⁴ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 149.

¹³⁹⁵ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 150.

¹³⁹⁶ Nesse sentido, Lent refere que “una modificazione che abbia riguardo alla semplice classificazione giuridica non importa alcuna modificazione dell’oggetto del processo”. LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 440).

subtração de um bem do proprietário, ato que poderia dar lugar, ao mesmo tempo, à ação reivindicatória e à ação possessória. Nesses casos, Lent vai dizer que, nesses casos, se as diversas pretensões (de direito material) tiverem o mesmo conteúdo e o mesmo escopo (de modo que a satisfação de uma faça valer a outra) o objeto permanecerá único. Isso, porém, não impediria o autor de limitar o objeto do processo a um determinado direito substancial, optando, por exemplo, em propor a ação reivindicatória ao invés da ação possessória¹³⁹⁷.

Quanto mais Lent desce ao direito material para precisar o conteúdo do objeto do processo, mais o tema se torna complexo. E, nesse intento específico, ele acaba se deparando com a questão envolvendo a teoria da individualização e da substanciação. Após tecer críticas e elogios a ambas as teorias, ele prefere acolher o que chama de *aperfeiçoamento da teoria da individualização*, a qual acolhe o princípio da teoria da individualização, sendo o qual a demanda deve determinar o objeto da lide, mas, ao mesmo tempo, reconhece, com base na teoria da substanciação, que, para tal fim, é sempre necessário alegar o fato produtivo do efeito jurídico afirmado. A alegação dos fatos é, desse modo, indispensável nos limites dentro dos quais se possa prescindir para fixar o objeto do processo¹³⁹⁸.

Embora Lent afirme peremptoriamente que *“i diritti dedotti sono l’oggetto del processo, mentre la circostanza di fatto è soltanto il presupposto per la deduzione giuridica, nel senso che per l’individuazione non è necessaria alcuna parte di essa”*¹³⁹⁹ ele não deixa de considerar os fatos relevantes para individualizar o direito afirmado. Ele, porém, desenvolve uma robusta crítica à expressão *“eventos da vida”* representativa dos fatos no processo de acordo com a doutrina de Rosenberg e Schwab. Nessas páginas, *“che sono forse le pagine migliori del suo lavoro”*, Lent ressalta que os fatos podem ser encarados por diversos pontos de vista e que, no

¹³⁹⁷ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 153. Sobre o ponto, a crítica de Tarzia é no sentido que “Lent non ha coerentemente applicato i suoi principi dove ha definito oggetto – per lo meno possibile – del giudizio, nel caso di concorso di pretese, l’affermazione di un puro diritto alla condanna. La rottura del sistema che ponde come termine di contraddizione il diritto soggettivo sostanziale si aggrava, anzi, con la attribuzione di un potere di scelta all’attore tra il dedurre in processo una o più singole pretese sostanziali ovvero un’unica pretesa processuale del tipo descritto. In tal modo si cagiona una preoccupante incertezza sulla intrinseca struttura dell’oggetto del processo, la cui determinazione, con evidente e largo superamento dei limiti del principio dispositivo, viene rimessa, caso per caso, alla parte”. TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989. p. 112)

¹³⁹⁸ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 163.

¹³⁹⁹ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 472.

processo, eles somente adquirem importância se podem ser visualizados a partir de uma correspondente *fattispecie* delimitada pela lei¹⁴⁰⁰.

Verifica-se que a grande celeuma do pensamento de Lent reside na problemática, não muito precisa, envolvendo a cisão fato e direito. Embora ele consiga perceber que os fatos somente adquirem relevância para o processo na medida em que recebem uma espessura jurídica, não consegue se desvencilhar do dualismo próprio da sua época. Isso acaba gerando algumas incongruências na sua teoria, na medida em que não deixa claro em que medida os fatos recepcionados por suportes fáticos previamente estabelecidos na lei compõem ou não o objeto do processo. Essa imprecisão acaba comprometendo a sua tentativa de traçar um esquema conceitual acerca da distribuição dos papéis entre o juiz e as partes. Num primeiro momento, ele diz que os fatos devem ser alegados pelas partes, que a individualização da regra de direito cabe ao juiz, que o concreto efeito jurídico sobre o qual verte o acerto do direito é afirmado somente pelo autor e que, ao juiz, caberá verificar sua exatidão, seja com base no acerto dos fatos, seja com base no conteúdo das normas¹⁴⁰¹. Com isso, tem-se que o conteúdo indispensável das declarações das partes é dado exclusivamente pela alegação de fato, ao passo que a responsabilidade da exata individualização das normas é inteiramente do juiz, em que pese possam as partes apresentar as suas teses jurídicas como sugestão para o juiz, de modo que esse aprofunde sua valoração¹⁴⁰².

Mas se, por um lado, cabe às partes delimitar os fatos, também a unívoca determinação do concreto direito afirmado e também dos seus fundamentos constitutivos é tarefa exclusiva delas, enquanto o juiz não pode influenciar em nada,

¹⁴⁰⁰ TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989. p. 111. Nesse sentido, afirma o autor alemão: “Si parte dalla deduzione giuridica dell’attore e si cerca se dalla circostanza di fatto da lui addotta si può estrarre una concreta *fattispecie* che corrisponda ad una *fattispecie* legislativa e consenta la deduzione della ritenuta congruenza giuridica dalla addotta circostanza di fatto. Questa *fattispecie* è l’estratto che acquista rilievo per il processo. Ed ecco che abbiamo la precisa cornice per la delimitazione, poichè le *fattispecie* legali sono sempre chiaramente delimitate nella legge e noi possiamo sempre dire con sicurezza se sussiste una *fattispecie* o una pluralità di *fattispecie*. Ed ecco che noi, di ogni circostanza provvisoria fatta valere, possiamo anche precisare se essa appartiene ad una circostanza precedentemente addotta o se appartiene ad una nuova *fattispecie*. Ciò ha rilievo per l’oggetto del processo e la cosa giudicata, rendendo possibile una chiara delimitazione. Ci siamo così sollevati dalle difficoltà dell’esame, sempre malsicuro, se sussiste il medesimo evento della vita od un altro”. LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 466).

¹⁴⁰¹ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 90.

¹⁴⁰² LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 90.

uma vez que com a modificação da individualização do direito, o objeto do processo transformar-se-ia em outro¹⁴⁰³. Isso poderia parecer significativo, porém aqui também falta clareza para Lent, na medida em que o seu conceito de direito, embora ele não se aperceba, tem o fato como elemento inexorável. É o que se mostra claro quando ele diz que, segundo o princípio dispositivo, o juiz somente pode levar em consideração aquelas circunstâncias deduzidas pelas partes, as quais são por ele exemplificadas como um contrato, a propriedade, a posse, etc¹⁴⁰⁴. Avançado nesse sentido, torna-se ainda mais nebulosa afirmação de que a classificação jurídica – que nada mais seria que a aplicação de uma norma do direito objetivo – pressupõe a cognição do juiz e que, desse modo, seria conferida a ele, e não às partes, podendo, desse modo, assumi-la de acordo com a sua opinião sem estar ligado à valoração das partes¹⁴⁰⁵.

Essas incongruências talvez tenham levado Lent, inclusive naquilo que era o seu principal propósito, a adotar distintas concepções de acordo com aquilo que o objeto do processo tende a influenciar. Assim, ao mesmo tempo em que afirma uma unidade do objeto do processo, independentemente da pluralidade de pretensões (de direito material) que derivam das circunstâncias fáticas adotadas¹⁴⁰⁶, ele acaba defendendo um outro ponto de vista para tratar da coisa julgada. Desse modo, sempre que um direito substancial individuado constituir objeto de acerto com eficácia de coisa julgada, e a sentença que disser respeito somente a uma das pretensões concorrentes se limitar a acertar somente uma delas, não será possível impedir, com a exceção de coisa julgada, uma renovação do processo que faça valer uma pretensão não levada em exame na primeira sentença. Lent considera insustentável a concepção segundo a qual a sentença sobre uma pretensão exauriria todas as demais pretensões decorrentes do mesmo evento da vida¹⁴⁰⁷.

4.1.1.2.2 Leo Rosenberg

¹⁴⁰³ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 439.

¹⁴⁰⁴ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 471.

¹⁴⁰⁵ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 439.

¹⁴⁰⁶ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 472-473.

¹⁴⁰⁷ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 473.

De início, pode-se destacar a importância de Rosenberg para o desenvolvimento do conceito de pretensão processual, uma vez que, conforme autorizada doutrina, o autor alemão teria sido o precursor no desenvolvimento do tema¹⁴⁰⁸. Com efeito, uma vez estabelecido que a pretensão processual se distingue da pretensão de direito material¹⁴⁰⁹, cumpre delimitar o seu conceito. Rosenberg, na quinta edição do seu Tratado, definia a pretensão processual como “la **petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesario, por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamento**”¹⁴¹⁰.

Com isso já se pode verificar que o objeto do processo não se resume à afirmação do direito, na medida em que esta somente tem relevância quando se formula mediante um pedido, mediante o qual o autor faz conhecer ao que se dirige aquilo que é postulado na demanda. A pretensão processual visa a declaração de uma consequência jurídica decorrente da afirmação de direito¹⁴¹¹. Ela diz respeito ao que se quer alcançar. Há, no ponto, uma inversão de perspectiva em relação à obra de Lent.

Nessa fase do seu pensamento, Rosenberg via nas alegações de fato o fundamento do pedido. Bastaria, a respeito, que o autor alegasse o estado de fato em que se funda o pedido, não sendo necessária a aplicação de designações técnicas ou de consequências jurídicas aplicáveis aos fatos a partir do direito objetivo. Nesse terreno, o juiz teria total liberdade e independência nos termos do brocardo *iura novit curiae*, sendo-lhe assegurado o direito “*de examinar desde cada*

¹⁴⁰⁸ SCHWAB, Karl Heinz. *La teoría dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca*. Studi in onore di Antonio Segni. v. IV. Milano: Casa editrice dott. a. giuffrè, 1967. p. 318. GUASP. Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 47-48, nota 44. No mesmo sentido, RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 109.

¹⁴⁰⁹ Conforme Rosenberg, “Los significados del objeto litigioso como pretensión y objeto de la pretensión son puramente *procesales*, y su sentido es completamente distinto del unido a los conceptos correspondientes del derecho *civil*”. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 28).

¹⁴¹⁰ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 35-36.

¹⁴¹¹ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 36.

*uno de sus posibles puntos de vista jurídicos el estado de hecho presentado por el demandante*¹⁴¹².

Assim, o objeto litigioso não consistiria nos fatos, mas, sim, numa afirmação de direito deles derivada e reclamada¹⁴¹³. Os fatos seriam o pressuposto necessário de toda a consequência jurídica, na medida em que unem o ordenamento jurídico a suas consequências¹⁴¹⁴. Pode-se dizer que Rosenberg não escapa das mesmas confusões conceituais em que caiu Lent, o que também se deve ao fato de trabalhar com uma cisão entre fato e direito.

Na sexta edição do seu Tratado (1954), Rosenberg veio a aderir integralmente à teoria de Schwab, “*escluyendo il fatto costitutivo dall’ambito della pretesa processuale, nei confronti della quale esso esplicherebbe una mera funzione di individuazione*”¹⁴¹⁵. A definição do objeto litigioso, a partir de então, passa a ser a seguinte: “*la petición dirigida a obtener la declaración, con fuerza de cosa juzgada, de una consecuencia jurídica, y caracterizada por la solicitud presentada*”¹⁴¹⁶. Em que pese a exclusão do “estado de coisas” como categoria necessária para delimitar o conteúdo do objeto do processo, Rosenberg não consegue desvencilhar-se da “crônica de acontecimentos” quando trata dos limites objetivos da coisa julgada¹⁴¹⁷, na medida em que admite a propositura de uma ação encaminhada a obtenção da mesma condenação (em relação à ação anteriormente proposta e julgada) se esta estiver fundada em outro estado de coisas que o autor não tinha feito valer no primeiro processo ou que, ainda que exposto ao tribunal naquela ocasião, não tinha sido apreciado¹⁴¹⁸.

¹⁴¹² ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, p. 31.

¹⁴¹³ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, p. 36.

¹⁴¹⁴ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, p. 36.

¹⁴¹⁵ TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989. p. 120.

¹⁴¹⁶ ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. 6ª ed. §38, II, *apud* SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 39, nota 3.

¹⁴¹⁷ TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989. p. 121.

¹⁴¹⁸ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 52.

Essa falta de precisão sobre a colocação dos fatos no âmbito do objeto do processo prejudica sobremaneira a questão envolvendo a delimitação dos poderes das partes e do juiz nessa seara. Em passagem bastante elucidativa acerca do seu conceito de pretensão processual, Rosenberg refere que o autor não pode se limitar a submeter ao juiz um conjunto de fatos e deixar à sua discricão as consequências jurídicas e que deles queira extrair, mas tem o ônus de indicar o objeto e o fundamento da pretensão deduzida, bem como de apresentar uma petição determinada. Isso quer dizer que ele deve pretender uma consequência jurídica determinada como existente ou inexistente. O juiz, por sua vez, somente pode decidir se a consequência jurídica pretendida pelo autor se produziu e se existe ou não, sendo-lhe, pois, vedado conceder qualquer outra consequência jurídica¹⁴¹⁹.

4.1.1.2.3 O Objeto do Processo segundo Karl Heinz Schwab

Schwab inicia sua principal obra sobre o tema destacando aquilo que ele considera o passo decisivo para compreender a essência do objeto litigioso, no caso, o descobrimento de que se trata de um fenômeno do processo, que não deve ser identificado com a pretensão de direito material. Superada essa questão, o ponto nodal a respeito do objeto do processo residiria no estabelecimento do seu conteúdo e do seu alcance¹⁴²⁰. Ainda na parte introdutória ele já deixa assentado que *“la pretensión procesal es el objeto del litigio, pero también de la resolución, pues es sobre el objeto del litigio sobre el que el tribunal tiene que resolver”*¹⁴²¹. Essa pretensão processual não se confunde, nem com a pretensão de direito material, nem com a chamada pretensão à tutela jurídica¹⁴²².

Na verdade, a base da teoria de Schwab está nos estudos de Rosenberg, o qual desde a primeira edição do seu manual (1927) já havia se encarregado de traçar uma linha de separação entre a pretensão de direito material e a pretensão

¹⁴¹⁹ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, p. 29.

¹⁴²⁰ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 3. A obra *Der Streitgegenstand im Zivilprozess* foi publicada em 1954.

¹⁴²¹ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 6.

¹⁴²² SCHWAB, Karl Heinz. *La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca*. Studi in onore di Antonio Segni. v. IV. Milano: Casa editrice dott. a. giuffrè, 1967. p. 318-319.

processual¹⁴²³. Por sinal, é bastante festejado por Schwab o fato de que seu mestre Rosenberg – para quem ele dedica a sua monografia sobre o objeto litigioso – tenha aderido, na sexta edição do seu “Tratado de Direito Processual Civil”, aos pontos essenciais da sua concepção¹⁴²⁴. É a partir da referida obra que Rosenberg veio a levar em conta a preponderância da demanda em relação aos fatos expostos, não somente no caso de cumulação de ações, mas também no que diz respeito à modificação da ação, à litispendência e à coisa julgada¹⁴²⁵.

Essas primeiras considerações servem para evidenciar que Schwab formula uma teoria acerca do objeto do processo em que o elemento decisivo para delimitá-lo é a solicitação formulada pelo autor. Ela ocupa “*el lugar clave en el litigio*”¹⁴²⁶. É sobre ela que recai a resolução do tribunal¹⁴²⁷. Desse modo, Schwab diz que “*el actor peticiona del tribunal la resolución judicial descrita en su solicitud*” e que “*el objeto de la petición es entonces la especie de forma de tutela jurídica, o sea el pronunciamiento de una sentencia de prestación [condena], declaración o constitución*”. Nisso reside o significado do termo *pedido* para o alcance do objeto litigioso¹⁴²⁸, razão pela qual ele pode ser definido como “*la petición de la resolución designada en la solicitud*”¹⁴²⁹.

Com isso, Schwab se coloca na última das três correntes sobre o conteúdo e alcance do objeto litigioso por ele mencionadas no introito da sua obra. Vale dizer, para ele a pretensão processual não é a afirmação de um direito material, nem é integrada pelo estado de coisas que o autor propõe (*Sachverhalt*) e pelo pedido (*Antrag*) apresentados com igual valor e importância. Schwab filia-se à corrente que não vê sempre no estado de coisas um elemento equivalente ao pedido, conferindo

¹⁴²³ SCHWAB, Karl Heinz. *La teoría dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca*. Studi in onore di Antonio Segni. v. IV. Milano: Casa editrice dott. a. giuffrè, 1967. p. 318.

¹⁴²⁴ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 1.

¹⁴²⁵ SCHWAB, Karl Heinz. *La teoría dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca*. Studi in onore di Antonio Segni. v. IV. Milano: Casa editrice dott. a. giuffrè, 1967. p. 320.

¹⁴²⁶ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 243.

¹⁴²⁷ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 243.

¹⁴²⁸ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 245.

¹⁴²⁹ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 251.

gravitação decisiva exclusivamente para esse último¹⁴³⁰. Esse é o ponto decisivo que resume a conclusão da sua obra¹⁴³¹.

Verifica-se assim que, para Schwab, os fatos (causa de pedir) constituem elemento estranho à delimitação do objeto do processo, o qual estaria centrado no pedido e, conseqüentemente, na forma de tutela jurisdicional pensada para a resolução do pedido (condenação, declaração ou constituição). Nesse sentido, ele vai dizer que o estado de coisas, a fundamentação da demanda, não são utilizáveis para uma definição geral do objeto litigioso, devendo, pois, serem excluídos da sua definição¹⁴³².

Essa solução é carregada de artificialismo, pois ao mesmo tempo Schwab reconhece que o pedido necessita, em todos os casos, ser fundamentado por fatos¹⁴³³. Mais do que isso, o pedido do autor precisa ser interpretado – *“lo decisivo es siempre la solicitud interpretada”* –, devendo-se, para tanto, recorrer-se ao estado de coisas¹⁴³⁴. É assim que a fundamentação jurídica, embora não sirva para definir o objeto litigioso, assume importância para individualizar as pretensões processuais¹⁴³⁵.

A importância atribuída ao “estado de coisas” por Schwab é ainda maior quando ele trata do denominado “efeito de exclusão” decorrente da coisa julgada (eficácia preclusiva). Aqui, ele vai dizer que a resolução judicial – a qual recai sobre a pretensão processual – deriva do material processual exposto pelo autor e pelo demandado, e que referido material constitui o fundamento da resolução, a base, pois, para decidir se a pretensão processual é fundada ou não. Assim, não pode o órgão jurisdicional resolver se a pretensão estará ou não fundada em outros fatos

¹⁴³⁰ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 6-7.

¹⁴³¹ Conforme Tarzia, “la conclusione dell’opera si riassume nella definizione dell’oggetto della lite como “la richiesta (*Begehren*) della decisione giudiziaria descritta nel *petitum*. Più semplicemente è il *petitum* che costituisce l’oggetto del giudizio, mentre la *causa petendi* (intensa, secondo la teoria della sustanziazione, come il fatto costitutivo) vi resta estranea”. TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989. p. 113).

¹⁴³² SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 250-251.

¹⁴³³ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 251.

¹⁴³⁴ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 243.

¹⁴³⁵ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 250-251.

não expostos ou não conhecidos¹⁴³⁶. Logo, restam excluídas do novo processo todas as alegações do autor tendentes a dar uma imagem ou criar um juízo que discrepe do material processual do processo resolvido com autoridade da coisa julgada. Em sentido inverso, a constatação do estado de coisas e sua apreciação jurídica no primeiro processo serão inimpugnáveis no segundo processo, sob pena de a resolução recaída sobre a pretensão processual ser burlada¹⁴³⁷. Talvez resida aí a maior incongruência no pensamento de Schwab, a qual não tem passado desapercibida por setores consideráveis da doutrina¹⁴³⁸.

¹⁴³⁶ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 215.

¹⁴³⁷ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 222. Conforme Schwab, “por supuesto que ese efecto vinculante de la apreciación jurídica y de la constatación del estado de cosas del primer proceso sólo tiene interés para aquellas demandas que contienen la misma solicitud que la que ya ha sido resuelta con autoridad de cosa juzgada o que tiene por objeto la declaración de lo absolutamente contrario. En otras demandas el estado de cosas y la apreciación jurídica de procesos resueltos con autoridad de cosa juzgada pueden desde luego ser atacadas”. SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968. p. 222). Isso significa que “apenas em caso de dúvida sobre se estamos diante de uma demanda diversa ou idêntica (em um segundo processo) é que se poderia recorrer à causa de pedir”. CABRAL, Antônio do Passo. *Cosa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 87). É interessante notar que a teoria de Schwab recebeu grande adesão no direito brasileiro no tocante ao instituto da coisa julgada, mormente por se considerar que somente o dispositivo é atingido pela sua imutabilidade. Essa adesão fica bastante clara no pensamento de Ovídio Baptista da Silva para o qual “se é correto dizer-se que os motivos ainda que importantes não fazem coisa julgada (art. 469), não é menos certo afirmar-se que o dispositivo se há de entender e *dimensionar* em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes *para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença*”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 170). O mesmo autor dá um bom exemplo da aplicação da teoria de Schwab no tocante à coisa julgada: “proposta uma ação de despejo fundada no fato de que o inquilino não cumpriu o contrato, na cláusula em que se obrigara a pintar o imóvel e reparar os assoalhos, uma vez rejeitada a ação por não provados tais fatos, poderá o locador propor uma segunda ação em que alegue que o locatário infringira outra cláusula contratual de que resultou o corte no fornecimento de energia elétrica e do telefone por falta de pagamento, obrigações essas que lhe cabiam. Parece que o material do primeiro processo não abrange o fundamento do segundo. Há uma evidente incompatibilidade entre o *estado de coisas* das duas demandas e, segundo afirma Schwab, “o autor de uma segunda ação dirigida a um mesmo objetivo pode alegar fatos já existentes, mas não alegados no primeiro processo, desde que não guardem relação com o material processual deste último”. Assim, pois, tem-se que fica excluída do novo processo toda alegação do autor tendente a dar uma imagem ou criar um juízo que discrepem do material processual do processo decidido com autoridade de coisa julgada. Ao contrário, se a nova alegação não guarda relação com o material do primeiro processo, ela não ficará excluída nem pela coisa julgada, nem pelo efeito de exclusão alheio à coisa julgada, ainda que os fatos hajam podido ser expostos já no primeiro processo”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 167-168).

¹⁴³⁸ Nesse sentido, De Estefano assevera: “lo Schwab ha risolutamente costruito la sua dottrina dello “Streitgegenstand” dando rilievo esclusivo al “petitum”. “Antrag”), che resta per lui il solo elemento decisivo per la questione dell’unità della pretesa processuale. Di questa relazione l’autore dà una applicazione esatta e coerente in materia di mutamento della domanda e di

4.1.1.2.4 Walter Habscheid

Para Walter Habscheid, a noção de objeto do processo é uma noção de direito processual. Tem o juiz, portanto, o dever, através de um procedimento de subsunção, de aplicar o direito substancial àquilo que lhe é requerido, isto é, “all’oggetto del processo che egli ha il compito di esaminare sotto tutti gli aspetti del diritto sostanziale”¹⁴³⁹. A partir daí Habscheid desenvolve sua crítica à teoria de Schwab, o qual, conforme já referido, entende que o objeto do processo “sarebbe definito dalle sole conclusioni (*Begehren des Klägers*) dell’attore”, de modo que “i fatti su cui si fonda la domanda non farebbero piúparte dell’oggetto del processo”¹⁴⁴⁰.

Habscheid acusa a teoria de Schwab de ser “*tropo semplicista*”. O grande diferencial da sua teoria é considerar que o objeto do processo é composto por dois elementos: “*la pretesa (Rechtsbehauptung) dell’attore, quale appare nelle sue conclusioni e che comprende sia il diritto sostanziale sia quello processuale, e lo stato di fatto (Lebenssachverhalt) su cui si basa tale pretesa*”¹⁴⁴¹. Com isso, tem-se que o fundamento da pretensão é considerado como elemento do objeto do processo, o que faz com que Habscheid se distancie da doutrina segundo a qual os fundamentos somente teriam a limitada função de individualizar, quando necessário, o objeto do processo¹⁴⁴².

litispendenza (per non parlare, come si è detto, del cumulo oggettivo), mas quando elgi passa a occuparsi dei limiti oggettivi del giudicato, la conclusione é diversa. Il rilievo esclusivo dato al “petitum” menerebbe a ritenere preclusa dal giudicato una nuova domanda contenente la medesima richiesta, quali que siano le premesse che la sottendono. Lo Schwab, invece, escludono questa via e questa soluzione, ammette che l’attore restato soccombente possa riproporre la stessa domanda, diretta allo stesso risultato della prima, fondandola su fatti già sussistenti al tempo del primo processo (con la sola limitazione che essi non siano in contrasto col materiale decisorio di questo): posizione che si ispira chiaramente alla teoria della sostanziazione, la quale, invece, l’autore aveva in linea di principio nettamente respinto”. DE STEFANO, Giuseppe. Per una teoria dell’oggetto del processo. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958, p. 233-234). Crítica similar é formulada também por Tarzia (TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989. p. 120).

¹⁴³⁹ HABSCHIED, Walter. L’oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980. p. 455.

¹⁴⁴⁰ HABSCHIED, Walter. L’oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980. p. 455. Também Habscheid faz a leitura no sentido de que, para Schwab, “solo nel caso in cui ci sia il dubbio che le domande proposte in due processi diversi siano identiche, i fatti potrebbero servire a distinguere le conclusioni (HABSCHIED, Walter. L’oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980. p. 455-456).

¹⁴⁴¹ HABSCHIED, Walter. L’oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980. p. 457.

¹⁴⁴² STEFANO, Giuseppe de. L’oggetto del processo in un libro recente di Walter J. Habscheid. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: CEDAM, 1958, p. 335.

Pode-se dizer, então, que para o autor alemão “*la causa è un elemento necessario della domanda*”, não servindo apenas para a sua individualização, mas, acima de tudo para a sua substanciação¹⁴⁴³. Nesse sentido, Habscheid considera artificial e falsa a tese segundo a qual a causa de pedir serviria somente para identificar a demanda, de modo que uma demanda sem causa de pedir seria uma demanda incompleta e que, portanto, deveria ser rejeitada liminarmente¹⁴⁴⁴. A posição adotada por Habscheid tem por consequência a imutabilidade do estado de fato. Assim, se o autor esquece de fazer valer um fato que se enquadra no âmbito de uma dada *causa* não poderá repropor a demanda porque o fato será consumado pela autoridade da coisa julgada¹⁴⁴⁵.

É justamente no seu conceito de *estado de fato (Lebenssachverhalt)*, o qual foi bastante criticado por Lent, que reside o ponto mais polêmico da teoria de Habscheid. Segundo a interpretação de Cruz e Tucci sobre a teoria de Habscheid, a sua posição seria menos arbitrária que a de outros juristas da sua época, pois corresponderia a uma afirmação global¹⁴⁴⁶, devendo o juiz valorar o seu respectivo

¹⁴⁴³ HABSCHIED, Walter. L'oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980. p. 461.

¹⁴⁴⁴ HABSCHIED, Walter. L'oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980. p. 462.

¹⁴⁴⁵ HABSCHIED, Walter. L'oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980. p. 461. Verifica-se com mais clareza esse ponto na transcrição de que Barbosa Moreira faz da teoria de Habscheid nos seguintes termos: “Quase desnecessário advertir que a situação será de todo em todo diferente se no segundo processo se vier a alegar outro fato que configure diversa “causa petendi”: assim, por exemplo, se X pedir de novo a revogação da doação com base em atentado contra a sua vida, ou ofensa física, ou injúria grave, ou calúnia, por parte de Y (CC, art. 1.188, ns. I, II e III). A “res iudicata” formada sobre a primeira sentença de improcedência não constitui óbice à apreciação de tal pedido, e, portanto, não há que cogitar de eficácia preclusiva em relação a quaisquer “quaestiones facti” agora suscitadas. Cf., ao propósito a clara lição de Habscheid, “*Der Streitgegenstand im Zivilprozess*”, Bielefeld, 1956, págs. 296-7: “*Die allgemeine Präklusion ergreift nur Facta, die zum Streitgegenstand eines bereits rechtskräftig entschiedenen Prozesses gehören. Ist der prozessuale Anspruch der zweiten Klage ein anderer – sei es, weil eine andere Rechtsbehauptung aufgestellt wird, sei es, weil der Kläger sein Begehren auf einen anderen Lebenssachverhalt gründet – so ist für die Präklusion des nicht vorgebrachten Prozesstoffes ebenso wenig Raum wie für die “Einrede” der Rechtskraft (A preclusão geral só abrange fatos pertinentes ao objeto de um processo já concluído por decisão transitada em julgado. Se a pretensão processual da segunda ação é diversa – seja porque se formule outra afirmação jurídica, seja porque o autor funde sua demanda noutra fato da vida – há tão pouco lugar para a preclusão do material não alegado quanto para a exceção” de coisa julgada)’ (são do autor os grifos na transcrição do original; nossos, na tradução)”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. v.441. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.22).*

¹⁴⁴⁶ Nesse sentido também Fábio Peixinho Corrêa afirma que, em Habscheid, “o objeto litigioso não é individuado por um tipo específico de fatos, mas por um fato da vida sem qualquer ligação prévia com o ordenamento jurídico”. CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 69).

fundamento sob todos os aspectos possíveis¹⁴⁴⁷. Na verdade, se bem analisada a questão não se pode dizer que a concepção de Habscheid discrepa tanto da teoria de Schwab quanto à questão da coisa julgada e do chamado “efeito de exclusão”. Isso porque, segundo Cruz e Tucci, a qualificação jurídica levada a cabo pelo juiz (conclusão síntese), representada na sentença, compreende o estado de fato invocado pelo autor, não sendo possível, com base no mesmo estado de fato, fundar qualquer outra pretensão. Por conseguinte, restaria preclusa a reproposição dos fatos não invocados explicitamente quando não integrantes ao estado de fato objeto do juízo¹⁴⁴⁸. Tudo isso leva a crer que Habscheid oferece uma teoria que contrasta diretamente com a posição de Lent, o qual somente visualiza os fatos enquanto fatos juridicamente relevantes, mas que, apesar de suas diferenças, assemelha-se bastante à teoria de Schwab tendo em vista o papel que os fatos desempenham no tocante à resolução das questões pertinentes à eficácia preclusiva de coisa julgada.

4.1.1.2.5 Correntes Contemporâneas sobre o Objeto do Processo

Certamente, extrapolaria os limites da presente investigação, uma abordagem mais minuciosa acerca do tema “objeto do processo”. Ainda assim, na estreita linha de abordagem aqui desenvolvida, cabe fazer referência, mesmo que de modo sucinto, à doutrina de Jaime Guasp, a qual constitui, segundo autorizada doutrina,

¹⁴⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 107. Desse modo, segundo Cruz e Tucci, “o objeto litigioso do processo, no contexto da tese ora examinada, é individuado não por um fato ou conjunto de fatos enquadrável *sub specie iuris*, mas, na verdade, por um *fato da vida*, absolutamente despido de qualquer ligação com uma determinada norma jurídica, o que propicia uma mutação da demanda em limites muito mais amplos daquela permitida no âmbito da denominada teoria da substanciação, na qual a simples variação do elemento causal importa modificação da demanda”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 107).

¹⁴⁴⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 109. De acordo com Antônio do Passo Cabral, “o conceito de *estado de fato* que evitaria a prisão do objeto do processo a apenas um acontecimento histórico, englobando todos os fatos que constituam um conjunto de acontecimentos da vida dos litigantes. Além disso, como o estado de fato não varia, refletindo um conjunto de fatos relacionados entre si, a coisa julgada ficaria ligada a esse complexo. Então, se o sujeito processual esquecesse de alegar um evento dentro daquele estado de fato, não poderia repropor a demanda porque tal fato já se considera incluído no conjunto anterior, e então terá sido absorvido pela autoridade do julgado”. CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 89).

“el mejor intento hecho hasta hoy para elaborar un concepto procesal de pretensión”¹⁴⁴⁹.

Para Guasp, a pretensão processual “és una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de outra, ante un terceiro supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalen”¹⁴⁵⁰. Daí pode-se verificar a existência de três elementos que estruturam a pretensão processual, quais sejam, o elemento subjetivo, o elemento objetivo e o elemento da sua atividade. O elemento subjetivo é composto por três sujeitos, vale dizer, o sujeito ativo – a pessoa que formula a pretensão -, o sujeito passivo – a pessoa frente a quem se formula a pretensão – e o destinatário – a pessoa ante quem se formula a pretensão e que, por conseguinte, deverá satisfazê-la¹⁴⁵¹. Já o elemento objetivo, ou seja, o objeto da pretensão, é o bem da vida. Trata-se, pois, do elemento material ao qual se referem os sujeitos e as atividades que a pretensão encerra¹⁴⁵². O elemento de atividade é o que exige, segundo Guasp maior atenção.

Com efeito, para melhor apreendê-lo, Guasp inicia enfatizando que a pretensão processual não é uma mera declaração de vontade, mas, sim, “una declaración petitoria, una declaración en que la voluntad exteriorizada agota su sentido en la solicitud dirigida a algún outro elemento externo para la realización de um cierto contenido”¹⁴⁵³. A declaração de vontade petitoria, desse modo, deverá ter significação jurídica, razão pela qual Guasp entende por classificá-la como constitutiva, declaratória ou de condenação¹⁴⁵⁴.

Para Guasp, essa petição deve ser fundada, ponto no qual ele visa a distinguir os conceitos de petição fundada e de petição motivada. Nessa senda, o fundamento da petição consistiria nos *acontecimentos da vida* em que o autor se

¹⁴⁴⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 114.

¹⁴⁵⁰ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 84-85.

¹⁴⁵¹ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985. p. 70.

¹⁴⁵² GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 71-72.

¹⁴⁵³ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 75. Tradução livre: “mas uma declaração petitoria, uma declaração na qual a vontade exteriorizada esgota seu sentido na solicitação dirigida a algum outro elemento externo para a realização de certo conteúdo”.

¹⁴⁵⁴ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 78.

apoia para *delimitar o pedaço concreto da realidade ao qual a pretensão se refere*. Ele não serve para que o juiz possa se pronunciar favoravelmente à petição do autor, mas para lhe permitir conhecer qual âmbito da vida a pretensão trata de designar¹⁴⁵⁵. Os fundamentos são concebidos para especificar a pretensão processual, não se tratando de cimentos nos quais ela se baseia, mas, sim, de muros que a delimitam¹⁴⁵⁶.

A teoria de Guasp foi objeto, tanto no direito brasileiro quanto no direito espanhol, de uma profícua releitura. Trata-se da teoria desenvolvida por Darci Guimarães Ribeiro, para quem a pretensão processual supõe “*uma declaração de vontade feita pelo autor, através de uma petição fundamentada, para obter uma sentença*”¹⁴⁵⁷. No direito espanhol, pode-se verificar o mesmo entendimento na obra de Joan Picó i Junoy, o qual entende que o objeto do processo é uma “*declaración de voluntad hecha por el actor a través de una petición*”, cujo objetivo é “*obtener un concreto pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales*”¹⁴⁵⁸.

Na medida em que consiste em uma declaração de vontade, a pretensão pressupõe um *querer* por parte do autor, não se tratando de uma mera declaração de ciência, de uma mera afirmação de direito como na teoria de Lent¹⁴⁵⁹. Essa forma de visualizar o conceito de pretensão também é defendida por Andrés de La Oliva Santos e Ignacio Díez-Picaso Giménez, para os quais a pretensão é a ação e o efeito de pretender uma concreta tutela jurisdicional, uma sentença com conteúdo

¹⁴⁵⁵ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 82.

¹⁴⁵⁶ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 83.

¹⁴⁵⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 26. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 132.

¹⁴⁵⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 24.

¹⁴⁵⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 26. Conforme Darci Ribeiro, “Daí que seja preferível para identificar a ideia-base do objeto do processo, a força expressiva do conceito *petição (Begehren)* ao da afirmação do direito”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 26).

determinado¹⁴⁶⁰. Bastante semelhante é a teoria defendida por Valentín Domínguez, Vicente Sendra e Víctor Catena, os quais entendem que “el objeto del proceso és la *pretensión* que consiste en una declaración de voluntad, debidamente fundamentada, del actor”, deduzida frente ao juiz, “pero que se dirige contra el demandado” em virtude do qual se solicita ao órgão jurisdicional “una sentencia que, en relación con un derecho, bien o situación jurídica, declare o niege su existencia, cree, modifique o extinga una determinada situación o relación jurídica, o condene al demandado al cumplimiento de una determinada prestación”¹⁴⁶¹.

Por outro lado, a declaração de vontade é feita através de uma petição (pedido) fundamentada (causa de pedir). É necessário que o autor também justifique a decisão judicial solicitada. Nesse sentido, pode-se dizer que o autor, quando “fundamenta sua petição, através dos efeitos jurídicos extraídos de sua relação jurídica com o demandado, está justificando sua declaração feita através desta petição”¹⁴⁶². Tem-se, com isso, que os elementos objetivos da pretensão são “la petición (dirigida a un órgano jurisdiccional y frente a otra persona) de sentencia sobre un determinado bien jurídico, para la que se invocan o alegan como fundamento unos hechos jurídicamente relevantes”¹⁴⁶³. Tal entendimento também é adotado por Ernesto Penalva, para quem os elementos identificadores da pretensão são o pedido e a causa de pedir, que indicam os limites objetivos da coisa julgada¹⁴⁶⁴.

O conceito de pretensão processual – compreendida como uma declaração de vontade realizada por uma petição fundada para obter uma sentença – tem vários méritos, sendo que o mais evidente reside na construção de um conceito de objeto do processo e de mérito estritamente processual. Isso, porém, não significa ignorar o quanto o direito material repercute na configuração e no desenvolvimento do processo. Seria, no mínimo, estranho afirmar que a pretensão processual dá vida ao

¹⁴⁶⁰ SANTOS, Andrés de La Oliva. GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Madrid: Editorial centro de estudios ramón areces S.A, 2000. p. 43.

¹⁴⁶¹ DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. SENDRA, Vicente Gomeno. CATENA. Víctor Moreno. *Derecho Procesal civil*. Madrid: Editorial Colex, 1997. p. 120.

¹⁴⁶² RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 32. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 135.

¹⁴⁶³ RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000. p. 254.

¹⁴⁶⁴ PENALVA, Ernesto Pedraz. *El objeto del proceso civil*. Madrid: Edit. Consejo general del poder judicial, 1996. p. 45.

processo e que constitui o seu caráter dinâmico, recaindo sobre ela o centro da atividade dos agentes processuais, e ignorar totalmente o direito material. Tem razão Darci Ribeiro quando vê na pretensão processual “*el reflejo jurídico de la acción material*”¹⁴⁶⁵. Com efeito, “*el ejercicio de la acción procesal, por decirlo así, transporta al proceso la acción material, ‘jurisdiccionalizándola’, y transformándola en pretensión procesal para que o Estado pueda realizarla*”¹⁴⁶⁶. Porém, como a pretensão processual caracteriza-se por ser uma declaração de vontade, essa transposição da realidade material para o processo encontra-se limitada pela própria pretensão, que, por ser um ato de vontade, bem fundamenta a tese de que é a autonomia privada (em sentido amplo) o fundamento delimitador da atuação de ofício do juiz no processo. Isso, porém, somente poderá ficar mais claro após uma maior precisão do conteúdo da pretensão processual.

4.1.2 Conteúdo do Objeto do Processo

Da análise das diversas teorias acerca do objeto do processo, pode-se verificar a inexistência de consenso acerca do conteúdo da pretensão processual, havendo autores que optam por limitá-lo ao pedido, enquanto outros dão ênfase também à causa de pedir. É justamente no âmbito da causa de pedir que irão residir as maiores dificuldades para estabelecer o conteúdo do objeto do processo e, conseqüentemente, para se oferecer um caminho seguro quanto à delimitação da atuação do juiz e das partes no tocante ao referido tema.

No ponto, é importante registrar que, para a legislação brasileira, o conteúdo do objeto do processo é composto da causa de pedir, do pedido e das partes (art. 337, §2.º, NCPC). Não se pretende, aqui, criar uma polêmica frente ao conceito legal, deixando, com isso, de tratar das partes como elemento do conteúdo do objeto do processo. No entanto, para os fins da presente investigação, que está circunscrita à delimitação da atuação do juiz no processo, o conceito de parte relativamente ao conteúdo do objeto litigioso perde importância, na medida em que ele tem serventia quando se discute questões atinentes aos limites subjetivos da coisa julgada, temática que extrapola os limites da pesquisa.

¹⁴⁶⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 124.

¹⁴⁶⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 124-125.

4.1.2.1 Pedido

O pedido é um dos elementos integrantes da pretensão processual, servindo, juntamente com a causa de pedir, para identificá-la. No direito brasileiro, na linha do que preconizava a doutrina de Chiovenda, costuma-se identificar uma demanda a partir de três elementos (*tres eadem*), quais sejam o pedido, a causa de pedir e as partes¹⁴⁶⁷. É o que se verifica no art. 337, § 2.º, do Novo CPC, segundo o qual “uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Tal posição, no entanto, padece de equívoco evidente. Afinal, em face do conceito de pretensão processual até aqui desenvolvido, torna-se fácil perceber que o elemento subjetivo (autor e réu) não serve para identificar a pretensão processual¹⁴⁶⁸.

Importa aqui abordar o *pedido* nos estreitos limites da sua importância para identificação da pretensão processual. Nesse intento, cabe referir que a doutrina costuma desdobrar o pedido em duas perspectivas: por um lado, o autor pede um “o provimento jurisdicional de determinada espécie (elemento-força ou elemento condicionante)”¹⁴⁶⁹, que, na estrutura lógica do pedido, recebe o nome de *pedido imediato*, ou seja, aquilo que imediatamente se pede¹⁴⁷⁰; por outro lado, o pedido tem por objetivo “o bem jurídico-material que lhe é consequente (elemento-efeito ou condicionado)”¹⁴⁷¹, vale dizer, a coisa ou objeto material do processo¹⁴⁷² que é, na estrutura do pedido e da sentença, consequência do *pedido imediato*, razão pela qual é denominado *pedido mediato*.

O pedido imediato, portanto, identifica a classe de tutela jurisdicional pretendida pelo autor, podendo corresponder à tutela jurisdicional declarativa,

¹⁴⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, 1922, p. 326.

¹⁴⁶⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 38.

¹⁴⁶⁹ CARVALHO, Milton Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 97.

¹⁴⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, 1922, p. 326, p. 78. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil* (istituzioni di diritto processuale civile). Volumen I: conceptos fundamentales la doctrina de la acciones. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbanjea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 33.

¹⁴⁷¹ CARVALHO, Milton Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 97.

¹⁴⁷² GUILLÉN, Victor Fairen. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949, p. 80.

constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental¹⁴⁷³. Nesse elemento está embutida a eficácia preponderante da pretensão processual e, conseqüentemente, da eventual sentença de procedência, a qual, por materializar uma consequência natural do que realmente pede o autor, vem a servir como critério classificador das pretensões processuais¹⁴⁷⁴. Há quem diga, porém, que não se trata aqui de uma perspectiva puramente processual do pedido, na medida em que tais eficácias encontram-se, antes de mais nada, no plano do direito material¹⁴⁷⁵. Trata-se de tema altamente complexo e controverso, cuja análise detida desbordaria do âmbito da presente investigação¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷³ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n. 215, p. 61-85, jan. 2013. p. 79. Também se costuma referir que ele está relacionado à sentença pretendida (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*. V.2. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59)

¹⁴⁷⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 173. Ainda conforme Darci Guimarães Ribeiro, “la clasificación más adecuada a las nuevas demandas de una sociedad postmoderna, cada vez más preocupada por la efectividad de sus derechos, es aquella que parte de la naturaleza híbrida de las sentencias y adopta como criterio más seguro la *eficacia preponderante* entre todas las demás eficacias contenidas dentro de la pretensión procesal, independientemente del binomio cognición-ejecución”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 174).

¹⁴⁷⁵ Nesse sentido, Araken de Assis oferece uma crítica a divisão do objeto (pedido) em material e processo: “o primeiro fornece o mérito e significa o direito material deduzido na demanda; o outro se expressa no provimento, declaratório, constitutivo ou condenatório requerido ao órgão jurisdicional. Vicia a tese a observação já referida de que as ações declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas pertencem ao direito material, e, portanto, jamais constituiriam um objeto ‘processual’”. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 156). Essa doutrina está em perfeita consonância com o entendimento de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva, os quais entendem que é possível partir classificar tanto as ações quanto as respectivas sentenças de procedência. Para um aprofundamento da teoria desses autores, consultar ANCHIETA, Natascha Silva. *Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito*. 2013. 301 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000008/00000890.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014, especialmente os capítulos 6 e 9.3.

¹⁴⁷⁶ Adotando uma concepção puramente processual, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira classifica as formas de tutela jurisdicional levando em conta os seguintes critérios: a finalidade, as normas principais que as regem no plano do direito processual (efetividade e segurança), além do comportamento exigido da parte demandada em caso de acolhimento da demanda e a maneira como se dá o cumprimento da sentença. Destaca, porém, que a nota mais importante dessa classificação é a finalidade, de modo que “as formas de tutela serão tantas quantas forem necessárias para resolver de modo mais efetivo e eficiente, com segurança, a crise sofrida pelo direito material”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 138-139. Verifica-se, na perspectiva trabalhada por Carlos Alberto, uma total separação entre processo e direito material para perfilhar o conteúdo das “formas de tutela jurisdicional”, que acabam sendo pensadas quase que com um caráter instrumental para lidar com a crise de colaboração no plano do direito material. Numa outra perspectiva, Darci Guimarães Ribeiro, em que pese também classifique a pretensão processual na perspectiva do

O pedido mediato está vinculado diretamente com as consequências jurídicas que o autor pretende obter no plano do direito material. Costuma-se falar que ele corresponde ao bem da vida garantido pela lei cuja atuação se pede¹⁴⁷⁷. Na estrutura lógica da sentença a forma de tutela jurisdicional é constituída por um verbo transitivo, enquanto o pedido mediato será o objeto direito e/ou indireto, bem como os complementos tendentes a especificá-lo. Assim o juiz *condena* o réu *a pagar, declara a inexistência da relação jurídica, desconstitui o contrato*, e assim por diante.

É no âmbito do pedido que sobressaem alguns dos pontos mais importantes em relação à limitação dos poderes do juiz no processo, os quais costumam ser materializadas em regras tendentes a densificar o princípio da autonomia privada no processo. Enquanto o art. 490 do NCPC prescreve que “o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes”, o art. 492 do NCPC proíbe o juiz de “proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Quando se prescreve que o juiz *deve* resolver o mérito, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos, já se impõe uma vinculação do órgão jurisdicional ao pedido formulado pelo autor, no sentido de que deverá apreciá-lo em todo o seu âmbito, bem como que, para resolver o mérito, não poderá se desviar do pedido formulado pela parte. Caso o juiz não aprecie o pedido formulado pela parte em sua totalidade, seja para acolhê-lo, seja para rejeitá-lo, estará proferindo uma decisão *citra petita*, o que, nitidamente, viola não somente o princípio da autonomia privada e da liberdade, mas também os princípios do contraditório e do acesso à

processo, não deixa de considerar os influxos que o direito material exercer em sua classificação, considerando a pretensão processual um reflexo jurídico da ação material (RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. p. 159). Arken de Assis, por sua vez, não dissocia a forma de tutela jurisdicional do direito material, afirmando que “o tipo de tutela revela claramente o agir privado, ou seja, aquilo que o cidadão realizaria, pelas próprias forças e independentemente da vontade de outrem, a fim de impor o direito subjetivo contestado”. Desse modo, “a classificação das ações, ou das sentenças, haja vista o princípio da correlação entre o *petitum* e o provimento definitivo da causa, devidamente elevada à quinária, pertencem ao plano material”. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 155). Esse entendimento tem respaldo na doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva, que classificam as sentenças de procedência tendo por base a ação de direito material. No dizer de Ovídio, não se trata de uma classificação de índole estritamente processual, mas que “*diz respeito à natureza do direito litigioso e reflete a correspondente ação de direito material que há de ser realizada na sentença*”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 100).

¹⁴⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, 1922, p. 327.

justiça¹⁴⁷⁸. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça admite-se “a nulidade de toda a sentença em caso do reconhecimento de decisão *citra petita*, o que pode ser feito de ofício, além de reconhecer esse defeito processual quando o provimento jurisdicional não se manifesta acerca da compensação”¹⁴⁷⁹. Referido entendimento não pode ser levado às máximas consequências, uma vez que a parte prejudicada pelo julgamento *citra petita* poderá pleitear tão somente a análise daquilo que foi olvidado pelo órgão jurisdicional, hipótese em que, mesmo em sede de recurso de apelação, poderá se limitar a suprir aquilo que não foi objeto de julgamento¹⁴⁸⁰. Com isso, prestigia-se em um só golpe a autonomia privada e a efetividade da tutela jurisdicional.

O art. 492 do NCPC contempla duas situações: a primeira, diz respeito à natureza da sentença; a segunda, ao objeto material do pedido. Com efeito, o juiz, em face da primeira situação prevista no art. 492 do NCPC, fica proibido de proferir sentença de natureza diversa da pedida. Isso significa que o juiz não pode proferir uma sentença mandamental quando o pedido imediato instrumentaliza uma pretensão processual condenatória¹⁴⁸¹. A declaração de vontade petítória formulada pelo autor prevalece no ponto. Porém, o caráter dinâmico da pretensão processual não impede que ela sofra, especificamente quanto ao pedido imediato, mutação diante de circunstâncias fáticas que se fizerem presentes no curso do processo. Daí se admitir como lícita a conversão da tutela mandamental em condenatória se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado

¹⁴⁷⁸ Nesse sentido, prescreve Humberto Dalla: “a sentença *citra petita* ofende os princípios da inafastabilidade da juris- dição – já que não há manifestação sobre o pedido – e do contraditório – deixa o juiz de fazer a análise do que foi levantado pela parte”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. V.2. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 314).

¹⁴⁷⁹ AgRg no REsp 1395999/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 26/05/2014.

¹⁴⁸⁰ O art. 1013, §3.º do Novo CPC, expressamente admite que, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando “constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo”.

¹⁴⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123. Em sentido contrário, Humberto Dalla entende que “o pedido imediato – providência jurisdicional requerida pelo autor – pode ser modificado pelo juiz na sentença. O CPC autoriza o juiz a agir de ofício, a fim de que seja alcançado o resultado prático almejado de maneira eficaz. Um exemplo disso é o caso de ação de cobrança de dívida não vencida, em que o autor requer a condenação do réu, mas o juiz apenas declara a existência desta, concedendo menos”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. V.2. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 315).

prático equivalente¹⁴⁸². Por outro lado, o fato do art. 497 do NCPC permitir, na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou não fazer, a concessão da tutela específica ou adoção de providências que assegurem a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente nada tem a ver com a modificação do pedido. É o próprio art. 497 que condiciona tal possibilidade à procedência do pedido (*se procedente o pedido*), dando a entender que a maleabilidade concedida ao juiz nesse plano cinge-se aos instrumentos processuais (*técnica processual*) utilizados para a obtenção dos efeitos pretendidos pelo autor¹⁴⁸³.

A segunda hipótese do art. 492 do NCPC refere que é vedado ao juiz condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Isso significa que o objeto material (bem da vida) pretendido pelo autor que não pode ser diverso nem quantitativamente superior àquilo que foi postulado, sob pena de se ter uma sentença, respectivamente, *extra* ou *ultra petita*. O dispositivo incorre em grave equívoco na medida em que o objeto postulado pela

¹⁴⁸² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123.

¹⁴⁸³ Acertada, nesse sentido, é a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo o qual “assim é porque a multa coercitiva, a ameaça de prisão civil, o desconto em folha, os meios que conduzem ao resultado prático (não o resultado jurídico) constituem *técnicas*, e não a própria pretensão processual”. Nesses termos, “as técnicas independem de pedido, podem ser tomadas sem consideração ao princípio da estabilização da demanda, e as decisões que as impõem não passam em julgado nem se submetem à preclusão, podendo ser revistas ou modificadas a qualquer tempo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123). A respeito do tema, parece equivocada o exemplo oferecido por Marinoni, Mitidiero e Arenhart. Segundo os referidos autores “para a obtenção da tutela específica ou da tutela pelo resultado prático equivalente o juiz tem o poder de ordenar sob pena de multa ou determinar as denominadas ‘medidas necessárias’ (executivas), podendo fazê-lo em ambos os casos de ofício ou a requerimento da parte. Assim, por exemplo, se o autor requer, em ação coletiva, que o juiz determine que um terceiro instale um filtro em uma fábrica (sentença executiva), o juiz pode proferir sentença mandamental, ordenando, sob pena de multa, que a empresa ré instale o equipamento reputado necessário para eliminar a poluição. Mesmo quando é requerida uma ordem sob pena de multa, o juiz, em vista da situação de urgência que envolve o bem a ser protegido, pode proferir outra modalidade de sentença (ou seja, uma sentença executiva) e até mesmo conceder algo diverso daquilo que foi pedido (mas necessário em face da causa de pedir exposta pelo autor). Exemplificando: sendo a única saída para se evitar a poluição a cessação das atividades da indústria ré, o juiz, em vista da situação de urgência que envolve o bem a ser protegido, *pode determinar a interdição da indústria ré, ao invés de ordenar a cessação de suas atividades, sob pena de multa. Nesses casos, há uma quebra consentida pelo sistema da regra da adstrição do juiz ao pedido*”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARHENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 451). Nesses casos, não se trata propriamente de uma mudança no pedido, mas, sim, nos meios para efetivar a pretensão processual do autor. Ora, no primeiro exemplo tratado pelos autores, a instalação do filtro não consiste numa sentença executiva, mas, sim, numa ordem (*pretensão mandamental*) para que cesse a atividade nociva ao meio ambiente através da instalação de um filtro, o qual é meio para o fim. No segundo exemplo, a cessação da atividade nociva também é o fim a ser atingido, enquanto o meio para tanto é interdição da indústria. Em nenhum desses casos há quebra da regra da congruência prevista no art. 492, NCPC, na medida em que ela abarca o pedido tão-somente, e não a denominada técnica processual.

parte pode ser alcançado por meio de uma sentença mandamental ou executiva, e não somente por sentença condenatória. Assim, se o autor postula que lhe seja dispensando pelo Estado determinado medicamento, não pode o juiz, de ofício, determinar a entrega do medicamento genérico, salvo se, dos autos, torna-se possível verificar que ambos têm a mesma eficácia, sendo, pois, fungíveis¹⁴⁸⁴. Do mesmo modo, se o autor postula a entrega de uma moto, o juiz estará julgando fora dos limites do pedido se determinar a entrega de um carro, e assim por diante. O vício decorrente da sentença *ultra* ou *extra petita* pode ser sanado, inclusive na via recursal, bastando, para tanto, que seja suprimido o excesso¹⁴⁸⁵.

Em alguns casos, a própria lei alarga o âmbito do pedido agregando ao pedido formulado pela parte, mesmo quando não houver requerimento expresso, alguns pedidos que costumam ser nominados como *implícitos*. Nesse sentido, o art. 322, §1.º, NCP, prescreve que se compreendem no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios. Não se trata, aqui, propriamente de outros pedidos, mas tão-somente de elementos acessórios que logicamente decorrem do pedido principal inclusive por

¹⁴⁸⁴ Isso tem repercussões diretas inclusive na efetivação da sentença, pois não poderá, se expressamente decidido na sentença que o dever do Poder Público consentia tão somente na entrega do fármaco discriminado, posteriormente aceitar o seu cumprimento com a entrega do medicamento genérico. Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. BLOQUEIO DE VALORES. VEDAÇÃO DO USO DO MEDICAMENTO GENÉRICO. COISA JULGADA. Há no título executivo judicial fundamentos suficientes a embasar o pedido de fornecimento dos medicamentos conforme a indicação médica, não se justificando que o bloqueio de valores deferido tenha como referência medicamento não referendado pelo médico assistente e pelo acórdão em execução. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 70056134828, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Julgado em 13/11/2013) ”.

¹⁴⁸⁵ Nesse sentido: “APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. SENTENÇA ULTRA-PETITA. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE GRATIFICAÇÕES E DE ADICIONAIS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E FUNDAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Sentença ‘ultra petita’, pois acolheu mais do que o pedido do autor. Reforma parcial para adequação do ‘decisum’ ao pedido formulado na inicial, de forma a suprimir o excesso. Pretensão de servidor público estadual de cômputo do tempo de serviço prestado ao IBGE - fundação pública - e ao Banrisul - sociedade de economia mista - para fins de obtenção de gratificações e de adicionais por tempo de serviço. [...]. APELAÇÃO DO ESTADO PROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. DEMANDA IMPROCEDENTE. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70021662820, Terceira Câmara Cível, TJRS, Relator Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 24/01/2008) ”. Em sede doutrinária, seguindo o mesmo entendimento, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere que “a nulidade decorrente da sentença *ultra* ou *extra petita* pode ser sanada se nenhum prejuízo concreto for detectado no caso concreto e a matéria tiver sido amplamente discutida pelas partes, com observância do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, agasalhado na Constituição brasileira (art. 5º., inciso LV) “. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 113).

força de lei. Também não viola o art. 492 a decisão que, diante de pedido genérico – vale dizer, do pedido que não indica o *quantum* postulado – define desde logo a extensão da obrigação, sempre que isso for possível. Trata-se, na verdade, de uma imposição legal (art. 491, NCPC) que visa a tornar mais efetiva a prestação da tutela jurisdicional¹⁴⁸⁶.

4.1.2.2 Causa de Pedir

Diversos são os autores que consideram a causa de pedir um elemento identificador do objeto do processo¹⁴⁸⁷. Por outro lado, mesmo aqueles que limitam o objeto do processo ao pedido, ainda assim se valem da causa de pedir para enfrentar o problema de identificá-lo diante das discussões acerca da coisa julgada, como é o caso emblemático de Schwab e Rosenberg. Para avançar no estudo do objeto do processo, portanto, torna-se imperioso aprofundar o tratamento conceitual da *causa petendi*. Registre-se, porém, que não se trata de tarefa fácil. Na verdade, como bem destaca Maria Victória Bezosa Francos, "*el problema de la causa de pedir es el más complejo de cuantos plante alla identificación del objeto del proceso*"¹⁴⁸⁸.

A causa de pedir, enquanto componente individualizador do objeto do processo, será aqui analisada tendo em vista a sua função de identificar os fatos sobre os quais deverá pronunciar-se o órgão jurisdicional¹⁴⁸⁹, servindo, pois, como

¹⁴⁸⁶ Do mesmo modo, o art. 491 do NCPC prescreve que "na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização de juros, se for o caso".

¹⁴⁸⁷ Nesse sentido, além dos diversos autores já referidos, destaca-se Manuel Ortells Ramos, para quem "la causa de pedir es un elemento identificador del objeto del proceso, porque una misma petición (o peticiones iguales y aparentemente idénticas) puede estar fundada en diferentes causas de pedir, de modo (258) que, si nos limitáramos a considerar el elemento "petición" que ha quedado expuesto – no resultaría una plena identificación de la pretensión procesal objeto del proceso, ni sería posible distinguirla de pretensione que, fundadas en causa distinta, contengan una misma petición". RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000. p. 259).

¹⁴⁸⁸ BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria. *Demanda, 'causa petendi' y objeto del proceso*. Córdoba: El Almendro, 1984. p. 29. Na doutrina brasileira, comparando causa de pedir com o pedido e com as partes, Milton Paulo de Carvalho refere que "sobrelava a causa de pedir como o diapasão de sensibilidade maior que os outros", tratando-se, inclusive, de "um dos pontos mais intrincados do Direito Processual Civil". CARVALHO, Milton Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 79). Também nesse sentido, RICCI, Gian Franco. L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 46, n. 3, p. 842, sett. 1992.

¹⁴⁸⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 26.

elemento balizador dos poderes das partes e do juiz no processo civil. E, nessa perspectiva, já se pode adiantar uma conclusão: na medida em que a causa de pedir é integrante do objeto do processo o poder de trazê-la ao processo é exclusivo da parte autora¹⁴⁹⁰.

Costuma-se dizer que a causa de pedir consiste na razão, no porquê, no título da demanda¹⁴⁹¹. A grande dificuldade reside em estabelecer quais elementos são essenciais para formar as razões do pedido formulado pelo autor. Historicamente, duas grandes teorias foram desenvolvidas no direito alemão para lidar com essa questão. Tratam-se das teorias da substanciação e da individualização.

Segundo Fairén Guillén, o *leitmotiv* da controvérsia surgida no direito alemão residia nas palavras “fundamentação da demanda”, expressas na ZPO alemã, que entrou em vigor em 1879¹⁴⁹². O pano de fundo da discussão repousava na regra da eventualidade, segundo a qual a demanda judicial deve ser iniciada com toda a matéria litigiosa¹⁴⁹³. Trava-se, pois, de determinar se a expressão “fundamentação da demanda” era endereçada aos fatos ou somente ao direito a ser incluído na demanda, na medida em que, uma vez excluídos os fatos da causa de pedir, seria possível após a propositura da ação introduzir fatos novos no processo, sem que isso representasse modificação da demanda¹⁴⁹⁴. A repercussão prática do tema era

¹⁴⁹⁰ Nessa perspectiva, Montesano entende que permitir o juiz pudesse decidir fora dos limites da causa de pedir equivaleria a dizer que o juiz “può promuovere una nuova causa [...] che egli stesso deve decidere”. MONTESANO, Luigi. “Pubblico” e “privato” in norme del codice civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti. *Rivista di diritto processuale*. n. 4. Padova: CEDAM, 1992. p. 1015-1016). Arelado tanto a demanda quanto a causa de pedir à vontade das partes, refere Dino Buonsicriani: “nel processo civile la tutela giudiziaria è rimessa alla volontà del postulante; è l'attore a proporre la domanda; nel momento in cui propone la domanda, deve effettuare la scelta del giudice a cui rivolgersi e della controparte da convenire in giudizio; se questa scelta dipende dall'allegazione della *causa petendi*, è il postulante a dover esporre in fatto le ragioni della domanda; tale allegazione, anche se non necessaria per individuare il diritto controverso, cioè la pretesa, è necessaria per lo svolgimento del giudizio o meglio per la richiesta di tutela; dato che la richiesta di tutela è rimessa alla volontà di parte, anche l'allegazione della *causa petendi*, in quanto necessaria per tale richiesta di tutela, è rimessa al potere esclusivo della parte”. BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 72).

¹⁴⁹¹ GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 15.

¹⁴⁹² GUILLÉN, Víctor Fairén. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949, p. 23.

¹⁴⁹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 92.

¹⁴⁹⁴ GUILLÉN, Víctor Fairén. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949, p. 23. Nesse sentido, Santos e Giménez refere que “desde hace un siglo, aproximadamente, se viene discutiendo acerca de cuál de los dos elementos, el fáctico o el jurídico, es el más importante o, dicho de otra manera, cuál de ellos resulta decisivo a efectos de identificación del objeto de un proceso y de comparación con el objeto de otro proceso”. SANTOS, Andrés de La Oliva. GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. *Derecho procesal civil*:

extremamente importante, notadamente quando se estivesse diante de um sistema rígido de modificação da demanda¹⁴⁹⁵, como era o caso do antigo procedimento alemão, informado pela regra da eventualidade (*Eventualmaxime*)¹⁴⁹⁶.

Para a *teoria da individualização* a causa de pedir se completa com a identificação da relação jurídica da qual o autor afirma ser titular¹⁴⁹⁷. Trata-se, pois, da indicação de uma relação concreta, a partir da referência aos seus elementos característicos, dos quais ela se distingue de outra relação jurídica¹⁴⁹⁸. Por outro lado, a teoria da *substanciação* “*se sirve de una valoración de los hechos que originaron el derecho que se alega como violado a fin de caracterizar el objeto del proceso*”¹⁴⁹⁹. Assim, pode-se dizer que para essa teoria os fundamentos da demanda estão constituídos pelo conjunto de fatos em que o demandante apoia o seu pedido¹⁵⁰⁰.

Consequências práticas decorrem da adoção de uma ou de outra teoria. Desse modo, de acordo com a teoria da *individualização* tem-se que (i) a mudança dos fatos constitutivos no curso do processo não implica alteração da demanda¹⁵⁰¹. Assim, se é proposta uma ação para a tutela de um direito real baseado na compra e venda, pode o autor, diante, por exemplo, de uma defesa do réu em que alegada a invalidade do título, invocar outra causa para o seu direito de propriedade, como, por exemplo, a usucapião¹⁵⁰². Por outro lado, (ii) a sentença que decidirá a causa abarcará todos os fatos que poderiam estar compreendidos na relação jurídica que

el proceso de declaración. Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Madrid: Editorial centro de estudios ramón areces S.A, 2000. p. 50).

¹⁴⁹⁵ Sobre os fundamentos dos sistemas rígidos e flexíveis de modificação da demanda, ver PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 43-75.

¹⁴⁹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 92.

¹⁴⁹⁷ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 137.

¹⁴⁹⁸ SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción de la quinta edición alemana. Barcelona: Bosch, 1950, p. 166-167. Conforme Menchi “tale rapporto deve essere specificato non nella sua astratta normatività, ma in concreto, tramite la descrizione del suo contenuto e la indicazione del fatto, che lo ha causato (MENCHI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1987, p. 237).

¹⁴⁹⁹ GUILLÉN, Víctor Fairen. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949, p. 24.

¹⁵⁰⁰ SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción de la quinta edición alemana. Barcelona: Bosch, 1950, p. 166.

¹⁵⁰¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119. CARVALHO, Milton Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 82.

¹⁵⁰² RICCI, Gian Franco. L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 46, n. 3, p. 847, sett. 1992. ; ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 137.

serviu de causa de pedir, independentemente de terem sido alegados ou não. Assim, se o autor não obtém êxito na sua ação reivindicatória em razão de ser considerado nulo o seu título aquisitivo (por exemplo, um contrato de compra e venda), não será possível propor a mesma ação, alegando, agora, um fato constitutivo distinto, como é o caso da usucapião¹⁵⁰³.

Porém, uma vez adotada a teoria da substanciação, (i) a mudança dos fatos constitutivos no curso do processo resultará na alteração da demanda, mesmo que reste inalterado o pedido e o direito invocado¹⁵⁰⁴. Em contrapartida, (ii) no que diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada, os fatos que deixaram de ser alegados em determinada demanda não ficaram cobertos pelo efeito de exclusão da coisa julgada, admitindo-se, em demanda futura, a formulação do mesmo pedido, porém com base em outros fatos. Ainda, (iii) correspondendo os fatos alegados pelo autor ao suporte de mais de um direito subjetivo, ter-se-á cumulação de ações¹⁵⁰⁵.

Alguns autores costumam tratar de modo distinto a questão da causa de pedir conforme a natureza do direito material. Um bom exemplo disso pode ser encontrado em Chiovenda, considerado por José Rogério Cruz e Tucci, um obstinado defensor da teoria da individualização na Itália¹⁵⁰⁶. Chiovenda conceitua a causa de pedir a partir dos fatos. Isso é, sem dúvida, inegável, pois, para ele, a causa de pedir não é um fato natural puro e simples, mas, sim, um fato ou um complexo de fatos, apto a colocar em movimento uma norma de lei, vale dizer, um fato ou um complexo de fatos na sua idoneidade a produzir efeitos jurídicos¹⁵⁰⁷. Porém, o mestre italiano afirma, no tocante à causa de pedir, a existência de uma grande diferença entre ações reais e ações pessoais. Desse modo, diz que a ação reivindicatória tem por causa o direito de propriedade, o qual pode nascer, para o atual proprietário, por fatos jurídicos diversos, o que não faz com que esses fatos jurídicos materializem a causa de pedir, já que não é a aquisição da propriedade a

¹⁵⁰³ RICCI, Gian Franco. L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 46, n. 3, p. 847, sett. 1992. ; CARVALHO, Milton Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 83.

¹⁵⁰⁴ CARVALHO, Milton Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 83. SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción de la quinta edición alemana. Barcelona: Bosch, 1950, p. 173.

¹⁵⁰⁵ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 144.

¹⁵⁰⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 112.

¹⁵⁰⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azione. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium". *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 162-163. Tanto é assim que, para Chiovenda, "la causa petendi es el hecho constitutivo de la acción". CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1922. t. 1, p. 328.

causa da ação. Desse modo, a causa na ação reivindicatória não será nenhum dos modos de aquisição, mas, sim, o fato atual da propriedade. A questão jurídica irá radicar na questão jurídica da existência do direito de propriedade, ainda que a questão lógica se limite ao ponto de saber se existiu ou não, por exemplo, a compra e venda. A conclusão disso tudo aproxima Chiovenda da teoria da individualização, pois ele acaba entendendo que não há modificação da demanda quando se passa de um título de aquisição para outro. Do mesmo modo, a mudança do título de aquisição não neutralizará a exceção de coisa julgada caso, em uma futura demanda, volte-se a alegar o direito de propriedade¹⁵⁰⁸.

Na verdade, como bem advertiu Fazzalari, as duas teorias são pouco distantes uma da outra, de modo que se podem “*giustapporre come due facce della stessa realtà*”¹⁵⁰⁹. Tratam-se, na verdade, de dois pontos de vista – um que foca na alegação dos fatos constitutivos e outro que centra sua atenção para a relação jurídica – que, sob o prisma do suporte fático legal e dos seus efeitos jurídicos são perfeitamente compatíveis¹⁵¹⁰. Na verdade, nada disso representa novidade se lembrada a lição de Lent, para quem os fatos alegados somente adquirem valor para o processo quando identificados num suporte fático legal¹⁵¹¹.

Uma outra proposta de aproximação entre as teorias da substanciação e da individualização é realizada por Victor Fairén Guillen. Para ele, “*las doctrinas de la substanciación y de la individualización no se excluyen*”, na medida em que ambas buscam individualizar o objeto do processo, porém de maneiras distintas: “*la primera*

¹⁵⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, 1922, p. 329-330. Chiovenda acrescenta que “lo mismo puede decirse de los demás derechos absolutos: nosotros vemos en el hecho actual de la existencia de un hombre la causa de los derechos de libertad o de personalidad sin pensar en su nacimiento, sino como médio de probar su existencia. Por el contrario, una relación entre hombre y hombre no es inherente a la existencia del hombre ni de una cosa, sino que nos aparece como derivada inmediatamente de un hecho determinado que es la *causa de la relación* y remotamente de la acción. Por esto, el hecho constitutivo acompaña constantemente la relación personal como médio necesario para su identificación: cambiado el hecho, cambia la acción (*saepias autem debent potes!*)”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, 1922, p. 330). Uma variação da teoria de Chiovenda, pode ser encontrada, na Itália, na obra de Cerino Canova, que distingue a causa de pedir nas demandas “eterodeterminate” e “autodeterminate”. Com efeito, nos direitos autodeterminados, que podem ser individualizados pelos seus próprios caracteres estruturais, os fatos não integram a causa de pedir, a final o direito se individua por si só. É o caso do direito de propriedade, dos direitos reais de gozo, dos direitos de família e dos direitos de personalidade. CANOVA, Cerino. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto. Commentario del codice di procedura civile*. Torino: UTET, 1980. v. 1, t. 2, p. 177.

¹⁵⁰⁹ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 118.

¹⁵¹⁰ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 118-119.

¹⁵¹¹ LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953, p. 466.

*lo hace por medio de la diferenciación de los hechos; y la segundo a través de la del derecho*¹⁵¹². Consequentemente, para que se possa obter uma sentença de mérito é imprescindível que a questão esteja “*facticamente substanciada y jurídicamente individualizada*”¹⁵¹³. Note-se que, para chegar a essa posição, o autor espanhol parte do pressuposto que não basta ao autor realizar uma exposição amorfa dos fatos, mas, sim, uma enumeração ordenada dos fatos na medida em que tenham relevância, que sejam importantes para acomodar-se à norma jurídica que embasará a sentença¹⁵¹⁴. Isso já denota uma tomada de posição segundo os fatos não aportam ao processo como fatos naturais, mas como fatos com uma certa espessura jurídica.

A análise até aqui desenvolvida acerca da causa de pedir tem servido para deixar claro que toda a celeuma envolvendo a matéria reside na separação entre fato e direito. A dificuldade de se falar em fatos brutos – desprovidos de qualificação jurídica – bem como de um direito que existe sem fatos foi levando as duas grandes teorias a se bifurcarem, o que, longe de solucionar o problema somente veio a deixar ainda mais intrincada a questão relativa ao conceito de causa de pedir.

Nenhuma das grandes teorias que procuram explicar os limites do objeto do processo abrem mão dos fatos e deixam de considerá-los importantes. Tão evidente é a problemática envolvendo os fatos na caracterização do objeto do processo, que diversas controvérsias surgiram em torno de termos como “estado de fato” e “episódio da vida”. Gradualmente, dada a indissociabilidade entre fato e direito, a própria teoria da substanciação sem abandonar o seu cerne, que reside justamente na alegação dos fatos, incorporou o elemento direito na sua configuração.

Por um lado, os principais escritores sobre causa de pedir no direito brasileiro dão uma ênfase especial aos fatos. Em contrapartida, é comum que os fatos venham atrelados a sua relevância jurídica. Araken de Assis, por exemplo, afirma não haver dúvida de que “os fatos se ostentam essenciais, irremovíveis, indispensáveis”¹⁵¹⁵. José Rogério Cruz e Tucci, por sua vez, entende que o fato ou os fatos que têm o condão de delimitar a pretensão “são essenciais para configurar

¹⁵¹² GUILLÉN, Victor Fairen. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949, p. 71.

¹⁵¹³ GUILLÉN, Victor Fairen. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949, p. 73.

¹⁵¹⁴ GUILLÉN, Victor Fairen. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949, p. 24.

¹⁵¹⁵ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 141

o objeto do processo”¹⁵¹⁶. As coisas não são diferentes no direito italiano. De forma bastante robusta, Elio Fazzalari desenvolve a sua teoria no sentido de que o conteúdo da causa de pedir consiste na situação jurídica substancial. Para o jurista italiano, não são quaisquer fatos que entram no esquema de uma norma gerando determinadas consequências jurídicas e, desse modo, os fatos deduzidos pelo autor são os fatos constitutivos da situação jurídica substancial preexistente, vale dizer, o suporte fático concreto do qual deriva a posição de proeminência a respeito de um bem¹⁵¹⁷. Também Sérgio Menchi menciona que o “*il fatto costitutivo è, appunto, l’insieme delle circostanze, che sono riunite in una entità individua dai precetti giuridici*”¹⁵¹⁸, razão pela qual considera as teorias da substanciação e individualização somente aparentemente diversas. Afinal, exigir a descrição da concreta relação jurídica que serve de base à pretensão não seria algo distinto de pretender a alegação do fato histórico, circunscrito e modelado com base em um suporte fático normativo¹⁵¹⁹. Por fim, também no direito espanhol é possível ver, na obra de Andrés de La Oliva Santos e Ignacio Díez-Picazo Giménez, o entendimento de que fato e direito são importantes como elementos identificadores do processo a título de causa de pedir¹⁵²⁰.

Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil, mantendo a tradição que tem suas raízes no Código de 1939¹⁵²¹, exige, na petição inicial, a indicação do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido. Afirma-se, a propósito, que a causa de pedir é composta pelo fato (*causa remota*) e o fundamento jurídico (*causa próxima*), que estaria consubstanciado, conforme Cruz e Tucci, “*no enquadramento da situação concreta, narrada in status assertionis, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata*

¹⁵¹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 162.

¹⁵¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 122. Com isso, Fazzalari entende que “*in limine, il diritto soggettivo è dedotto in giudizio allo stato di asserzione (meglio si direbbe di ‘pretesa’ se il termine non fosse – come invece è – pregno di varii e contraddittorî significati: vederem come esso divenga, in seguito, oggetto della controversia e come finisca col presentarsi (nella ipotesi di sentenza di accoglimento) quale realtà accertata*”. FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 122-123).

¹⁵¹⁸ MENCHI, Sérgio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1987, p. 238.

¹⁵¹⁹ MENCHI, Sérgio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1987, p. 238-239.

¹⁵²⁰ SANTOS, Andrés de La Oliva. GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Madrid: Editorial centro de estudios ramón areces S.A, 2000. p. 50.

¹⁵²¹ Sobre a evolução histórica do tema no direito brasileiro, ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 152 e seguintes. Consultar também CARVALHO, Milton Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 83 e seguintes.

*sequência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica alvitada pelo autor*¹⁵²².

Contudo, essa tendência de desdobrar a causa de pedir em dois elementos é caudatária do dualismo que se propôs combater ao longo da presente pesquisa. No processo, o fato é matéria do direito ao mesmo tempo em que o direito é pensado como forma destinada ao fato. Daí o acerto de Mariana França Gouveia, para quem a causa de pedir é formada “*por aquelas razões de facto e de direito (sendo que são absolutamente confundíveis, inseparáveis), que permitem, na lógica do autor, ou numa outra lógica que o tribunal entenda aplicável, fundamentar determinado pedido*”¹⁵²³.

Não destoia desse entendimento o conceito de causa de pedir desenvolvido por Darci Guimarães Ribeiro. Segundo o professor gaúcho, a causa de pedir está formada pelo “*conjunto de fatos essenciais contemplados na situação de vantagem objetiva que servem de base à obtenção das consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo em um determinado momento no tempo e espaço*”¹⁵²⁴. Esse entendimento também é adotado, na Espanha, por Picó i Junoy, o qual afirma que “*la causa petendi esta formada por el conjunto de hechos esenciales que sirven de base para la obtención de las consecuencias jurídicas pretendidas por la parte em um determinado momento*”¹⁵²⁵. O que mais importa aqui, e que está no cerne dessa concepção teórica, é a afirmação de que “*fatos e direito, considerados isoladamente no processo, perdem todo o valor jurídico e não servem para identificar a causa de pedir*”¹⁵²⁶. Os fatos, portanto, estão intimamente atrelados às consequências jurídicas pretendidas pelas partes no processo, o que permite chegar à conclusão de que, se por um lado a causa de pedir não pode ser desdobrada em causa remota e

¹⁵²² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

¹⁵²³ GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 153-154. No direito brasileiro também segue a mesma linha Júlio César Goulart Lanes, nos seguintes termos: “conforme amplamente defendido na primeira parte do presente trabalho, a norma só ganha sentido quando em convívio com o fato, ao mesmo tempo, o fato só tem relevância ao processo quando tocado pela norma. Sem fato não há como se saber qual é a norma. Sem a norma, perante o processo, o fato desimporta. É por isso que para estruturação da petição inicial deve-se ter o olhar no fato e na norma, segundo, é claro, aquilo que é relevante para a demanda”. LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 156).

¹⁵²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n. 215, p. 61-85, jan. 2013. p. 66.

¹⁵²⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 28.

¹⁵²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n. 215, p. 61-85, jan. 2013. p. 66.

causa próxima, também o pedido não pode ser dissociado da causa de pedir. Somente é possível atribuir relevância jurídica aos fatos e visualizar fato e direito como um todo incindível se a causa de pedir for pensada numa relação inexorável com o pedido.

Todo esse arcabouço teórico acerca da causa de pedir permite que se possa avançar no tema, tendo por pressuposto o mote da presente investigação, a respeito da qual a causa de pedir, assume especial relevância, na medida em que, conforme Fazzalari “*l'allegazione 'dei fatti e degli elementi di diritto' costituisce il parametro per la determinazione dei doveri del giudice e dei poteri delle parti*”¹⁵²⁷. Porém, ao tentar desvendar os limites da atuação do juiz e das partes no tocante à causa de pedir, surgem diversos pontos nebulosos, os quais, de certo modo, encontram-se atrelados à problemática envolvendo a cisão fato e direito¹⁵²⁸. Tendo em vista esse panorama, será feita uma primeira abordagem a respeito da questão relativa à alegação dos fatos no processo e, num segundo momento, a partir de um olhar crítico acerca da separação fato e direito, serão levantados os problemas advindos dessa separação, notadamente quando se busca delimitar os poderes das partes e do juiz quanto ao direito.

4.1.2.2.1 Da Alegação dos Fatos e os Limites de Atuação do Juiz

A primeira questão que aqui se impõe esclarecer diz respeito ao significado jurídico do ato de alegação. Em primeiro lugar, a alegação não se configura como uma declaração informativa, mas, sim, como uma *declaração de vontade*¹⁵²⁹. Trata-se, pois, de um ato imperativo – que também pode ser qualificado como normativo,

¹⁵²⁷ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 126.

¹⁵²⁸ Sobre o tema, acrescenta-se, ainda, a crítica de Felipe Scalabrin, nos seguintes termos: “não é crível que nessa quadra da história se insista em manter a separação entre fato e direito como categorias distintas e não interpenetradas. O direito atual cobra as lentes da realização concreta e materializada no fato social tutelado, de modo que relação jurídica/fato jurídico/situação juridicizada não se desapega da realidade e deve sempre sofrer o influxo desta quando da sua jurisdicionalmente concretizada [...]. A reaproximação do Direito Processual com o Direito Material traz consequências. Dentre elas, a valorização do fato na incidência da solução jurídica e dos institutos processuais. Ou melhor, a recompreensão de determinados institutos, como a causa de pedir, a partir de uma visão hermenêutica. Desse modo, há um falso binômio nas teorias da substanciação e da individualização”. SCALABRIN, Felipe. *Causa de pedir e atuação do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 124-125).

¹⁵²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972, p. 121.

segundo Cappelletti – com o qual a parte fixa vinculativamente o juiz¹⁵³⁰. O ato imperativo distingue-se dos atos meramente informativos, na medida em que nesses não há uma vinculação do juiz, o qual poderá valorar a informação quanto à sua correspondência com a efetiva situação de fato narrada¹⁵³¹.

Na alegação dos fatos, portanto, a produção dos efeitos vinculativos se dá independente da verdade do fato, de modo que o juiz fica duplamente vinculado na medida em que deve “*prendere in esame tutte e soltanto le allegazioni proposte delle parti*”¹⁵³². Essa construção teórica, segundo a qual a alegação dos fatos encontra-se no âmbito de disposição das partes, pressupõe que o fato seja considerado elemento essencial da demanda ou, para usar a terminologia aqui adotada, do objeto do processo, o qual é composto pelo pedido e pela causa de pedir. Assim, o conceito de alegação como ato imperativo somente tem valor quando se faz alusão aos fatos essenciais contemplados no esquema normativo (direito objetivo) a partir o qual se confere a alguém uma vantagem objetiva.

Não é por acaso, pois, que Mauro Cappelletti, trata da alegação dos fatos como declaração de vontade. Trata-se de uma declaração de vontade pois a partir dela a parte declara querer pôr como base da própria ação ou exceção uma determinada situação de fato afirmada como causa do direito ou do contradireito feito valer em juízo¹⁵³³. O pressuposto dessa concepção está no entendimento de que somente mediante a alegação do fato – deduzido como fundamento de uma dada consequência jurídica que se faz valer em juízo – é possível precisar, no seu necessário elemento causal, o objeto litigioso (*res in iudicium deducta*) e com esse a *res iudicanda*¹⁵³⁴.

Com isso já se pode evidenciar que não é qualquer alegação de fato que tem caráter imperativo, mas, somente, a alegação dos fatos denominados essenciais ou

¹⁵³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 329.

¹⁵³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972, p. 121.

¹⁵³² CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 323. De acordo com Mauro Cappelletti, somente um processo inquisitório em sentido substancial as alegações deixame de ser um ato normativo vinculante, configurando-se, ao contrário, um mero ato informativo realizado pelas partes em juízo (Idem. Ibidem).

¹⁵³³ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972, p. 121.

¹⁵³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 331

principais. Aqui, assume relevância a distinção que se costuma fazer em sede doutrinária entre fatos essenciais ou fatos principais e fatos secundários. Os *fatos principais*, nada mais são que aqueles fatos dos quais é possível extrair consequências jurídicas¹⁵³⁵ e que, por conseguinte, delimitam o objeto litigioso¹⁵³⁶. A problemática envolvendo a configuração de um fato como principal ou secundário reside, portanto, no relacionamento fato e direito. Isso porque os fatos dos quais, segundo a doutrina, é possível extrair consequências jurídicas são aqueles “*integrativos da previsão da norma aplicável à pretensão*”¹⁵³⁷. Nesse sentido, Taruffo define os fatos principais (*material facts*) da causa como fatos institucionais, “*uma vez que são definidos como tais por uma norma jurídica*”¹⁵³⁸. Em contrapartida, tem-se que os *fatos secundários* são aqueles que, por representarem elementos marginais do “episódio da vida” deduzido em juízo, não incidem sobre o seu significado jurídico¹⁵³⁹. Dos fatos secundários, portanto, “*no se logra ninguna consecuencia jurídica directa capaz de justificar el petitum*”¹⁵⁴⁰. A importância e utilidade dessa classe de fatos reside na possibilidade que eles carregam de inferir a existência dos fatos principais, o que levou a doutrina a apelidá-los de fatos indiciários¹⁵⁴¹. São fatos dos quais se pode, direta ou indiretamente, inferir a

¹⁵³⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. La modificación de la demanda em el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de *mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 29. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 163.

¹⁵³⁶ BERZOSA FRANCO, Maria Victoria. Demanda, 'causa petendi' y objeto del proceso. Córdoba: El Almendro, 1984. p. 32

¹⁵³⁷ MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 135.

¹⁵³⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17. Conforme Taruffo, “o direito define e seleciona os fatos que podem ser considerados ‘em litígio’ em toda causa. De certa forma, então, os ‘fatos em litígio’ são sempre ‘institucionais’, uma vez que são definidos e determinados por meio da aplicação de uma norma jurídica. Entretanto, isso não implica dizer que ‘fatos brutos’ nunca possam ser considerados no contexto judicial, o que a verdade dos fatos em litígio não possa ser determinada. Por vezes, fatos brutos são importantes para a tomada da decisão, e.g. quando um fato é utilizado como elemento de prova circunstancial relativo a um fato em litígio. Dessa maneira, apenas os ‘fatos principais’ (*material facts*) da causa podem ser propriamente definidos como institucionais, uma vez que são definidos como tais por uma norma jurídica; pelo contrário, meros ‘fatos probatórios’ (*evidentiary facts*) não são necessariamente carregados de direito”. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17).

¹⁵³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 340.

¹⁵⁴⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. La modificación de la demanda em el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de *mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 29.

¹⁵⁴¹ MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 136. Registre, nesse sentido, que os fatos secundários “não são, pois (e por si só), factos absolutamente indispensáveis, como os primeiros [fatos principais]. Mas podem tornar-se realmente necessários para a prova da existência deles”.

existência ou inexistência ou então um modo de ser dos fatos jurídicos¹⁵⁴². No âmbito dos fatos secundários, a doutrina não vacila em admitir que podem eles ser conhecidos de ofício, na medida em que não têm aptidão para modificar o mérito da causa¹⁵⁴³.

Com relação à posição dos fatos no processo, Dino Buoncristiani diferencia a *introdução do fato*, a *indicação do fato* e a *alegação do fato*. A *introdução do fato* é entendida como uma atividade não consciente, que pode ocorrer quando, por exemplo, a parte produz um documento do qual lembra somente uma parte, não tomando posição sobre os fatos que resultam da parte do documento não mencionada. A mera *indicação do fato* é, por sua vez, entendida como a exposição consciente de um acontecimento. Por fim, a *alegação do fato* pressupõe de um valor determinado a um acontecimento¹⁵⁴⁴. De certo modo, pode se dizer que a *indicação do fato* estaria relacionada aos fatos secundários, enquanto a *alegação do fato*, aos fatos principais. Não é por outro motivo que o jurista italiano conceitua a alegação dos fatos “*come comunicazione di un significato quale risulta positivamente regolato dalle norme giuridiche*”. Com isso, tem-se como inexorável ao conceito de alegação dos fatos a atribuição de um significado normativo ao fato tomado a partir do ordenamento jurídico¹⁵⁴⁵.

Consequentemente, a expressão fato constitutivo é uma expressão impregnada de valor jurídico. O adjetivo atribuído ao termo fato “*indica che nell’orizzonte logico-ermeneutico del processo il fatto è costituito da un contesto di proposizioni*” que ora se designam como prova, ora como qualificação jurídica¹⁵⁴⁶. Isso nada mais é do que o reconhecimento da incindibilidade entre fato e direito, o que torna muito mais complexa a tarefa de delimitar a atuação do juiz quanto à

MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 136).

¹⁵⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 340.

¹⁵⁴³ Nesse sentido, ensina Leonardo Greco que “se o juiz deve respeitar a iniciativa das partes na proposição das questões de direito, não pode ele conhecer de fatos que levem a outros direitos, que não os alegados pelas partes, mas deve, sim, sem desfigurar a demanda e sem invadir a esfera de liberdade das partes, trazer ao processo quaisquer outros fatos que sirvam para provar os fatos jurídicos alegados pelas partes e, em caráter subsidiário”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1., p. 458.

¹⁵⁴⁴ BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile*: profili sistematici. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 28.

¹⁵⁴⁵ BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile*: profili sistematici. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 28.

¹⁵⁴⁶ NASI, Antonio. Fatto (giudizio di). In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1958-1993. p. 979.

alegação dos fatos. É que o fato assume sua espessura jurídica na medida em que, ao integrar a causa de pedir, volta-se à obtenção das consequências jurídicas pretendidas pela parte que o alega. Ocorre que, superada a visão estática do processo, numa perspectiva dinâmica tornam-se muito mais flexíveis e maleáveis os meandros de juridicidade do fato posto em causa. Por outro lado, não se pode esquecer que o processo não lida com fatos brutos, mas, sim, com enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Tais enunciados fáticos, no dizer de Taruffo, são definições linguísticas definidas pelas partes e pelo juiz, o que pressupõe a eleição de uma descrição do fato entre um número infinito de outras possíveis descrições¹⁵⁴⁷.

Uma vez estabelecido que o conceito de fato jurídico pode gerar uma série de complicações práticas, na medida em que não se trata de uma categoria estanque quando posta na dinâmica processual, cumpre registrar que a doutrina processual não costuma vacilar no sentido de vincular o juiz – em sentido positivo e negativo – às alegações de fato formuladas pela parte. Sobre o tema, diversos autores poderiam ser mencionados. Carnelutti, nesse sentido, entende *“che se un fatto non è affermato da alcuna dell parti il giudice non può ritenerlo esistente anche se abbia ragione di ritenerlo esistente”*¹⁵⁴⁸. Igualmente, Chiovenda considera que os fatos constitutivos devem ser afirmados e provados pelo autor, não podendo ser modificados pelo juiz¹⁵⁴⁹. Para Joan Picó i Junoy, *“a alegação da realidade fática discutida no processo se atribui em exclusividade aos litigantes”*¹⁵⁵⁰. Esse mesmo entendimento se repete em outros autores, como Eduardo Grasso¹⁵⁵¹, Dino Buoncristiani¹⁵⁵², Jaime Guasp¹⁵⁵³. Na doutrina brasileira, também não poderia ser diferente. Moacyr Amaral dos Santos, por exemplo, afirmava, que *“na determinação dos fatos por provar tem plena aplicação o princípio da disposição das partes, ficando o juiz vinculado à afirmação das partes com referência à apresentação dos*

¹⁵⁴⁷ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20.

¹⁵⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 94.

¹⁵⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azione. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 168.

¹⁵⁵⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 106.

¹⁵⁵¹ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 104.

¹⁵⁵² BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 43.

¹⁵⁵³ GUASP, Jaime. *Juez y hechos una el 406rocesso civil: uma crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del 406rocesso*. Barcelona: Bosch, 1943. p. 13.

fatos”¹⁵⁵⁴. Consequência disso é a proibição imposta ao juiz de “*relevar fatos não afirmados pelas partes bem como, em particular, abster-se de admitir a existência de fatos, embora a seu juízo, relevantes, quando não alegados pelas partes (quod non est in actis non est in mundo)*”¹⁵⁵⁵. Na doutrina nacional mais recente, Leonardo Greco considera que é o autor que deve descrever os acontecimentos do mundo da vida aptos a gerarem o seu direito, não tendo o juiz, sobre esses fatos, nenhuma iniciativa¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 1: parte geral, p. 109.

¹⁵⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 1: parte geral, p. 109. Registre-se que a doutrina, nesse campo, mostra-se preocupada em permitir que o juiz possa se valer, para o julgamento da causa, de conhecimentos adquiridos fora do processo por outra via que não pela alegação das partes. Como bem destaca Barbosa Moreira, tal “proibição tem fundamento muito razoável, na medida em que incide sobre matéria especificamente relacionada com o litígio, da qual o juiz haja tido ciência em função de circunstâncias personalíssimas, como se lhe acontecesse ter assistido, da janela de sua residência, ao acidente de trânsito, origem da ação de ressarcimento de danos perante ele proposta”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 61. Escapam dessa vedação, além dos fatos secundários, que podem ser levados em consideração pelo juiz mesmo quando não alegados, duas espécies de conhecimento: “a primeira é a dos fatos a cuja ciência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz (fatos *notórios*) [...] Ao lado desses fatos alinham-se precisamente as chamadas “regras de experiência”, que deles se distinguem por seu caráter de *generalidade e abstração*: não se trata agora de acontecimentos singulares, mas de noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro. São variadíssimas as fontes das regras de experiência: algumas têm base científica, embora já vulgarizadas e incorporadas à “sabedoria popular”, como a de que onde existem águas estagnadas proliferam mosquitos, ou a de que é de nove meses o período de gestação do ser humano, ou a de que as águas correm do nível mais alto para o mais baixo; outras relacionam-se com as artes (a abóbada com ogivas cruzadas é característica da arquitetura gótica), com a técnica (as máquinas de escrever elétricas reclamam do datilógrafo menor esforço), como exercício de profissões (os farmacêuticos lidam com substâncias venenosas), com as atividades comerciais e econômicas (a escassez de um produto no mercado acarreta a elevação do seu preço; a implantação de uma indústria aumenta a oferta de empregos na região”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62). No mesmo sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza 407roc parte nel sistema dell’oralità*: contributo 407ro teoria 407roc utilizzazione probatória del sapere 407roc parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 340 e seguintes.

¹⁵⁵⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1, p. 456. Nesse sentido, fica o juiz somente possibilitado de conhecer de ofício dos fatos secundários: “como permissivo da apreciação ex officio apenas dos chamados fatos simples, que são aqueles que o autor pode não ter alegado, mas que não implicam alteração da causa de pedir nem a mudança da base fática do seu direito, pois não são fatos constitutivos do seu direito (fatos jurígenos). Esses fatos simples apenas reforçam a existência dos fatos constitutivos alegados pelo autor, servindo para demonstrá-los. Essa regra também se aplica ao réu, porque o juiz não pode conhecer de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, como a novação ou o pagamento, mesmo que estejam nos autos, se o réu não os alegou, mas sim de fatos não aduzidos que sirvam para demonstrar a novação ou o pagamento arguidos”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1, p. 458.

Ademais, deve-se ressaltar que, normalmente, o poder de disposição acerca das alegações de fato costuma vir associada à indisponibilidade do direito subjetivo. Mauro Cappelletti, nesse sentido, considera que *“il potere monopolistico di chiederne la tutela giurisdizionale”* seria uma *“conseguenza del carattere privato del diritto soggettivo”*, razão pela qual referido poder também deveria *“estendersi anche a quell’atto, l’allegazione, dal quale la domanda risulta appunto identificata, individuata in uno dei suoi momento essenziali”*¹⁵⁵⁷. Há, por parte de significativa parcela da doutrina, uma tendência de atrelar o poder de disposição das partes no tocante à alegação do fato ao poder de disposição que reside no âmbito da demanda. Eduardo Grasso, na mesma linha de Cappelletti considera que *“la rilevazione d’ufficio di una sola “circostanza”, poichè esclude l’attuazione del principio della domanda e può limitare il principio del contraddittorio (se questo non sia sucessivamente provocato) da luogo ad una pronuncia vietata”*¹⁵⁵⁸ pelo ordenamento jurídico do direito italiano. Também Dino Buoncristiani considera que *“l’allegazione dei fatti, poichè è elemento costitutivo della domanda, non differisce dalla stessa quanto a natura (dichiarazione imperativa o normativa o di volontà; Willenserklärung) e quanto a funzione e disciplina”*¹⁵⁵⁹.

Por outro caminho – que, de certo modo, não exclui as conclusões dos autores antes referidos – sustenta-se, aqui, que a demanda é apenas o ato formal de iniciativa do processo e que, portanto, a alegação dos fatos é um ato de vontade que compõe o conteúdo da pretensão processual. Essa ótica permite que se coloque a autonomia privada (em sentido lato) como fundamento da limitação da atuação do juiz quanto aos fatos jurídicos alegados pelas partes. Nesses termos, a vontade individual constitui um *limite* aos poderes do juiz, de um duplice ponto de vista: o *início* e o *desenvolvimento* do processo civil (*princípio dispositivo*) enquanto não possam os órgãos jurisdicionais desenvolver a sua atividade senão em sequência a uma manifestação de vontade com a qual se pede a intervenção do Estado, e enquanto possam desenvolver a sua atividade *somente sobre matéria de*

¹⁵⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza 408roc parte nel sistema dell’oralità*: contributo 408ro teoria 408roc utilizzazione probatória del sapere 408roc parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 331.

¹⁵⁵⁸ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 104.

¹⁵⁵⁹ BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile*: profili sistematici. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 43.

cognição que as partes quiseram apresentar¹⁵⁶⁰. Daí a importância das lições de Guasp e do seu conceito de pretensão processual, na medida em, para ele, “*los términos en que tal pretensión está concebida delimitan también la extensión de la material sobre la que el Juez debe pronunciar*”, o que se dá em um duplo sentido: “*impidiendo que el órgano jurisdiccional falle sobre puntos no sometidos a su competencia y prohibiendo igualmente que alguna de las cuestiones propuestas quede sin solución*”¹⁵⁶¹.

De tudo o que foi exposto, pode-se concluir que a autonomia privada constitui o fundamento da limitação do juiz quanto aos fatos jurídicos alegados pelo autor. Os fatos, nessa dimensão, adquirem especial relevância na composição da pretensão processual e, portanto, do objeto do processo. Como a pretensão processual é uma declaração de vontade formulada pelo autor, ela vincula positiva e negativamente o juiz também quanto à causa de pedir e, conseqüentemente, aos fatos essenciais que servem de base para as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor. A questão, no entanto, torna-se mais complexa quando se cuida de estabelecer como e quando o fato ganha sua espessura jurídica. Afinal, mesmo um jurista como Calamandrei, que trabalhava a partir do paradigma da subsunção como modo de aplicação do direito, já apontava a dificuldade de se estabelecer a relação entre o fato e o direito, dada a imprecisão linguística do ordenamento jurídico¹⁵⁶². Tudo isso indica que o problema da limitação do juiz diante da qualificação jurídica dos fatos é ainda mais complexo e de difícil solução na dinamicidade do processo.

4.1.2.2 Limites de Atuação de Ofício do Juiz Quanto À Qualificação Jurídica e Às Consequências Jurídicas dos Fatos

Talvez o ponto em que fique mais evidente a problemática da conceituação da causa de pedir como *fatos e fundamentos jurídicos*, seja a da qualificação jurídica

¹⁵⁶⁰ ROCCO, Ugo. *L'autorità 409roc cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Arpino, 1916, p. 69.

¹⁵⁶¹ GUASP, Jaime. *Juez y hechos una el 409roceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del 409roceso*. Barcelona: Bosch, 1943. p. 35.

¹⁵⁶² Conforme Calamandrei, sempre que a lei, ao descreve os extremos do fato específico que ela contempla, se serve de palavras tomadas da vida prática em toda sua determinação, a norma, ainda quando pareça determinada, tem, pelo contrário, um campo de eficiência incerto já que está designado por meio de palavras cujo significado varia na apreciação subjetiva de uma pessoa ou outra. CALAMANDREI, Piero. *La genesis logica de la sentencia civil. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945. p. 397.

dos fatos. Que ao autor caiba o papel exclusivo de aportar os fatos jurídicos essenciais ao processo parece, portanto, não haver dúvida. No entanto, a mesma doutrina que entende serem os fatos elementos que recaem no âmbito de disposição das partes, considera que o direito entraria no âmbito de disposição do órgão jurisdicional.

Isso se deve ao fato de a divisão dos poderes entre as partes e o juiz ser, classicamente, efetuada a partir de uma nítida contraposição entre fato e direito, de modo que o fato dependia das partes e o direito era apanágio do juiz¹⁵⁶³. Em Rosenberg, por exemplo, fica bastante evidente a ideia segundo a qual *“el juez tiene el derecho y el deber de examinar desde cada uno de sus posibles puntos de vista jurídicos el estado de hecho presentado por el demandante, y al mismo tiempo su afirmación de derecho (da mihi factum, dabo tibi jus)”*¹⁵⁶⁴. Com efeito, a determinação e o acerto das normas a aplicar constituiriam atividades a respeito das quais o juiz não encontraria limites¹⁵⁶⁵. Isso porque a causa de pedir estaria centrada nos fatos, e não nas normas jurídicas, razão pela qual a modificação do espectro normativo da demanda não consistiria na sua modificação. Daí o dever imposto ao juiz de examinar de ofício a demanda sob todos os possíveis aspectos jurídicos¹⁵⁶⁶.

Indo mais a fundo no tema a doutrina passou a distinguir a *qualificação jurídica dos fatos* (fundamento legal) das *razões jurídicas* (fundamento jurídico). Com efeito, afirma-se que o juiz gozaria de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, para aplicar o direito sob o enquadramento jurídico que entender pertinente¹⁵⁶⁷. Desse modo, a mudança no enquadramento jurídico dos fatos em duas ou mais regras jurídicas não importaria cumulação de demandas e, do mesmo modo, o juiz estaria livre para aplicar, ao caso, norma jurídica diversa

¹⁵⁶³ NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretense controverse. *Rivista di diritto processuale*. V. 43. Parte II. Padova: CEDAM, 1988, p. 724.

¹⁵⁶⁴ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 31.

¹⁵⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azione. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 174.

¹⁵⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azione. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 167.

¹⁵⁶⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 208.

daquelas deduzidas pelas partes¹⁵⁶⁸. Passando para o plano das razões jurídicas, estas costumam ser entendidas como a repercussão jurídica dos fatos¹⁵⁶⁹, ou, ainda, como a consequência jurídica desejada pelo autor materializada no pedido¹⁵⁷⁰. Partindo dessa distinção, Darci Ribeiro menciona que as consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo “*impõem limites à atividade do juiz, porquanto identificam o objeto do processo*”, ao passo que “*a qualificação jurídica, uma vez que implica necessariamente na aplicação de uma norma jurídica, não vincula o juiz*”¹⁵⁷¹. Com efeito, quanto à qualificação jurídica dos fatos incidiria o brocardo *iura novit curia* e o seu corolário segundo o qual as partes devem trazer os fatos ao juiz (*da mihi factum*) e este deverá dizer o direito (*dabo tibi jus*).

Cabe registrar que o aforismo *iura novit curia* tem origem obscura, não sendo encontrado sequer no direito romano¹⁵⁷². Prestigiada doutrina sobre o tema considera que sua origem está na Idade Média, mais precisamente na França, onde, já no século XIII, se afirmava que a lei e o costume deviam ser conhecidos pelo juiz¹⁵⁷³. Afora as dúvidas quanto a sua origem e sua própria aplicação, pode-se dizer que ele é, conforme afiança Neil Andrews, praticamente desprezado no direito inglês¹⁵⁷⁴, e que não tinha aplicação no direito ático, pois neste a lei não tinha “*una*

¹⁵⁶⁸ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 141. Assim, “se alguém se vitimou em acidente de trânsito, na condição de passageiro de um ônibus e, na demanda reparatoria dos danos, aponta tanto as regras de responsabilidade contratual quanto extracontratual para amparar o pedido, trata-se de uma única ação”. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 140).

¹⁵⁶⁹ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 149.

¹⁵⁷⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

¹⁵⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n. 215, p. 61-85, jan. 2013. p. 74-75.

¹⁵⁷² BAUR, Fritz. Da importância da dicção 'iura Novit Curia'. *Revista de Processo*, São Paulo, v.1,n.3, p. 169-177, jul. 1976, p. 169.

¹⁵⁷³ MELENDO, Santiago Sentís. *El juez y el derecho (iura novit curia)*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-america, 1957. p. 16. Também no sentido da formação medieval do aforismo *iura novit curia*, Giovanni Brunelli, segundo o qual “questo aforisma, molto lusinghiero per la curia, è di formazione medioevale, quando la conoscenza del diritto era patrimonio esclusivo degli uomini di legge e le leggi non erano così numerose e di rapido rinnovamento come oggi, in cui è difficile che anche giureconsulti esperti e attenti abbiano conoscenza del patrimonio legislativo del proprio Stato”. BRUNELLI, Giovanni. “Voce” *iura novit curia*. In: *Nuovo digesto italiano*. A cura di Mariano D’Amelio con la collaborazione di Antonio Azara. v. XVII. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938, p. 474). Em sentido contrário, Carmelo Sapienza, entende que o *iura novit curia* começou a formar-se com a época imperial romana. SAPIENZA, Carmelo. Il principio “*iura novit curia*” e il problema della prova delle leggi straniere. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 15, p. 41-42, 1961.

¹⁵⁷⁴ Nesse sentido, Neil Andrews defende a necessidade de incorporação do *iura novit curia* ao direito inglês, ao afirmar que “às vezes, os juizes não podem explorar o fundamento jurídico de um caso, porque os advogados, de ambas as partes, pretendem restringir a discussão, possivelmente por razões de estratégia, ou porque lhes falta tempo. O direito inglês precisa

*posizione diversa dagli altri strumenti; anch'essa, sicchè non si provi, è legittimamente ignorata. Iura non novit curia*¹⁵⁷⁵. Alguns autores chegam, inclusive, a afirmar que se trata de “*un principio apócrifo, cuya estructura lingüística no soporta el menor análisis jurídico*”¹⁵⁷⁶, contestando, duramente a sua aplicação.

Ademais, não são raros os juristas que limitam sua aplicação frente à possibilidade de o juiz conhecer normas antigas e de direito estrangeiro¹⁵⁷⁷, dando a entender que a análise que a expressão *iura* está ligada ao direito objetivo, e não ao direito subjetivo¹⁵⁷⁸, solução que redundava naquilo que tem prevalecido como o seu real significado. Com efeito, a partir do referido brocardo, objetiva-se atribuir ao juiz o dever de aplicar a lei de ofício, independentemente não somente das provas, mas também das alegações que são feitas pelas partes¹⁵⁷⁹. No seu espectro de ação estaria a ampliação dos poderes do juiz relativamente à matéria jurídica da causa.

Uma proposta de limitação dos poderes do juiz diante do brocardo *iura novit curia* pode ser encontrada a partir da noção de objeto do processo. Com efeito, a mudança do ponto de vista jurídico sem modificar os fatos, ainda que represente uma variedade de qualificações jurídicas, não seria vedada se a causa de pedir permanecesse inalterada¹⁵⁸⁰. Desse modo, quando as partes submetem ao juiz determinada situação jurídica controvertida, requerendo a aplicação de uma lei que

adotar o princípio tão tradicional e tão bem delineado em alguns países de civil law, no sentido de que o juiz é quem deve dizer o direito: iura novit curia [...] os juízes ingleses aceitam a análise judicial do caso feita pelos advogados, contando com eles na sua busca da solução jurídica para o caso. ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 119, fev. 2011.

¹⁵⁷⁵ PAOLI, Ugo Enrico. *Studi sul processo attico*. Con introduzione di piero calamandrei. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1933, p. 66. Acerca da lei como prova e como argumento, ver, no vernáculo, Elício de Cresci Sobrinho, para quem “no direito grego (melhor, ático) os julgadores não estavam obrigados ao conhecimento oficial da lei, explicável isso pelo aspecto da formação leiga daqueles; afasta-se, assim, o princípio conhecido por “*iura novit curia*”, válido para os romanos e para nós”. CRESCI SOBRINHO, Elício de. Fundamentos histórico-retóricos da teoria geral da prova. Revista de Processo, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 47, jul. 1991.

¹⁵⁷⁶ FIGUEROA, Briosso. *La autarquia del derecho en la interpretación de los jueces*. Prólogo de Carlos Ayarragaray. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961. p. 75.

¹⁵⁷⁷ Nesse sentido, SATTA, Salvatore. “*Iura novit curia*”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 9, p. 380-385, 1955; SAPIENZA, Carmelo. Il principio “*iura novit curia*” e il problema della prova delle leggi straniere. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 15, p. 41-98, 1961.

¹⁵⁷⁸ Nesse sentido, MELENDO, Santiago Sentís. *El juez y el derecho (iura novit curia)*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-américa, 1957.

¹⁵⁷⁹ SAPIENZA, Carmelo. Il principio “*iura novit curia*” e il problema della prova delle leggi straniere. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 15, p. 42, 1961.

¹⁵⁸⁰ FERRANDIZ, L. Prietro-Castro. *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1964. p. 226.

não é aplicável ao caso, poderá o magistrado suprir as deficiências das partes e aplicar a norma do caso, desde que o objeto do processo não seja modificado¹⁵⁸¹.

Nessa perspectiva, em que a qualificação jurídica dos fatos se apresenta como fenômeno distinto das suas razões jurídicas, podem ser levantados alguns exemplos. O autor deduz sua pretensão processual postulando a anulação de um determinado negócio jurídico, fundamentando seu pedido em fatos jurídicos que ele qualifica como hipótese de dolo. O juiz estaria livre para valorar esses fatos como coação e deles extrair as consequências jurídicas pelo autor (anulação do negócio jurídico) na medida em que a nova valoração jurídica teria o condão de impor os mesmos resultados, vale dizer, as mesmas consequências jurídicas (art. 171, II, Código Civil)¹⁵⁸². Portanto, a nova qualificação jurídica atribuída aos mesmos fatos narrados pelo autor não importa em mudança da causa de pedir.

Um outro exemplo, sem dúvida mais complexo, pode ajudar para evidenciar a complexidade da matéria. Em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a parte autora deduziu sua pretensão processual a fim de ser indenizada por danos extrapatrimoniais decorrentes do fato de ter sido diagnosticada grávida em exame de sangue realizado pela parte ré – um laboratório de análises clínicas – e, posteriormente, em razão de um novo exame, ter constatado que aquele diagnóstico estava errado. O conjunto fático narrado foi qualificado como “falha no serviço” (art. 14, CDC), sendo que dele se extraiu como consequência jurídica o dever de indenizar imputável à parte ré. Nisso residiria a causa de pedir da pretensão condenatória formulada pela autora. Em sede de recurso de apelação, a parte autora qualificou os fatos jurídicos como falha do dever de informação e violação ao princípio da transparência (art. 14, CDC). O órgão julgador considerou que se tratava de uma nova causa de pedir e não conheceu o recurso no ponto¹⁵⁸³.

Esse segundo exemplo deixa bastante claro que a tarefa de qualificar juridicamente os fatos não é algo simples. Na verdade, se a autora tivesse deduzido na inicial que o diagnóstico do primeiro exame não trazia nenhuma informação sobre exatidão do exame e respectivas margens de erro – ainda que não tivesse dado

¹⁵⁸¹ BRUNELLI, Giovanni. “Voce” iura novit curia. In: *Nuovo digesto italiano*. A cura di Mariano D’Amelio con la collaborazione di Antonio Azara. v. XVII. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938, p. 474.

¹⁵⁸² Essa mesma questão é trazida, em diversos enfoques, por ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 145.

¹⁵⁸³ Apelação Cível Nº 70052561974, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/08/2013.

relevância jurídica a esse fato – seria possível valorá-lo como falha do dever de informação? Não há como oferecer uma resposta peremptória para a questão sem uma análise minuciosa do caso, o que já denota a dificuldade de tratar da causa de pedir a partir de uma separação rígida entre fato e direito. Afinal, dizer que a causa de pedir é composta pelos fatos e pelas consequências jurídicas que deles decorrem, mas colocar, no meio do caminho, uma total maleabilidade da qualificação jurídica dos fatos é uma alternativa que, ao mesmo tempo em que se presta a precisar os limites de atuação do juiz quanto à causa de pedir, não consegue se desvencilhar da problemática envolvendo a separação fato e direito.

Talvez seja necessário, no ponto, fazer justiça à Chiovenda, o qual, conforme referido anteriormente, afirmava que nas ações envolvendo direitos reais o direito de propriedade era o fato que serviria para individualizar a causa de pedir, dele decorrendo as consequências jurídicas pretendidas pelo autor¹⁵⁸⁴. A dicotomia substanciação e individualização, nesse exemplo, costuma se fazer presente, na medida em que a grande maioria dos autores entende que, nos direitos reais, *“la deducción de su contenido y de su objeto es suficiente para una perfecta delimitación de cuál sea el objeto litigioso”*¹⁵⁸⁵. Ocorre que a propriedade, uma vez deduzida como causa de pedir para uma ação, por exemplo, reivindicatória, não deixa de ser um fato jurídico, cuja comprovação, por exemplo, poderá circunscrever-se à apresentação da matrícula do imóvel. Saber se a aquisição da propriedade se deu por usucapião, compra e venda ou qualquer outro negócio jurídico translativo de domínio é uma questão, em princípio, sem nenhuma importância diante da alegação de propriedade realizada mediante a apresentação da matrícula do imóvel, uma vez que o que se controverte é o direito do proprietário reaver a coisa. É tão relevante, nesse caso, que o autor alegue ser proprietário quanto alegue a posse injusta do réu. É nesse conjunto de alegações fáticas que estará consubstanciada a causa de pedir. Fato e direito, nesse caso, se interpenetram para formar a causa de pedir,

¹⁵⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, 1922, p. 329-330.

¹⁵⁸⁵ BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria. Demanda, 'causa petendi' y objeto del proceso. Córdoba: El Almendro, 1984. p. 34. Ainda conforme Araken de Assis, “na moderna doutrina italiana, a tendência de estimar dispensável, nas ações fundadas em direito absoluto, a cabal descrição dos fatos. Tempera, ainda, a função dos fatos nas ações constitutivas, em proposição extensiva às ações executivas da classificação quinária, e libera o autor da sua completa narração, substituída pela indicação do direito formativo invocado na demanda. Mas, nas ações baseadas em direitos relativos, de força declarativa ou condenatória, mister se afigura a exposição do fato ou fatos que originaram o direito alegado pelo autor”. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 137).

embora os fatos que serviram de fundamento ao direito de propriedade sejam de menor relevância na medida em que o autor não postula, na ação reivindicatória, simplesmente ser declarado proprietário.

De tudo isso, pode-se concluir que é impossível visualizar os fatos jurídicos (fato e direito) no âmbito da causa de pedir separando-a do pedido. É do complexo causa de pedir e pedido que será possível conferir aos fatos o seu adequado sentido jurídico. Ademais, a questão envolvendo a qualificação jurídica dos fatos continua sendo um problema insolúvel na medida em que pressupõe uma rígida separação entre fato e direito, assim como uma perspectiva meramente estática do fenômeno jurídico. No final das contas, é possível traçar travejamento dos limites de atuação do juiz e das partes no processo, que parte do monopólio do autor quanto à pretensão processual e, conseqüentemente, quanto à alegação dos fatos e ao pedido. Na dinâmica do processo, porém, essa linha divisória vai se apagando e tornando-se nebulosa tendo em vista a interação constante entre fato e direito, bem como a ativa participação de todos os agentes do processo na formação do *thema decidendum*.

Esse “apagar da linha divisória” entre limites de atuação das partes e os limites de atuação do juiz no curso do processo somente pode ser bem explicitado a partir da matriz hermenêutica adotada nesta investigação. A tentativa de cindir fato, qualificação jurídica dos fatos e qualificação jurídica dos fatos constitui um verdadeira ilusão metafísica, que tem por pressuposto a cisão entre sujeito e objeto tão duramente criticada na hermenêutica filosófica. Não existem, no processo, fatos desnudos que esperando receber um catálogo jurídico posterior. O intérprete – e aqui podem ser inseridas as partes e o juiz – lidam com fatos linguisticamente construído a partir de uma certa pré-compreensão do “jurídico”, que vai se refinando e detalhando ao longo do debate processual, numa espécie de círculo hermenêutico. Somente é possível falar dessas categorias no modo abstrato como faz a doutrina processual num esforço de análise que sempre chega depois do caso. Essa cisão é, portanto, um recurso analítico que somente pode ser empregado depois do caso concreto, e que, portanto, não consegue lidar com o problema prático-concreto que dá vida ao processo. É justamente por isso que um esquema abstrato de divisão de trabalho entre o juiz e as partes somente pode servir de indício daquilo que constitui o desejável quanto aos poderes do juiz e das partes quanto, por exemplo, à causa

de pedir. Tal esquema, porém, é incapaz de dar conta da realidade do caso concreto e todas suas especificidades.

4.1.2.3 Exceções Substanciais e Limites da Atuação de Ofício do Juiz

O temática envolvendo o estudo das exceções substanciais é muito pouco explorada pela doutrina processual. Seu estudo, no entanto, é de grande importância, na medida em que, a partir dele, é possível traçar limites à atuação oficiosa do juiz no processo civil. Daí a necessidade de avançar no seu estudo nos próximos itens.

4.1.2.3.1 Da Exceção Substancial como Contradireito do Réu

A primeira dificuldade teórica relativa às denominadas “exceções substanciais” reside na falta de precisão que o termo “exceção” recebe no direito moderno. Comumente, conforme afiança Serpa Lopes, ele é utilizado para designar qualquer meio empregado pelo réu no sentido de “escapar dos efeitos da demanda”¹⁵⁸⁶. Um mergulho na história do conceito jurídico de exceção indo até o direito romano, no entanto, poderá prestar um significativo auxílio para que se torne possível compreender como, do direito atual, o conceito foi sendo baralhado para significar, simplesmente defesa do réu.

A *exceptio* no direito romano surge com a introdução do procedimento *per formulas*¹⁵⁸⁷, assim denominado por estar caracterizado pela fórmula (um esquema normalmente redigido na forma escrita)¹⁵⁸⁸ que o magistrado (pretor) entregava ao autor para que pudesse fazê-la valer frente ao juiz (*iudex*)¹⁵⁸⁹. Cabe lembrar que,

¹⁵⁸⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 11.

¹⁵⁸⁷ MILONE, Filippo. *La exceptio doli (generalis)*: studio di diritto romano. Napoli: Riccardo Marghieri di Gius, 1882, p. 6.

¹⁵⁸⁸ COSTA, Emillio. *Perfilho storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918, p. 28.

¹⁵⁸⁹ ALSINA, Hugo. *Defensas y excepciones*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-américa – EJE, 1958, p. 14. A introdução do processo formulário ocorreu entre 149 e 126 a.C., por força da *Lex Aebutia*. Gradualmente, com o advento da *Lex Julia iudiciorum publicorum* e da *Lex Julia iudiciorum privatorum*, por volta de 17 a.C., o processo da *Legis Actiones* foi praticamente abolido, persistindo, somente, nas ações de *damnum infectum* e nos processos que se desenvolviam no tribunal dos centúviro. Nesse sentido, COSTA, Emillio. *Perfilho storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918, p. 29. GIORDANI, Mário Curtis. *Processo civil romano*: noções elementares. São Paulo: Idéias e Letras, 2010. p. 88. Segundo Villey, o advento do processo *per formulas* decorreu do desenvolvimento comercial em Roma, que trouxe consigo o fato de numerosos estrangeiros, itálicos, helenos, terem recebido a cidadania. Eles, “vêm

nesse estágio do processo civil romano, havia uma divisão do processo em duas fases: a fase *in iure*, desenvolvida perante o pretor, e a fase *apud iudicem*, que se desenvolvia perante o *iudex*. Com efeito, pretor emitia uma instrução escrita ao *iudex* para um ulterior procedimento e para a decisão definitiva da causa mediante a sentença¹⁵⁹⁰.

Nesses termos, o processo *in iure* iniciava com a *editio actiones* mediante a qual o autor indicava a sua *actio* que entendia fazer valer contra o réu. Diante da *editio actiones* do autor, o réu poderia opor uma absoluta negação dos fatos que constituíam o pressuposto da sua pretensão ou, ainda, reconhecer a existência dos fatos e contrapor outros, os quais valeriam para elidir as consequências jurídicas pretendidas pelo autor. Fazendo isso, o réu postulava ao magistrado que os fatos por ele alegados fossem levados em conta por meio de uma *exceção* inserida na

povoar a cidade de Roma e traficam com os romanos no rico mercado em que se tornou a capital do Império. Têm de facto conflitos jurídicos entre si e com os romanos. Procuram o pretor responsável pela ordem da cidade. Que fará este? Ele não pode organizar o litígio dum peregrino segundo as formas que não são acessíveis senão aos romanos. Resolverá imitando o mais possível o processo romano; suprimindo apenas as formalidades arcaicas e inúteis do velho direito quiritário, que não têm mais aqui razão para serem respeitadas; inspirando-se, sempre que possível, nos costumes mais práticos da Grécia, nos hábitos dos próprios peregrinos. O pretor acolhe, pois, o estrangeiro no seu tribunal; dar-lhe-á um juiz como faz ao cidadão romano. E (eis onde se faz sentir a influência grega, como trabalhos recentes o demonstraram), convidará os litigantes a inscreverem, numa fórmula escrita, as suas pretensões exactas das quais o juiz deverá confirmar o fundamento e as condenações precisas, cuja conclusão lhe é pedida". VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Editora Resjuridica, 1991. p. 58-59).

¹⁵⁹⁰ SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana; esercizio e difesa dei diritti*. Roma: Anonima Romana, 1936, p. 110. Mais precisamente, Scialoja define a fórmula como "un'istruzione scritta colla quale il magistrato nomina il giudice, e fissa gli elementi sui quali questi dovrà fondare il suo giudizio, dandogli anche il mandato, più o meno determinato, per la condanna eventuale nella sentenza, o per l'assoluzione". SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana; esercizio e difesa dei diritti*. Roma: Anonima Romana, 1936, p. 111). A formulaera composta pela *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* e *condemnatio*. Segundo a lição de Scialoja, "La *demonstratio*, como indica la parola stessa, è in sostanza una enunciazione del fatto che forma la base della lite. Si badi, però, di non incorrere in un errore, a cui può dar pretesto il modo in cui si esprime Gaio; fatti enunciati nella *demonstratio* in un modocosi positivo, sembrano affermati dal pretore al giudice e posti quasi fuori d'ogni ulteriore contestazione e dubbio, ma non è così; il giudice deve ricercare primieramente se il fatto dedotto nella *demonstratio* sia vero, ricerca che viene appunto indicata nella parola *quod* colla quale incomincia la formula [...] L'*intentio*, dunque, è quella parte della formula, nella quale l'attore conclude, ossia, espone succintamente la sua domanda [...] il giudice deve attribuire la cosa, o parte della cosa, o diritti sulla cosa ad alcuno dei litiganti, attribuzione che gli è demandata mediante questa parte speciale della formula, che è l'*adiudicatio* [...] La condanna, dunque, è l'ultima parte della formula, ed è quella colla quale si giunge ad un risultato esecutivo; il giudice, *si paret* tutto ciò che è contenuto nella *demonstratio* e nell'*intentio*, condanna, *si non paret*, assolve; e deve condannare a tutto ciò a cui è stato delegato dal magistrato". Além disso, como destaca Scialoja, "una parte della formula, che non è menizonata da Gaio, ma anche è presupposta, è la nomina del giudice, al quale, come sappiamo, si rivolge il contenuto della formula". SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana; esercizio e difesa dei diritti*. Roma: Anonima Romana, 1936, p. 111-113).

fórmula, acerca da qual teria lugar o *iudicium*¹⁵⁹¹. Consequentemente, o magistrado indicava os fatos alegados pelo réu na fórmula no formato de exceção, vale dizer, “*exceptuando y excluyendo de lo que ha fijado en la intentio, el caso en que, por ejemplo, hubiese ocurrido dolo, violencia o cualquier otro hecho alegado por el defensor*”¹⁵⁹². Com isso, objetivava-se mitigar o rigor do direito civil, evitando que uma sentença justa em direito, fosse injusta em juízo de equidade, na medida em que o direito civil somente levava em conta a forma externa dos atos, não considerando os vícios da vontade¹⁵⁹³. Didaticamente, a fórmula da exceção pode assumir a seguinte veste, como exemplifica Michel Villey: “*parece que X deve mil. A menos que tenha havido dolo do credor. Juiz, condena X a pagar mil ao litigante Y*”¹⁵⁹⁴.

Essa breve alusão ao direito romano deixa suficientemente claro que o termo exceção nasceu como um meio de neutralizar o direito do autor, situando-se no plano do direito material, e não do processo. Ademais, diferenciava-se a exceção da mera negação dos fatos alegados pelo autor. Foi no processo civil moderno que, segundo Mortara, todos os meios dos quais o réu se vale para a rejeição da demanda do autor passaram a receber o nome de exceção¹⁵⁹⁵. Quem primeiramente combateu de modo incisivo referida simplificação operada em relação ao uso do termo exceção, no bojo do processo, foi Oskar Bülow. Após um profundo estudo das exceções no direito romano, o jurista alemão inicia o capítulo oitavo da sua obra essencial para o estudo do direito processual civil, reafirmando que a *exceptio*,

¹⁵⁹¹ MILONE, Filippo. *La exceptio doli (generalis): studio di diritto romano*. Napoli: Riccardo Marghieri di Gius, 1882, p. 31.

¹⁵⁹² ORTOLAN, M. *Compendio del derecho romano*. Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 177. Desse modo, “come le formule delle azioni ordinarie, così anche le formule delle più comuni eccezioni erano proposte nell’editto, ed erano scritte nell’ultima parte; sicchè, mentre, come vederemo in seguito, l’attore domandava: mi si conceda questa tale azione, e la designava addirittura col dito sull’editto, il convenuto diceva: io voglio che si inserisca questa eccezione, indicandola allo stesso modo”. SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana; esercizio e difesa dei diritti*. Roma: Anonima Romana, 1936, p. 118).

¹⁵⁹³ De acordo com Alsina, “fueran introducidas por los pretores para mitigar los rigores del derecho civil, evitando que una sentencia justa en derecho, fuera injusta en equidad, pues el derecho civil sólo tenía en cuenta la forma externa de los actos y no consideraba los vicios de la voluntad; bastaba que se hubieran cumplido los requisitos de la *estipulatio* sin que le restara validez la circunstancia de que el consentimiento se hubiera obtenido por error, dolo o violencia. La excepción, que el magistrado incluía en la fórmula a requerimiento del demandado, autorizaba al juez por razones de equidad, a tener en cuenta esas circunstancias”. ALSINA, Hugo. *Defensas y excepciones*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-america – EJE, 1958, p. 17).

¹⁵⁹⁴ VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Editora Resjuridica, 1991. p. 62.

¹⁵⁹⁵ MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1910. v. 1, p. 26.

assim como a *actio*, “*pertenecen, por su contenido, al derecho material exclusivamente*”¹⁵⁹⁶. Para ele, toda as exceções fariam referência somente à “*relación litigiosa material (la res in iudicium deducta)*”, e nunca à forma da demanda ou do processo¹⁵⁹⁷. No fundo, sua teoria busca evidenciar que o conceito de exceção processual é imprestável constituindo “*un esquema vacío, carente de fundamento*”¹⁵⁹⁸, devendo ser abandonada essa expressão e substituída pela expressão *presupuestos procesuales*¹⁵⁹⁹, seara pertinente, pois, ao direito público e que escaparia do âmbito de disponibilidade das partes, razão pela qual poderiam ser analisados de ofício pelo juiz¹⁶⁰⁰. Essa distinção terminológica é extremamente importante, embora nem sempre seja observada pela doutrina¹⁶⁰¹.

Sob esse primeiro aspecto, deixa-se claro que o termo exceção substancial é, de certo modo, uma redundância, na medida em que, na sua gênese, o conceito de exceção está atrelado inevitavelmente ao direito material. No plano das defesas substanciais, costuma-se distinguir a defesa direta e a defesa indireta. Na primeira, o réu limita-se a negar os fatos alegados na demanda ou as consequências jurídicas pleiteadas pelo autor, ao passo que, na segunda ele invoca fatos novos tendentes a influir sobre a existência ou vida do direito afirmado pelo autor¹⁶⁰². Nessa segunda

¹⁵⁹⁶ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 252.

¹⁵⁹⁷ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 252.

¹⁵⁹⁸ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 290. Tradução livre: “*um esquema vazio, carente de fundamento*”.

¹⁵⁹⁹ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 302.

¹⁶⁰⁰ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 296-297. No fundo, a posição defendida por Bülow na obra que serviu de base para a formação da ciência processual tinha o objetivo mais profundo de conferir maiores poderes ao juiz, para que este pudesse, enquanto representante do Estado, agir de ofício no tocante às questões pertinentes à relação jurídica processual. Verifica-se, aqui, a estreita vinculação de Bülow com o movimento do direito livre, o que ficaria ainda mais evidenciado na sua obra posterior denominada *Lei e Magistratura (Gesetz und Richteramt)*, publicada em 1885. Sobre o tema, consultar o que foi escrito no item 2.4.1.4 deste capítulo.

¹⁶⁰¹ Apenas para exemplificar, pode-se mencionar o pensamento de Eduardo Couture, o qual refere que “en múltiples casos, la excepción es un medio legal de denunciar al juez la falta de presupuestos necesarios para la validez del juicio”. Justiça seja feita, porém. Couture, apesar de pecar na precisão terminológica, aduz que “los presupuestos procesales no necesitan excepción y pueden hacerse valer de oficio por el juez”. COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, p. 51.

¹⁶⁰² DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 334-335. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro* (Código de 1939). V. 2. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, p. 225. No direito romano, segundo Filipo Milone, as defesas de mérito poderiam ser ordenadas em três classes: “1. Difese consistente nel negare che il diritto dello attore abbia mai avuto esistenza, sia impugnando il fatto materiale che vi serve di fondamento (*traditio, stipulatio ecc.*), sia impugnando la validità giuridica del fatto medesimo (per *dementia, minor aesta ecc.*). E queste vengon dette negazione semplici

hipótese enquadram-se as chamadas exceções substanciais, as quais têm, como primeira característica, pressupor a alegação de fatos novos pelo réu. Afirma-se, então, que “o réu sai para fora do terreno em que o autor se colocou e socorre de fatos diversos daqueles em que se funda a petição”¹⁶⁰³.

O segundo elemento do conceito de exceção substancial está na impossibilidade de o juiz conhecer de ofício dos fatos alegados pelo réu. O âmago do termo exceção, desse modo, estaria na impossibilidade do juiz dela conhecer sem provocação da parte¹⁶⁰⁴. Avançando no tema, porém, depara-se com uma subdivisão doutrinária no âmbito das exceções substanciais, segundo a qual nem sempre que o réu alega um fato novo como fundamento de sua defesa se estaria diante de uma exceção propriamente dita. Chiovenda, nesses termos, fala em exceção em sentido impróprio quando “*si ottiene il rigetto della domanda perchè l’azione o non è mai nata o è venuta meno anteriormente alla eccezione*”¹⁶⁰⁵. Muito similar é a lição de José Alberto dos Reis, responsável por agrupar os fatos extintivos em duas classes, quais sejam, (i) a dos fatos que excluem por si mesmo o direito do autor e a (ii) dos fatos que somente excluem o direito por vontade do

o absolute. 2. Difese dirette a sostenere che il diritto dell’attore per un fatto susseguente abbia cessato di esistere: dove al diritto da prima esistito si oppone un fatto che è venuto a distruggerlo (p. e. *usucapio, solutio*), e con ciò se non si nega l’esistenza sua originaria, pur si nega l’attuale. E soglion queste chiamarsi negazioni relative o qualificate. 3. Difese con le quali, senza negare il diritto dell’attore, anzi ammettendolo, vi si contrappone un altro diritto che viene ad eliderlo. Qui il diritto dell’attore si suppone nato ed esistente, ma si sostiene che per un diritto contrario, sorto insieme con esso o di poi, non debba conseguire il suo effetto. E tali difese costituiscono le eccezioni propriamente dette”. MILONE, Filippo. *La exceptio doli (generalis): studio di diritto romano*. Napoli: Riccardo Marghieri di Gius, 1882. p. 1-2.

¹⁶⁰³ REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. Volume II. Artigos 487 a 549. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 24.

¹⁶⁰⁴ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro* (Código de 1939). V. 2. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, p. 227. Conforme Serpa Lopes, “enquanto, nas objeções, o réu pode assumir uma atitude inteiramente passiva, ou limitar-se a uma contra-prova, e, quando necessário, ir mais além, pois, conforme as circunstâncias, qualquer dessas atitudes pode ser apta a proporcionar-lhe um resultado favorável; enquanto nas objeções, em dados casos, é possível uma intervenção ex officio do Juiz tendente ao esclarecimento da prova do mérito, nas exceções tudo depende do movimento ativo do réu, e elas, de modo nenhum, podem ser suscitadas ex officio pelo Juiz, razão pela qual tal circunstâncias influi como um dos motivos para se excluir da categoria das exceções os casos de nulidade absoluta. Nas exceções substanciais, o poder do Juiz é limitado; tudo depende da manifestação livre do demandado. Na exceção em sentido técnico, é a arguição da parte que cria para o juiz o poder de decidi-la”. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 93).

¹⁶⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla “eccezione”. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Società editrice Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 151.

réu¹⁶⁰⁶. Também Hugo Alsina distingue os fatos impeditivos que obstam o nascimento da relação jurídica daqueles que somente afetam a sua eficácia¹⁶⁰⁷.

Isso quer dizer que nem toda defesa do réu consistente em alegar fatos novos tem a mesma característica jurídica. Um bom exemplo das exceções em sentido impróprio seria a alegação de pagamento. Quando o réu alega o pagamento ele não está neutralizando o direito do autor, mas afirmando a sua inexistência, na medida em que o inadimplemento constitui elemento do conjunto de fatos que constitui a causa de pedir deduzida pelo autor. Daí se afirmar, inclusive, que a *exceção de pagamento* não seria, na verdade, uma autêntica exceção substancial, mas defesa direta de mérito¹⁶⁰⁸.

Nessa perspectiva, importa referir que o sentido autêntico do termo exceção substancial (*eccezione in senso proprio*) é de um *contradireito* do réu. Isso quer dizer que, arguindo uma exceção, o demandado opõe ao direito do autor um direito seu, fundando-se, pois, em direito próprio e independente¹⁶⁰⁹. O fato impeditivo ou modificativo é alegado pelo réu como fundamento da exceção assim como o fato constitutivo é alegado como fundamento da demanda¹⁶¹⁰. Em tais casos, quando o réu alega um fato impeditivo¹⁶¹¹, modificativo¹⁶¹² ou extintivo¹⁶¹³ e, com isso, visa a

¹⁶⁰⁶ REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v. 2: Artigos 487 a 549, p. 33.

¹⁶⁰⁷ ALSINA, Hugo. *Defensas y excepciones*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-américa – EJE, 1958, p. 98.

¹⁶⁰⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 160. Alguns autores enquadram o pagamento na categoria das *objeções substanciais*, que diriam respeito justamente àquelas questões de direito material passíveis de conhecimento de ofício pelo juiz. O cerne da objeção, desse modo, estaria em atingir o próprio direito, e não simplesmente neutralizar sua eficácia. Nesse sentido, “o acolhimento da objeção substancial não toca na eficácia da pretensão, mas, em verdade, reconhece a sua extinção. O pagamento, a decadência legal e a nulidade do negócio jurídico são exemplos de objeção substancial, que, portanto, podem ser conhecidas de ofício pelo órgão julgador, independentemente de alegação pela parte interessada”. MONTEIRO, André Luís. O regime das exceções no direito processual civil brasileiro: de mérito e processual, direta e indireta, dilatória e peremptória, exceção e objeção. *Revista de processo*. Ano 38. Volume 216. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53.

¹⁶⁰⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido* (exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 16.

¹⁶¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. L’eccezione come controdiritto del convenuto. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 16, p. 268, 1961.

¹⁶¹¹ Conforme Cleanto “por meio dos fatos impeditivos pretende o réu como que obstaculizar a projeção de efeitos dos fatos trazidos pelo autor. Não nega, o demandado, seja o autor titular de um direito subjetivo. Pretende, apenas, retardar o seu ingresso no patrimônio jurídico do demandante. Veja-se o caso da clássica *exceptio inadimpleti contractus* nos contratos bilaterais: ao alegar a existência de obrigação que deveria ser cumprida pelo autor, o réu conseguirá, tão-somente, retardar a eficácia dos fatos trazidos na postulação inicial. Tão logo seja adimplida a obrigação submetida ao seu adversário, deverá o réu sujeitar-se aos efeitos do seu comportamento”. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 276.

neutralizar o direito afirmado pelo autor, suspendendo-o ou cobrindo sua eficácia¹⁶¹⁴, formula uma declaração de vontade consubstanciada em querer exercer um direito seu¹⁶¹⁵, cujo conhecimento de ofício pelo juiz, salvo nos casos expressamente previstos em lei, é vedado¹⁶¹⁶, e que, em regra, também poderia ser deduzido de forma autônoma¹⁶¹⁷. Diversos exemplos avultam a respeito da matéria, como a *exceção de domínio*, a *exceção de usucapião*, a *exceção de retenção por benfeitorias*, a *exceção de compensação*, a *exceção de contrato não cumprido*, a *exceptio plurium concubentium*¹⁶¹⁸, a *exceção de prescrição*, dentre outras.

No que tange à delimitação dos poderes do juiz, aplicam-se aos fatos constitutivos dos contradireitos – cujo caráter dúplice é inegável, na medida em que, igualmente, se apresentam como modificativos, impeditivos ou extintivos em relação

¹⁶¹² Na categoria dos fatos modificativos “estão os fatos, apresentados pelo demandado, a partir dos quais procura tão-somente alterar as conseqüências jurídicas daqueles trazidos pelo autor. Como exemplo, citemos o fato da existência de crédito compensável, alegada na chamada exceção de compensação: não se trata, regra geral, de extinguir o direito de crédito, e sim de reduzir a expressão do bem jurídico cuja tutela pretende o autor. No mesmo diapasão encontra-se a alegação de culpa concorrente, com a qual o réu, normalmente em demandas decorrentes de delitos de trânsito, procura demonstrar ter o autor contribuído, igualmente, com sua conduta displicente, para o evento”. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 276.

¹⁶¹³ Os fatos extintivos são aqueles “cuja eficácia (=efeitos produzidos) consiste no aniquilamento do direito subjetivo de que se julga titular o autor”. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 275).

¹⁶¹⁴ No dizer de Pontes de Miranda, “a exceção supõe direito, que se exerça por meio dela; daí a parecença com a ação. O que as distingue é apenas o estar a exceção em contraposição a algum direito ou efeito dele, sem no excluir, nem no modificar. O mesmo direito pode produzir ação, ou ações, e exceções. Porém seria erro dizer-se que pode usar de exceção aquele que tem ação. Ora, esse mudar de posição não é arbitrário; depende do direito material. Nem todas as ações se podem intentar ope exceptionis”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 6, p. 6).

¹⁶¹⁵ Na tentativa de delimitar as exceções substanciais em sentido próprio Alsina afirma que “habrá excepción cuando ella suponga el ejercicio de un derecho subjetivo o cuando pudiera significar un perjuicio económico o moral, porque es evidente que en tales casos el único que puede decidirlo es el propio interesado”. ALSINA, Hugo. *Defensas y excepciones*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-america – EJEJA, 1958, p. 96).

¹⁶¹⁶ Segundo Chiovenda “questa necessità della isanza del convenuto non è che la manifestazione esteriore e tangibile dell’intima natura di *diritto* che le eccezioni possiedono”. CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla “eccezione”. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Società editrice Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 154.

¹⁶¹⁷ Sobre a aptidão das matérias objeto de exceção substancial constituírem objeto de demanda autônoma, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 140 e seguintes.

¹⁶¹⁸ Afirma Cleanto Guimarães Siqueira que “a clássica exceção substancial no direito de família, para as ações de investigação de paternidade, é a *exceptio plurium concubentium*, na qual o réu – indigitado pai –, sem negar a ocorrência dos fatos do art. 1.605 do Código Civil de 2002 (começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente, e veementes presunções resultantes de fatos já certos), sustenta ter havido outros consortes na vida da mãe do autor, no período legal da concepção”. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 352.

ao direito do autor – as mesmas considerações pertinentes aos fatos constitutivos alegados pelo autor. Assim, se por um lado, “*l’eccezione-atto, al pari della domanda, è creativa del dovere del giudice di decidere sul mérito dell’eccezione-rapporto*”¹⁶¹⁹, por outro, o juiz não poderá conhecê-los de ofício¹⁶²⁰. Afinal, como bem destacou Guasp, a exceção pressupõe um direito subjetivo cujo exercício é reservado à vontade do seu titular¹⁶²¹.

4.1.2.3.2 Contradireitos e Ampliação do Objeto Litigioso

Bastante controversa é a repercussão das exceções substanciais no tocante à ampliação do objeto do processo. Diversos autores entendem que as defesas substanciais do réu não ampliam o objeto do processo, ao passo que uma parcela bastante reduzida da doutrina processual enxerga nas exceções substanciais a possibilidade de modificação do objeto litigioso.

Com efeito, a grande maioria dos doutrinadores entende que é o autor que “*c’est le demandeur qui fixe les limites objectives de l’action*”¹⁶²². Com efeito, quer se defenda por meio de contestação simples, quer invocando defesas substanciais de mérito, o réu somente busca afastar o pedido contra si formulado pelo autor, nada pedindo¹⁶²³. Assim, não estando a formular pedido em sentido técnico, não estaria a ampliar o *thema decidendum*¹⁶²⁴. Somente quando reconvém é que estaria

¹⁶¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. L’eccezione come controdiritto del convenuto. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 16, p. 268, 1961.

¹⁶²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1, p. 346.

¹⁶²¹ GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso. Barcelona: Bosch, 1943., p. 119. Nas palavras de Guasp, “no es que la excepción constituya un contraderecho porque se funda en hechos que el Juez no puede nunca conocer de oficio, sino al revés, no puede el Juez conocerlos *porque* la excepción supone precisamente el ejercicio de un derecho subjetivo y reservado, por consiguiente, a la voluntad de su titular”. GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso. Barcelona: Bosch, 1943. p. 119.

¹⁶²² HABSCHEID, Walter. L’action en justice. In: *Droit judiciaire privé suisse*. Genève: Ed. Librairie de L’Université Georgetcie S.A, 1981. p. 257.

¹⁶²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1: processo de conhecimento, p. 154.

¹⁶²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Limites objetivos da coisa julgada no sistema do código de processo civil. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 91. No mesmo sentido, RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000. p. 255. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. SENDRA, Vicente Gomeno. CATENA. Víctor Moreno. *Derecho Procesal civil*. Madrid: Editorial Colex, 1997. p. 120. SILVA, Ovídio A. Baptista

formulando outra pretensão processual em face do autor e, conseqüentemente, ampliando o objeto do processo¹⁶²⁵. Isso, porém, não significaria que as defesas substanciais de mérito não teriam repercussão no âmbito da cognição judicial. Tais questões teriam o condão de ampliar a matéria de discussão e de resolução no processo¹⁶²⁶. Nesse sentido, Dinamarco, após negar relevância ao comportamento do demandando quanto ao objeto do processo, refere que suas alegações irão constituir objeto do *conhecimento* do juiz, o qual é composto por toda a massa de questões que no processo surgirem, venham de onde vierem¹⁶²⁷.

Proposta bastante interessante, que vai nesse mesmo sentido, é oferecida por Darci Guimarães Ribeiro, o qual, adotando a concepção segundo a qual é o autor que delimita o objeto do processo, acaba por diferenciá-lo do chamado *objeto do debate*. Este abarcaria, além da pretensão processual, as defesas substanciais e todas as demais alegações surgidas no curso do processo, como as questões prévias (questões prejudiciais de mérito e questões preliminares) e as questões que o juiz pode conhecer de ofício, sendo que, todas elas acabam compondo o objeto das decisões judiciais, que, por óbvio, é mais amplo que o objeto do processo¹⁶²⁸.

da. *Curso de processo civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1: processo de conhecimento, p. 154.

¹⁶²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Limites objetivos da coisa julgada no sistema do código de processo civil. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 91. HABSCHIED, Walter. L'action en justice. In: *Droit judiciaire privé suiss*. Genève: Ed. Librairie de L'Université Georgetcie S.A, 1981. p. 257. RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 32.

¹⁶²⁶ RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000. p. 254.

¹⁶²⁷ DINAMARCO, Candio Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 34-35.

¹⁶²⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35-38. Bastante semelhante a essa proposta é a divisão que Sydney Sanches faz entre *objeto do processo* e *objeto litigioso*. Porém, há uma distinção terminológica entre os dos autores. Aquilo que Sydney Sanches denominado objeto litigioso é denominado por Darci Ribeiro de objeto do processo (pretensão processual). Assim, o objeto litigioso, na visão de Sanches, "é o mérito, assim entendido o pedido do autor formulado na inicial ou nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita ampliação ou modificação; o pedido do réu na reconvenção; o pedido do réu, formulado na contestação, nas chamadas ações dúplices; o pedido do autor ou do réu nas ações declaratórias incidentais (sobre questões prejudiciais); o pedido do autor ou do réu contra terceiro na denúncia da lide; o pedido do réu no chamamento ao processo; o pedido do terceiro contra autor e réu, formulado na oposição". SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *AJURIS*. n. 16. Porto Alegre: AJURIS, 1979. p. 157). Já o objeto do processo (que corresponderia ao objeto do debate para o professor Darci Ribeiro) "é toda a matéria que nele deva ser apreciada pelo juiz, seja em termos de simples cognição, seja em termos de iudicium, envolvendo, pois, os pressupostos processuais, as chamadas condições da ação e o próprio mérito; quanto a este examinará também a defesa do réu e do reconvinido, do

Na verdade, poucos são os autores que consideram as exceções substanciais como integrantes do objeto litigioso. No direito espanhol, Andrés de La Oliva Santos e Ignacio Díez-Picazo Giménez entendem que, se o réu alega fatos novos o objeto do processo pode ampliar-se repercutindo em questões como a litispendência e a coisa julgada¹⁶²⁹. No direito brasileiro, quem melhor se ocupou do tema, defendendo que as defesas substanciais compõem o objeto litigioso, foi Fredie Didier. Para ele, quando o réu, em sua defesa, exerce um contradireito, “acrescenta ao processo a afirmação de um direito que comporá o objeto litigioso da decisão”¹⁶³⁰. Nesse caso, conforme o jurista baiano, o mérito do processo será a soma de dois binômios: “afirmação do direito feita pelo demandante (pedido + causa de pedir) + afirmação do contradireito feita pelo demandando (pedido relativo à exceção substancial + causa dessa exceção substancial)”¹⁶³¹.

A leitura de alguns processualistas italianos pode trazer subsídios para reforçar a tese de Didier. Francesco Carnelutti, apesar de combater a categoria dos contradireitos, proficuamente defendida por Chiovenda e por Mauro Cappelletti, entendia que a exceção deduzida pelo réu teria o condão de determinar “*un allargamento dell’area del processo*” ao estender “*il giudizio a fatti e a fattispecie non compresi nella domanda dell’attore medesimo*”¹⁶³². Por outro lado, Vittorio Denti considera que a exceção visa a submeter ao objeto da cognição uma questão prejudicial a respeito da demanda, criando o dever de o juiz decidi-la antes da questão principal¹⁶³³.

Não há dúvida que a dedução de um contradireito pela via da exceção substancial alarga o objeto de cognição do juiz no processo. A grande questão é

chamado ao processo e do litisdenunciado (inclusive questões prévias)”. SANCHES, Sydnei. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *AJURIS*. n. 16. Porto Alegre: AJURIS, 1979. p. 156).

¹⁶²⁹ SANTOS, Andrés de La Oliva. GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Madrid: Editorial centro de estudios ramón areces S.A, 2000. p. 47.

¹⁶³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*. v.38, n.223. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93.

¹⁶³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*. v.38, n.223. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 94. Também Cleanto Guimarães Siqueira entende que “as exceções substanciais deduzidas na defesa integram o mérito do processo, ampliando a *res in judicio deducta*”. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 287).

¹⁶³² CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 269.

¹⁶³³ DENTI, Vittorio. L’eccezione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno XV. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1961. p. 33.

saber se a amplitude da cognição significa a ampliação do mérito da causa. Entendendo-se este estritamente na visão do autor, como sendo a pretensão processual, dúvida não haverá no sentido de que o réu somente poderá ampliar o mérito deduzindo também ele uma pretensão. Porém, quando o réu deduz um contradireito ele também alega fatos jurídicos e deles pretende extrair consequências jurídicas. E, mesmo sem fazê-lo de forma explícita, o réu não deixa de pedir a declaração da existência do contradireito alegado. Sob esses aspectos a estrutura da exceção substancial (contradireito) não difere em nada da estrutura da pretensão processual. Fossem as coisas diferentes, a vontade do réu não teria o condão, como efetivamente tem, de vincular duplamente o juiz (positiva e negativamente) a respeito da alegação dos fatos que estão na base do contradireito¹⁶³⁴.

Sob essa ótica, tem razão Didier quando afirma que “a decisão que não acolhe a prescrição resolve parte do mérito da causa – a parcela relacionada à afirmação do contradireito” e, conseqüentemente, é apta à coisa julgada¹⁶³⁵. Quando o juiz julga procedente o pedido do autor – considerando que não há prescrição – assim como quando não acolhe o pedido, por reconhecer a prescrição, há julgamento de mérito e, pois, formação da coisa julgada material¹⁶³⁶. A sutil mudança operada no art. 487, II, do NCPC, que substitui a

¹⁶³⁴ Em sentido semelhante, Aaraken de Assis, apesar de reconhecer que “a tese prevalecente é a de que o autor fixa, por sua iniciativa, o mérito, que recai unicamente sobre o pedido” adverte, em sentido contrário, que “o mérito não se cinge ao pedido, envolvendo também a causa de pedir (*retro*, 236), elementos da ação subordinados à iniciativa do autor”, de modo que “se o juiz, ao acolher ou a rejeitar a exceção substancial, julga o mérito e, para esse efeito, encontra-se adstrito à iniciativa do réu em alegar semelhante exceção, pois do contrário não se conheceria da matéria, forçoso admitir que o mérito alargou-se além dos limites originais”. E, desse modo, arremata: “passou a integrar-se, a partir da alegação do réu, questão que era estranha à proposta da inicial. Por óbvio, a eventual repercussão desses novos limites do mérito na coisa julgada é outro problema, a ser examinado oportunamente, remarcando-se que, nos termos do art. 503, *caput*, a autoridade recai sobre as questões principais. O que não se pode negar, sem ofensa à realidade, é o alargamento não da *cognitio* do órgão judiciário, *mas do próprio iudicium*”. ASSIS, Aaraken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos, p. 947-948.

¹⁶³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 223, p. 95, 2013. Nessa linha, o enunciado 161 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prescreve que “é de mérito a decisão que rejeita a alegação de prescrição ou de decadência”.

¹⁶³⁶ Afinal, “se não fosse assim, teríamos uma situação esdrúxula. Um direito (o contradireito) é afirmado em juízo, discutido em contraditório e decidido; se a afirmação for considerada procedente, há decisão de mérito e coisa julgada; se a afirmação for considerada improcedente, não há decisão de mérito e, pois, também não há coisa julgada. Teríamos uma coisa julgada *secundum eventum litis* – coisa julgada que surge de acordo com o resultado do processo –, em

expressão acolher por decidir sobre a prescrição também contribui para esse entendimento.

Na mesma linha, pode-se acrescentar o exemplo da exceção de usucapião. Quando o réu objetiva neutralizar o direito do autor alegando o seu direito à aquisição da propriedade pela usucapião ele sem dúvida amplia o mérito da causa. Note-se que, nesse caso, o juiz deverá decidir sobre a questão do mesmo modo como deverá decidir a questão principal. Tanto é verdade que haverá, aqui, uma ampliação do objeto litigioso, que o art. 13 da Lei 10.257/2001, estabelece que “a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis”. Isso quer dizer que a sentença que julgar improcedente o pedido do autor com fundamento no contradireito do réu fará coisa julgada, não somente a respeito do pedido do autor, mas também quanto ao contradireito do réu, ao ponto de valer como título para registro da propriedade no ofício imobiliário.

Contribui para essa tese o fato de o Novo CPC ter adotado um regime de formação progressiva dos limites objetivos da coisa julgada. É que, de acordo com o art. 503, §1.º, do NCPC, a formação da coisa julgada sobre as denominadas questões prejudiciais não depende da propositura de uma nova ação incidental de natureza declaratória. Note-se que Barbosa Moreira via, na ação declaratória incidental, um caso de cúmulo de ações que importava na dilatação do *thema decidendum*, tratando-se, pois, de um meio de ampliação do objeto litigioso¹⁶³⁷. Ora,

grave ofensa ao princípio da igualdade. Ou seja: decisão que não acolhe esse tipo de direito (o contradireito) jamais se submeteria à coisa julgada. Caso raro, possivelmente único, de direito que, mesmo não reconhecido judicialmente, poderia ser exercitado novamente, já que não haveria o óbice da coisa julgada”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n. 223, p. 95, 2013.

¹⁶³⁷ Nesse sentido: “Com a propositura da ação declaratória incidente passa o processo a ter *duplo* objeto: ambas as questões – a subordinante e a subordinada – passam a ser questões *principais*, integrando o *thema decidendum*, que se dilata. Até então, o juiz teria sem dúvida de examinar a questão subordinante, mas apenas, repita-se como etapa lógica do seu itinerário mental. Agora, cumpre-lhe julgá-la. Desde a propositura da ação declaratória incidente, há *processo cumulativo*. O órgão judicial defronta-se com duas ações, a cada uma das quais corresponde um pedido perfeitamente individualizado. A sentença que esse pronunciar sobre ambas será *objetivamente complexa*: conterà, na verdade, pois julgamentos, o do pedido primitivo e o do pedido superveniente formulado (formulado pela mesma ou pela outra parte) de declaração da existência ou inexistência da relação jurídica subordinante. É profunda, como se vê, a transformação sofrida pela estrutura do processo quando se propõe ação declaratória incidente”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Limites objetivos da coisa julgada no sistema do

a possibilidade de formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais, prevista no art. 503, §1.º, do NCPC, nada mais é que o reconhecimento da formação progressiva do objeto litigioso, que poderá ser ampliado em face da afirmação de questões prejudiciais de mérito, as quais, uma vez decididas – e desde que seja respeitado o contraditório, não seja caso de revelia, o juiz tenha competência para julgá-la também como questão principal e não se trate de processo com restrições probatórias ou limitação da cognição – serão cobertas pela imutabilidade da coisa julgada.

Na presente investigação, portanto, propõe-se, como alternativa para o trato da matéria, diferenciar três conceitos: *objeto do processo*, *objeto litigioso* e *objeto do debate*. Parte-se, para tanto, da seguinte premissa: a pretensão processual, sem dúvida, constitui o *objeto do processo*, na medida em que as atividades das partes e do juiz, desde o início do processo, tem nela sua razão de ser. É ela que dá vida ao processo e faz com que ele seja impulsionado à prestação da tutela jurisdicional. Tanto isso é verdade que o fato de o réu ter deduzido uma exceção substancial não impedirá que o processo seja extinto sem resolução do mérito quando, por exemplo, estiver ausente algum pressuposto processual como a incapacidade processual ou a irregularidade de representação da parte autora (art.76, §1.º, I, NCPC). Caso o mesmo pressuposto processual faltasse ao réu, a consequência seria a decretação da revelia (art. 76, §1.º, II, NCPC), na medida em que o processo não teria perdido o seu objeto. O *objeto litigioso*, porém, tem conotação mais ampla, na medida em que ele não somente é composto pela pretensão processual deduzida pelo autor, como também por eventuais defesas substanciais deduzidos pelo réu. Isso, sem dúvida, impõe um conceito mais amplo de *meritum causae*, pois este passa a ser identificado pelo objeto litigioso, e não pelo objeto do processo¹⁶³⁸. Agora, o fato de

código de processo civil. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 94).

¹⁶³⁸ Registre-se que o conceito de mérito aqui adotado, como sinônimo de objeto litigioso, não se confunde com o conceito de “lide”, que, para o Código de Processo Civil de 1973, seria sinônimo de mérito (conforme item 6 da exposição de motivos do Código). Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, as proposições doutrinárias segundo as quais mérito é igual a lide prendem-se a duas premissas lógicas: “: (a) a decisão de mérito resume-se no ato de *julgar*, por isso se diz que “julgar a lide” e “julgar o mérito” são expressões sinônimas; (b) somente há julgamento verdadeiro, portanto, decisão de mérito, quando o juiz profere decisão sobre o (305) pedido do autor, “para julgá-lo procedente ou improcedente”, o que significa que qualquer outra manifestação do julgador que não traduza um julgamento definitivo não seria de mérito”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Conteúdo da sentença e mérito da causa. Sentença e coisa julgada*: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 306). Para aprofundar a crítica à equiparação entre mérito e lide, consultar também DINAMARCO, Candio Rangel. O conceito de

se distinguir objeto do processo e objeto litigioso não significa que este último não vincule o juiz nos mesmos termos que este se encontra vinculado pela pretensão processual. Também para composição das defesas de mérito vale-se do conceito de alegação de fato como ato imperativo de comunicação de um significado normativo que resulta positivamente regulado pelo ordenamento jurídico. Por fim, o *objeto do debate* é mais amplo que o *objeto do processo* e que o *objeto litigioso*, na medida em que abarca os fatos secundários e as questões estranhas ao mérito da causa.

O entendimento aqui adotado acerca das exceções substancias parece ser bem agasalhado pela ideia de uma formação progressiva do objeto litigioso, a qual, ao mesmo tempo em que procura lidar com a incompatibilidade da separação fato e direito com o caráter dinâmico do processo e unitário do juízo decisório, reforça os vínculos dialógicos do modelo democrático de processo.

4.1.2.4 Formação Progressiva do Objeto Litigioso

A introdução de pretensão processual pelo autor, em regra, ocorre com a demanda. É certo, no entanto, que questões de natureza procedimental, podem, inclusive, estabelecer outros marcos temporais para que se dê a completa dedução da pretensão processual¹⁶³⁹. Partindo desse ponto de vista, é possível encontrar, na obra de Giancarlo Giannozzi, uma tese bastante inovadora para a sua época, segundo a qual a demanda é formada por estados sucessivos dentro de um limite que tem seu marco final no momento em que o juiz esteja pronto para passar à fase de instrução e decisão da causa¹⁶⁴⁰. No fundo do seu pensamento está o caráter dinâmico do processo e impossibilidade de traçar um quadro jurídico para os fatos deduzidos pelo autor desde o início da causa. Para o jurista italiano a *prospettazione giuridica* dos fatos constituiria o elemento variável e elástico da causa de pedir¹⁶⁴¹.

A complexidade do material fático-jurídico que perpassa a formação do objeto litigioso no *iter* procedimental impõe que se fale não mais de uma formação estática do objeto litigioso, mas, sim, que se admita que ele se forma de maneira dinâmica e

mérito em processo civil. *Revista de processo*. v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

¹⁶³⁹ RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000. p. 254.

¹⁶⁴⁰ GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificación della domanda nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 22.

¹⁶⁴¹ GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificación della domanda nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 27.

progressiva. Permite-se, com isso, abandonar o esquema distributivo do papel das partes e do juiz segundo o qual àqueles cabem os fatos e a este o direito. Contribuem, para essa mudança, duas linhas de pensamento: por um lado, (i) o papel mais ativo que vem sendo atribuído ao juiz também no que diz respeito ao material fático da causa, competindo-lhe *convidar as partes a beneficiarem todos os articulados apresentados, convocar as partes para esclarecimento dos fatos e para delimitação dos termos do litígio*¹⁶⁴². Trata-se daquilo que Cappelletti denomina *poder de direção material do processo*¹⁶⁴³. Por outro lado, (ii) o perfil democrático do processo, que impõe a revalorização do princípio do contraditório como fator legitimador do processo, impõe que a alteração da qualificação jurídica dos fatos dependa que seja possibilitado às partes o seu debate em contraditório¹⁶⁴⁴. Nessa senda, o brocardo *iura novit curia*, comumente utilizado para permitir que o juiz, de ofício, possa se imiscuir em questões jurídicas não debatidas pelas partes, deve ser repensado. O *iura novit curia* não implica uma expectativa fiel das partes sobre a capacidade do juiz encontrar corretamente e solitariamente a melhor solução jurídica para os fatos da causa¹⁶⁴⁵. Na verdade, se o processo se desenvolve no diálogo entre as partes e o juiz – eis aqui o cerne da ideia de colaboração no processo civil – deve ser afastada qualquer forma de *solipsismo processual* do magistrado mesmo naquilo que lhe é dado conhecer de ofício¹⁶⁴⁶.

Sob essa perspectiva torna-se possível dizer que o juiz e as partes deverão colaborar na determinação do *thema decidendum*, vale dizer, do objeto litigioso, do mérito da causa¹⁶⁴⁷. Para tanto, deve-se superar a visão meramente estática do

¹⁶⁴² MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 293.

¹⁶⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 125. Note-se que, há longa data, Lopes da Costa já suscitava a questão no direito brasileiro, defendendo que o juiz poderia “intervir nas alegações, na indicação das provas, para fazer esclarecê-las ou completá-las”, na perspectiva de “uma colaboração entre as partes e o juiz, para o fim comum de chegar-se à descoberta da verdade dos fatos e da consequência jurídica que deles possa resultar”. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Direito processual civil brasileiro (Código de 1939). V. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, p. 431-433).

¹⁶⁴⁴ MOTULSKY, Henri. *Écrits: études et notes de procédure civile*. Paris: Dalloz, 1973. p. 298.

¹⁶⁴⁵ BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul *contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 2. Marzo- Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 408.

¹⁶⁴⁶ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. Rivista di diritto processuale. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 826.

¹⁶⁴⁷ COSTANTINO, Giorgio. Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 5. Settembre-Ottobre 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 1012.

objeto litigioso, de modo que as circunstâncias de fato levantadas pelo autor com a demanda estejam abertas à modificação e à integração a ser desenvolvida na fase preparatória da causa a partir de uma atividade conjunta entre o juiz e as partes. Essa intervenção sobre as hipóteses fáticas trazidas no início do processo “*significa mantenere ‘aperta’ la strada verso un perfezionamento (possibile) del materiale sul quale il giudice dovrà compiere la costruzione del caso da porre alla base della decisione*”¹⁶⁴⁸.

Tal proposta visa a otimizar a atividade jurisdicional, em atenção aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da razoável duração do processo. A atividade de modificação progressiva do objeto litigioso visa, desse modo, a favorecer uma individualização qualitativamente correta do *thema decidendum*¹⁶⁴⁹. Note-se que esse papel ativo do juiz na construção do caso não significa uma redução do papel das partes, mas, sim, uma potencialização do diálogo judicial mormente em relação àquele que é o ponto nevrálgico da limitação dos poderes das partes e do juiz no processo: a modelagem da espessura jurídica dos fatos alegados pelas partes. Trata-se, pois, de uma forma de otimizar a formação do objeto litigioso, bem como da sucessiva fase instrutória e decisória sob um plano de equilíbrio dos poderes das partes e do juiz no processo¹⁶⁵⁰.

4.2 LIMITES DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ DIANTE DO OBJETO DO DEBATE

Todas as questões que compõem o objeto do debate e que, ao mesmo tempo, não se confundem com o objeto litigioso do processo, em princípio, são suscetíveis de serem analisadas de ofício pelo juiz. É o caso dos pressupostos processuais e das invalidades processuais. A solução, porém, não é assim tão simples, pois existem algumas questões que, mesmo não fazendo parte do objeto

¹⁶⁴⁸ GAMBÀ, Cinzia. *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda nel proceso civile*. Milano: CEDAM, 2008. p. 174

¹⁶⁴⁹ GAMBÀ, Cinzia. *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda nel proceso civile*. Milano: CEDAM, 2008. p. 176.

¹⁶⁵⁰ Conforme Cinzia Gama, “in vari ordinamenti processuali moderni emerge la tendenza a porre in diretta correlazione l’attività di precisazione e modificazione della domanda e, più in generale, della allegazione e delle difese con l’esercizio dei poteri di direzione materiale da parte del giudice, il quale e con la loro collaborazione, definisce quali siano le questioni realmente controverse, destinate a formare oggetto di istruzione e successiva decisione”. GAMBÀ, Cinzia. *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda nel proceso civile*. Milano: CEDAM, 2008. p. 197).

litigioso do processo, escapam do âmbito dos poderes de ofício do juiz. O fundamento dessa limitação do agir do juiz não poderia ser outro senão a autonomia privada.

4.2.1 Autonomia Privada como Limitador da Atuação de Ofício do Juiz no Âmbito do Objeto do Debate

Não é mais possível, na quadra atual do envolvimento do processo, delimitar os poderes do juiz e das partes entregando a estas tudo o que diz respeito ao mérito e àquile tudo o que diz respeito ao processo. Esse modo simplista de encarar o problema da divisão de trabalho entre o juiz e as partes vai de encontro não somente ao que foi dito no item anterior, mas, principalmente, desconsidera a importância que o princípio da autonomia privada vem recebendo no processo civil do Estado Democrático de Direito.

Alguns exemplos extraídos da própria legislação processual servem para demonstrar uma das tantas facetas da autonomia privada na limitação do juiz também quanto ao processo ou, para usar a expressão de Carnacini, à técnica do processo. O §5.º do art. 337 do NCPC expressamente proíbe o juiz de conhecer de ofício da convenção de arbitragem e da incompetência relativa. Note-se, antes de mais nada, que essas duas questões não dizem respeito ao mérito da causa, mas, ainda assim, escapam do âmbito de disposição do juiz, que nada pode fazer diante delas se não houver alegação das partes.

Ainda que as regras sobre a competência relativa digam respeito à técnica do processo, e não ao direito material, elas “*buscam privilegiar a liberdade das partes*”¹⁶⁵¹. Nelas prepondera, em primeira ordem, o interesse das partes¹⁶⁵². É justamente por isso que consagram às partes uma ampla margem de liberdade e de escolha – binômio representativo da autonomia privada –, ao ponto de permitir que possam eleger o foro onde será proposta a ação (art. 63, NCPC). Desse modo, quando se está diante de uma causa cujo critério para determinação da competência é o critério territorial ou o valor da causa¹⁶⁵³, poderá o autor propor a ação em outro

¹⁶⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. 2. Rio de Janeiro: Método, 2010. p. 29.

¹⁶⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática: área do direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.

¹⁶⁵³ Ressalvadas as hipóteses em que, ainda nesses casos, a competência é absoluta, como é o caso da competência fixada pelo valor da causa nos Juizados Especiais Federais e da Fazenda

juízo, que não seja o competente, sem que o juiz possa, de ofício decretar a sua incompetência. A parte autora é, nesses casos, livre para escolher onde propor a ação, sendo que sua liberdade somente poderá ser tolhida se o réu – o qual, em princípio, é protegido por tais regras – expressamente manifestar sua vontade no sentido de afastar a tramitação do processo perante o juízo incompetente. O seu silêncio traduz aceitação tácita do juízo escolhido pelo autor, hipótese em que prepondera a vontade das partes, a qual, prevalece, frente ao órgão jurisdicional sabedor do desrespeito da regra de competência por parte do autor.

No que diz respeito à convenção de arbitragem as coisas não ocorrem de modo diferente. É sabido que, nos termos do art. 3º da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem) as partes podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem¹⁶⁵⁴. Com ela, objetiva-se “derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros”¹⁶⁵⁵. Basta, para tanto, que haja acordo de vontade das partes capazes de contratar e o eventual litígio seja relativo a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1.º da Lei 9.307/96). Impera aqui a autonomia privada¹⁶⁵⁶ como elemento capaz de derrogar a jurisdição estatal e, conseqüentemente, a competência do órgão jurisdicional para apreciar futuros litígios pertinentes à matéria a respeito da qual se convencionou a arbitragem. É por

Pública e da competência territorial nos litígios que versam sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova (art. 47, §1º., NCCPC).

¹⁶⁵⁴ Cabe lembrar que “convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Este surge após o aparecimento da lide, enquanto que aquela é prévia [...] O Brasil, infelizmente, ainda faz a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, algo que, em alguns países, como a Espanha, por exemplo, não se usa. Lá a lei fala apenas em convênio arbitral. Quando essa lei menciona as formas pelas quais poderá ser feito, aí sim pode-se perceber nitidamente as duas espécies de convenção, contudo, reforça-se, parece não existir qualquer diferença entre ambas”. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. p. 157).

¹⁶⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

¹⁶⁵⁶ Conforme Leonardo Beraldo, “a vontade é a raiz do que se pode chamar de direito arbitral. Isso porque a arbitragem só existirá se preexistir um convênio arbitral, que, por sua vez, depende da vontade das partes de renunciarem à jurisdição estatal em prol da jurisdição arbitral. As partes também possuem liberdade para escolher se vão querer uma arbitragem de direito ou de equidade, e, em sendo a de direito, podem indicar quais regras querem seja aplicada do caso concreto. Do mesmo modo, a autonomia privada é determinante da matéria objeto da arbitragem. Destarte, tal princípio ‘se reflete tanto no direito substantivo (art. 2o) como nas regras de seu desenvolvimento ou procedimento, como consta da lei (art. 21)’. A escolha de arbitragem institucional ou ad hoc depende unicamente da vontade das partes. Uma advertência, contudo, deve ser perpetrada: os poderes do árbitro não decorrem da vontade das partes, mas, sim, da lei; esta é que o mune com poderes jurisdicionais. Ele deve decidir, mesmo que a decisão não agrade as partes. É claro que as partes podem, em alguns casos, limitar os poderes do árbitro, conforme será explanado posterior e oportunamente”. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8).

isso que se diz que a decisão do órgão jurisdicional sobre a arbitragem, no final das contas, é uma decisão a respeito da sua competência¹⁶⁵⁷.

Com efeito, se o réu, a despeito da existência de convenção de arbitragem, deixar de suscitá-la na contestação, estará abrindo mão da jurisdição arbitral, o que, sem dúvida, ele tem liberdade para fazer. Seu silêncio, pois, implica aceitação da jurisdição estatal em franca concordância com a escolha feita igualmente pelo autor ao não ter praticado os atos necessários para instaurar o procedimento arbitral. Aqui, a exemplo do que ocorre com a incompetência relativa, a autonomia privada prevalece sobre questões estranhas ao direito material, o que deixa bastante claro que a margem de liberdade conferida às partes no processo é muito mais ampla do que a liberdade da qual elas gozam em relação à situação substancial afirmada e discutida no processo.

4.2.2 Atuação de Ofício do Juiz Quanto Aos Meios de Prova

Conforme estabelecido nos itens precedentes, o juiz encontra-se duplamente vinculado às alegações acerca dos fatos jurídicos deduzidos pelas partes, sejam elas relativas a fatos constitutivos, sejam pertinentes à fatos modificativos, impeditivos ou extintivos. Isso, porém, não significa que o juiz se encontre limitado quanto à busca dos meios de prova.

Desde Carnacini e Cappelletti, tem-se desenvolvido a ideia de que o monopólio das partes quanto à disponibilidade da tutela jurisdicional não tem consequências diretas no que diz respeito ao plano da técnica processual. Essa é, por sinal, a linha divisória entre o princípio a *dispositionsmaxime* e a *verhandlungsmaxime*¹⁶⁵⁸. Quando, por exemplo, Cappelletti defendeu a separação

¹⁶⁵⁷ Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier mencionam que “em virtude da convenção de arbitragem, transfere-se o litígio para a competência do árbitro. É este quem deve examinar a disputa entre as partes. Se o juiz rejeita a alegação de convenção de arbitragem, está decidindo sobre sua competência para julgar o caso. Se a acolhe, entende que o árbitro é o competente”. CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Agravado de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 280, abr. 2015.

¹⁶⁵⁸ Essa construção teórica, tributada a Carnacini e a Cappelletti foi muito bem recepcionada no direito brasileiro por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, conforme a seguinte lição: “quando do exercício da ação, a parte *dispõe* do seu interesse material (afirmado *in status assertionis*) e, por consequência, do poder de pedir a tutela jurisdicional. Já dentro do processo, tomam-se as iniciativas, especialmente de conteúdo probatório, à vista da *técnica* própria do instrumento processual, na medida de sua adequação com a finalidade desejada. Todavia, de modo nenhum podem ser confundidos o momento inicial – consistente na alegação dos fatos jurídicos, que dão

do princípio dispositivo em sentido material e processual, tinha como objetivo reforçar o papel do juiz em tudo aquilo que não dizia respeito ao mérito da causa, notadamente à colheita das provas.

Bastante interessante, nesse terreno, é a proposta de Sentis Melendo, o qual distingue as *fontes da prova* e os *meios de prova*. Enquanto as *fontes* abarcariam a realidade anterior e estranha ao processo, cuja existência é independente do processo, os *meios* constituem um conceito jurídico-processual. Todas as provas são pré-existentes ao processo como *fontes* e se constituem no processo como *meios*¹⁶⁵⁹. Assim, as partes têm a disponibilidade das *fontes de prova*, que chegam ao processo a partir de suas alegações, enquanto o juiz, a partir das fontes trazidas pelas partes, dirigiria os meios de provas¹⁶⁶⁰.

Nesse sentido, costuma-se dizer que o âmbito de autonomia das partes quanto à alegação dos fatos cede ao caráter público e à natureza da atividade jurisdicional quando esses fatos nele aportam. Isso não significa que a autonomia privada desapareça nesse momento, mas tão somente que ela não impõe ativamente um limite à atuação do juiz, o qual, em princípio, poderá dirigir os meios de prova. Essa lição não é nova no direito brasileiro. Há muito, Moacyr Amaral dos Santos já defendia que em se tratando de descobrir a verdade “não é possível que a apreciação do juiz fique adstrita à vontade dos litigantes”, razão pela qual ele

substrato à pretensão processual – com o momento posterior, interno ao processo, concernente às demonstrações de cunho probatório. O primeiro, cumpre esclarecer, não se exaure tão-somente numa declaração de caráter informativo, mas numa *declaração de vontade*, que estabelece o elemento essencial do direito ou do contradireito – o elemento constitutivo causal – com o qual a parte age ou se opõe ao agir de outrem, vinculando o juiz e forçando-o, nos limites ali fixados, a exercer o seu ofício. Instaurado, porém, o processo, o seu *modo, ritmo e impulso* escapam à disponibilidade das partes, elementos que devem ser disciplinados por normas legais cogentes, não sendo despiciendo, no entanto, possa o juiz em certas hipóteses levar em conta as exigências concretas do caso. Daí o equívoco de colocarem-se no mesmo plano as iniciativas do juiz em tema de *prova* (operante apenas no plano da condução formal do processo, *‘formelle Prozessleitung’*) e as que incidem por sua vez sobre as *alegações*, que concernem efetivamente ao plano ‘material’, ou seja, do ‘objeto’ do processo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 116-117).

¹⁶⁵⁹ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1979. p. 151-153.

¹⁶⁶⁰ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1979. p. 169. Na doutrina nacional, segue esse mesmo entendimento Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem “o órgão judicial dispõe dos *meios*, não das *fontes* de prova, e estas, sendo o material bruto da prova, devem ser trabalhadas exclusivamente pelas partes: o juiz que passe a investigar de forma primária os fatos e a sua verdade comprometeria de forma irremediável a sua necessária e imprescindível imparcialidade. Já se há nos autos menção a determinados fatos, ainda não provados, nada impede que o órgão judicial determine a realização de algum meio de prova que elucide a questão. Pouco importa para o juiz, ao contrário da parte, o resultado que daí advier, o que lhe interessa é que exsurja luz suficiente a respeito, que possa orientar o julgamento”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 115-116).

poderia, dentre outros meios de prova, inspecionar os lugares ou examinar as coisas; pedir esclarecimentos aos peritos ou determinar nova perícia por meio de perito de sua confiança¹⁶⁶¹. Atualmente, diversos são os autores que no processo civil brasileiro e estrangeiro defendem a iniciativa probatória do juiz frente aos fatos alegados pelas partes¹⁶⁶². O principal problema no tocante ao tema não está, propriamente, em conceder ao juiz poderes de iniciativa probatória, mas, sim, em transformá-los em uma espécie de faculdade, e não em um dever, o que acaba tornando quase impossível delimitar se o juiz utilizou ou deixou de utilizar adequadamente referido poder¹⁶⁶³.

¹⁶⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 1: parte geral, p. 110.

¹⁶⁶² Sobre o ponto, remete-se o leitor ao capítulo a respeito do princípio dispositivo. Ainda sobre o tema, ver MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 336. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 108-112. A respeito do tema, Picó i Junoy traça os principais limites à atividade probatória de ofício do juiz nos seguintes termos: “a prova praticada pelo juiz deve, necessariamente, limitar-se aos fatos controvertidos ou discutidos pelas partes, em virtude dos princípios dispositivo e de aportação da parte. Em consequência, são os litigantes que devem trazer ao processo o material fático que fundamenta suas respectivas pretensões, não podendo o órgão jurisdicional levar a cabo nenhuma atividade tendente a investigar ou aportar fatos não alegados pelas partes, nem decidir alternado-os, sob pena de incorrer a sentença em um vício de incongruência. Em segundo lugar, é necessário que constem no processo as fontes de prova sobre as quais tem lugar a posterior atividade probatória do juiz (assim, por exemplo, a identidade da testemunha que deverá declarar)” a margem dos resultados que figuram nos autos. Este limite tende a garantir a devida imparcialidade do julgador na medida em que sua atuação se restringe unicamente às fontes probatórias que já constam nos autos e nunca a investigar novas fontes. À margem do uso destas fontes probatórias entendo que o juiz não pode ter iniciativa probatória, pois seria incontrolável sua fonte de conhecimento a respeito dos elementos probatórios por ele utilizados, o que pode comprometer a devida confiança que objetivamente o juiz deve merecer do judiciável. E finalmente, em terceiro lugar, é necessário que se respeite, em todo momento, o princípio do contraditório que qualquer litigante possui no desenvolvimento da prova, pelo que deve permitir-se-lhe propor novas provas e, evidentemente, participar na prática de toda a atividade probatória”. PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 103.

¹⁶⁶³ Nesse sentido, Taruffo desataca que “em muitos casos os juízes não fazem uso efetivo dos poderes de que são dotados, resultando em sistemas muito menos centrados no juiz do que aparentam ser se consideradas exclusivamente as regras dispostas em seus códigos”. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 109. Defendendo que a ideia de poderes instrutórios deveria ser substituída por deveres, ver PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978. p. 78. MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1979. p. 214. Nessa linha, pode-se acrescentar, ainda, a crítica realizada por Araken de Assis no sentido de que, muito raramente, o juiz brasileiro vale-se dos seus poderes instrutórios, sendo possível afirmar que “o contudente arsenal do juiz brasileiro é muito mais virtual do que real”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 896.

Como foi dito anteriormente, a autonomia privada não desaparece quando as partes trazem fatos ao processo e permitem que o juiz possa determinar a produção de provas de ofício, dispondo dos meios de prova, e não das fontes de prova. Porém, também é possível que as partes expressamente manifestem sua vontade em não se valer de determinado meio de prova, como, por exemplo, uma perícia, na medida em que o seu custo não compensa o risco da incerteza que é inerente à demanda. Isso significa que a atuação de ofício do juiz quanto aos meios de prova somente prevalece se a parte que poderá obter vantagens com o resultado exitoso da prova concordar, ainda que tacitamente, com a sua produção.

O Novo Código de Processo Civil prescreve, em sentido amplo, caber ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370, NCPC). Além dessa previsão genérica, outros dispositivos tratam especificamente dos poderes de ofício do juiz no âmbito probatório. Nesse sentido, o juiz pode, de ofício, ordenar a exibição parcial de livros e de documentos pelas partes, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas (art. 421, NCPC), a inquirição de testemunhas referidas nas declarações das partes ou das testemunhas (art. 461, I, NCPC), a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte quando, sobre fato que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações (art. 461, II, NCPC), a produção de prova pericial técnica simplificada, em substituição à perícia, quando o ponto controvertido for de menor complexidade (art. 464, § 2.º, NCPC), a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480, NCPC), bem como poderá inspecionar, em qualquer fase do processo, pessoas ou coisas a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 481, NCPC).

4.2.3 Atuação de Ofício do Juiz Quanto Aos Meios de Efetivação dos Provimentos Jurisdicionais

A atuação do juiz no Estado Democrático de Direito não se circunscreve a uma pura e simples declaração do direito. Afora o caráter criativo que é ínsito a atividade jurisdicional, cumpre lembrar que o juiz tem a missão de realizar o direito no caso concreto. É conatural, pois, à atividade jurisdicional que o juiz seja munido de poderes suficientes para fazer valer seus provimentos, notadamente naqueles

casos em que a realização do direito pressupõe a prática de atos materiais tendentes a alterar a realidade fática, não se bastando somente na alteração do plano normativo¹⁶⁶⁴.

Desse modo, em reforço ao que já foi explanado quando se tratou da regra da congruência entre o pedido e as decisões jurisdicionais, torna-se imperioso registrar que o manejo da técnica processual constitui um poder que, na grande maioria das vezes, pode ser exercido pelo juiz, inclusive, de ofício. É que, se o juiz, de ofício, determinar a aplicação de medidas necessárias para satisfação do exequente (art. 536, NCPC), impondo, por exemplo, a aplicação de *astreinte*¹⁶⁶⁵ para que o réu cumpra o preceito contido em decisão que concede tutela provisória ou na sentença (art. 537, NCPC), ele não estará indo além daquilo que constitui a *vontade* do autor. Para o autor importa que a medida utilizada pelo juiz seja a mais eficiente possível

¹⁶⁶⁴ Sobre o tema, há muito Barbosa Moreira refere que os poderes de coerção conferidos ao órgão jurisdicional constituem “poderes *inerentes à condição de órgão público, de que o juiz se acha investido. Por isso mesmo, não os têm os árbitros, que precisam valer-se do auxílio da Justiça estatal quando, por exemplo, querem fazer vir à sua presença uma testemunha recalcitrante*”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 62.

¹⁶⁶⁵ A palavra *astreinte* tem origem no latim “*adstringere*”, o que revela a sua índole coativa (RESTAINO, Nicola. *L'esecuzione coattiva in forma specifica*. Roma: Il Nuovo Diritto, 1948, p. 23). Sua origem é o direito francês. O primeiro exemplo que se cita é o de uma sentença do Tribunal de Gray de 25 de março de 1811, que condenava uma das partes a fazer uma retratação pública sob pena de três francos por dia de atraso. Em 1824, em outro caso, a Corte de Cassação, a exemplo da sentença mencionada, ordenou a restituição de alguns documentos sob pena de dez francos por dia de atraso (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Droit et Jurisprudence, 1905, p. 74). O primeiro caso trata de uma obrigação de fazer com caráter nitidamente infungível; o segundo, de obrigação de entrega de coisa, cujo cumprimento, atualmente, poderia se dar mediante a utilização de meios sub-rogatórios, como a busca e apreensão. A natureza da *astreinte* é nitidamente *coercitiva*, tratando-se de forma de *execução indireta*, “caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor, para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: Tubenclak, James, 1939- (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991-. v.11, p. 130). Trata-se, no dizer de Calvão da Silva, de um “meio de constrangimento que incide sobre os bens do devedor, a fim de o levar a obedecer à decisão judicial e a realizar a obrigação a que está adstrito e no cumprimento da qual foi condenado, cumulável com a indenização”. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª. Edição. Coimbra: Almedina, 1997. p. 378), prestando-se, desse modo, a induzir o cumprimento do preceito legal, tanto em se tratando de obrigações fungíveis ou infungíveis. Sua ênfase, no entanto, prende-se às obrigações infungíveis, para as quais os meios sub-rogatórios são imprestáveis. Dado o caráter coercitivo das *astreintes*, elas se caracterizam pelo “exagero do algarismo”. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 141), não sendo crível, pois, a sua redução, pois seu caráter não é indenizar o credor, mas, sim, coagir o obrigado a cumprir a ordem judicial (THOMAS, Vincent. *Action ut singuli et demande d'astreinte*. *Revue Des Sociétés, Paris*, n. 4, p., out. /dez. 2009, p. 832-837. VINCENT, Jean. *Voies d'exécution et procédures de distribution*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1976). Na falta de possibilidades para utilização da prisão civil, que, atualmente, restringe-se às prestações alimentares, a multa vem sendo considerada, no direito brasileiro, “a mais enérgica medida para agir sobre o ânimo do devedor”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, síntese, n.15, jan/fev, 2002. p. 29).

para atingir o resultado almejado¹⁶⁶⁶, ainda que determinada de ofício pelo órgão julgador. Tanto é assim que o juiz poderá controlar (também de ofício) o valor da multa, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, conforme venha a se tornar insuficiente ou excessiva (art. 536, §1.º, I, NCPC). Aqui também ele estará somente adequando o meio para se atingir o fim colimado. De nenhum modo a autonomia privada, pelo simples fato de o juiz agir de ofício, resta comprometida¹⁶⁶⁷.

Note-se, ademais, que no âmbito dos meios de efetivação dos provimentos jurisdicionais nada impede que as partes participem ativamente da escolha e configuração do meio adequado. Tanto é assim que poderá partir do autor a escolha do meio de efetivação do provimento jurisdicional, o que, sem desprezar o controle a ser exercido pelo o órgão jurisdicional, significa um modo participativo de encarar a questão. O respeito ao contraditório permite igualmente que o réu traga a sua contribuição ao tema, sugerindo a redução da multa ou ainda a adoção de outro meio quando aquele utilizado pelo juiz se mostrar extremamente gravoso.

Não é em todas as esferas de efetivação dos provimentos jurisdicionais que se confere a liberdade de agir de ofício ao juiz. Na escolha dos meios de expropriação atribui-se ao credor o poder de escolher entre a adjudicação, a alienação dos bens penhorados ou a apropriação de frutos e rendimentos de empresa, estabelecimento ou de outros bens (art. 825, I, II e III, NCPC), sendo que, em se tratando da alienação dos bens, poderá ainda optar pela sua realização por iniciativa particular ou por leilão judicial (art. 879, I e II). Aqui a autonomia privada adquire um papel mais relevante justamente porque a opção por um meio expropriatório em detrimento de outro tem notável significância para o credor. Como

¹⁶⁶⁶ Nesse caso, a escolha do meio adequado para a efetivação do provimento jurisdicional parte justamente do direito material afirmado pelo autor, a qual o órgão julgador encontra-se vinculado no sentido de conferir-lhe a mais plena possível realização. No ponto, deve-se partir da natureza do direito material, com a reflexão sobre os meios de tutela que o ordenamento prevê na hipótese de violação do direito. O direito material é, desse modo, a sede na qual se definem e se qualificam as necessidades de tutela, em direção ao processo, no qual tais escolhas são destinadas a se traduzirem em técnicas e formas adequadas de tutela jurisdicional (DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 7). Consequentemente, o primeiro problema a se resolver consiste em, a partir de um olhar acerca do direito material, estabelecer aquilo que cabe o credor, se dinheiro ou coisa, se ressarcimento ou adimplemento específico. Por conseguinte, o problema processual da execução na forma específica aparece, portanto, limitado às escolhas dos meios executivos idôneos à atuação da situação consagrada no título executivo e à individualização da estrutura destes meios (DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 23-24).

¹⁶⁶⁷ Também constituem exemplos de meios de efetivação de provimentos jurisdicionais, que podem ser determinados de ofício pelo juiz, a adoção das medidas necessárias para o cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados endereçada a terceiros indicados pelo exequente para esclarecimentos relativos ao objeto da execução (art. 773, NCPC).

a autonomia privada não significa poder sem limites, a esfera de liberdade do autor cede diante da necessidade de tutelar a dignidade da pessoa humana espelhada no interesse do devedor. Daí a possibilidade de o juiz fazer um controle da escolha dos atos expropriatórios sempre que a apropriação dos frutos se fizer mais eficiente que os outros meios e for menos gravosa – como de praxe é – ao devedor (art. 866, NCPC).

4.2.4 Atuação de Ofício do Juiz Quanto Aos Atos de Impulso e Direção do Processo

Também não fere o princípio da autonomia privada a atuação de ofício do juiz quanto aos atos de impulso e direção do processo. Na verdade, é inerente à atividade jurisdicional a denominada direção formal do processo, desde que exercida em estrita consonância com os princípios que alicerçam o modelo constitucional de processo jurisdicional democrático. Ainda que o processo seja um ambiente propício para o desenvolvimento da liberdade e autonomia das partes, ele não é um terreno sem dono, não estando, portanto, livremente à disposição das partes.

Disso decorre o dever de impulso processual (art. 2.º, NCPC) atribuído ao juiz, o qual se encontra consubstanciado, dentre outros atos, na determinação, de ofício, das intimações em processos pendentes (art. 271, NCPC) e da intimação dos advogados ou sociedade de advogados acerca da nova designação da audiência antecipada ou adiada (art. 363, NCPC), na determinação para que se proceda na anotação, pelo distribuidor, de intervenção de terceiros, reconvenção ou outra hipótese de ampliação subjetiva ou objetiva do processo (art. 268, parágrafo único), bem como na correção do erro ou da falta de distribuição (art. 288, NCPC).

A direção formal do processo pelo juiz materializa-se na repressão dos atos ímprobos e desleais praticados pelas partes, com a aplicação das respectivas sanções. Nessa senda, deve o juiz determinar de ofício que expressões ofensivas sejam riscadas dos arrazoados das partes (art. 78, § 2.º, NCPC), bem como condenar o litigante de má-fé a pagar multa e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofrer e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou (art. 81). Além disso, convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes,

aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé (art. 142, NCPC). No âmbito do processo de execução, o juiz pode, a qualquer momento, ordenar o comparecimento das partes, advertir que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça e determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução (art. 772, I, II e III, NCPC).

O juiz igualmente dirige o processo impedindo que alguns atos praticados fora do processo venham a nele surtir efeitos concretos quando viciados. Assim, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu (art. 63, § 3.º, NCPC). Igualmente, o juiz deverá controlar de ofício a validade das convenções processuais previstas no art. 190 do NCPC, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único, NCPC).

Em alguns procedimentos, como no caso do inventário e da restauração de autos, o papel de direção atribuído ao juiz se faz mais presente. O Novo CPC, contudo, não atribui ao juiz a possibilidade de instaurar o inventário de ofício. Poderá ele, no entanto, prorrogar os prazos de abertura e ultimação do inventário (art. 611, NCPC), remover o inventariante nas hipóteses do art. 622, NCPC¹⁶⁶⁸ e corrigir inexatidões materiais na partilha (art. 656, NCPC), tudo sem necessidade de requerimento das partes. A restauração de atos, por sua vez, poderá ser promovida de ofício pelo juiz (art. 712, NCPC), sempre que verificado o desaparecimento dos autos.

Para melhor cumprir a função jurisdicional poderá também o juiz, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, por decisão irrecorrível, de ofício, solicitar a participação de *amicus curiae* no processo (art. 138, NCPC). Nessa mesma linha, pode-se mencionar o poder conferido ao relator para, de ofício, instaurar o incidente

¹⁶⁶⁸ Nos termos do referido dispositivo, o inventariante será removido de ofício ou a requerimento (I) se não prestar, no prazo legal, as primeiras ou as últimas declarações; (II) se não der ao inventário andamento regular, se suscitar dúvidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios; (III) se, por culpa sua, bens do espólio se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano; (IV) se não defender o espólio nas ações em que for citado, se deixar de cobrar dívidas ativas ou se não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos; (V) se não prestar contas ou se as que prestar não forem julgadas boas; (VI) se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio.

de assunção de competência (art. 947, § 1.º, NCPC) e o poder conferido ao juiz ou ao relator para solicitar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 977, I, NCPC), cuja tese nele firmada poderá ser revista de ofício pelo tribunal (art. 986, NCPC).

4.2.5 Atuação de Ofício do Juiz Quanto Às “Matérias de Ordem Pública”

Extremamente difícil é precisar os limites da atuação de ofício do juiz no tocante às matérias denominadas de ordem pública. O problema, na verdade, é conceitual, pois com a expressão “ordem pública” muito pouco se diz, o que faz com que ela sirva de porta de entrada para toda e qualquer sorte de decisionismos na esfera do processo civil. É até espantoso como essa questão persista na atual quadra histórica. Afinal de contas, há mais de um século já se apontava a sua vagueza e a falta de critérios para distingui-las de outras matérias¹⁶⁶⁹. Por sinal, a clássica lição de Geny, para quem as matérias de ordem pública consistiriam em regras superiores formadoras das condições vitais da sociedade e que deveriam dominar as vontades particulares¹⁶⁷⁰, muito pouco contribuiu para uma depuração conceitual do termo.

Partindo-se, portanto, da premissa que a expressão “matérias de ordem pública” ao invés de auxiliar na (de)limitação da atuação de ofício do juiz somente torna mais nebulosa a questão, é necessário registrar que se costuma dividir tais matérias em relação ao processo e o direito material. Nessa perspectiva, a “ordem pública processual” estaria voltada à regularidade do processo¹⁶⁷¹, ao passo que, no plano do direito material, as regras de ordem pública seriam aquelas que,

¹⁶⁶⁹ Nesse sentido, VAREILLES-SOMMIERES, Gabriel *La Broue. Des lois d'ordre public et de la derogation aux lois: etude de philosophie du droit et de droit civil* (1899). London: Kessinger Publishing, 2009, p.18.

¹⁶⁷⁰ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo*. Segunda edición. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 634.

¹⁶⁷¹ Segundo a lição de Ricardo Aprigliano, “a ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatória observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106). Para um estudo aprofundado do conceito de “ordem pública processual”, consultar CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual: técnica de regularidade do processo civil*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito – UERJ. Rio de Janeiro, 2014.

apresentando particular repercussão, se revelam “mais críticas e importantes para o sistema, na medida em que tutela interesses que se sobrepõe aos meros interesses das partes daquela relação jurídica”¹⁶⁷².

Relativamente às matérias de “ordem pública processual” as dificuldades para precisá-las são menores. O legislador, em regra, expressamente atribui ao juiz o poder de analisá-las de ofício, especificando-as. É o caso das matérias previstas nos incisos do art. 337, NCPC, que tratam das chamadas preliminares de mérito, as quais, com exceção da incompetência relativa e da convenção de arbitragem, devem ser conhecidas de ofício pelo juiz (art. 337, § 5.º, NCPC). Com efeito, devem ser conhecidas de ofício a inexistência ou nulidade de citação, a incompetência absoluta, a incorreção do valor da causa – que inclusive será corrigido de ofício e por arbitramento pelo juiz, nos termos do art. 292, § 3.º, NCPC – a inépcia da petição inicial, a perempção, a litispendência, a coisa julgada, a conexão, a incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização, a ausência de legitimidade ou de interesse processual, a falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar e a indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça. Reforça a precisão do art. 337, § 5.º, NCPC, o disposto no art. 485, § 3.º, NCPC, segundo o qual o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, a perempção, a litispendência a coisa julgada (art. 485, V, NCPC), bem como a ausência de legitimidade, de interesse processual (art. 485, VI, NCPC), de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 485, IV, NCPC).

Da análise dos referidos dispositivos, os quais, juntamente com as regras pertinente à admissibilidade recursal, às invalidades processuais e com os artigos 951¹⁶⁷³, 955¹⁶⁷⁴ e 801, parágrafo único¹⁶⁷⁵, sistematizam quase que a totalidade das

¹⁶⁷² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 17.

¹⁶⁷³ Art. 951. O conflito de competência pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz.

¹⁶⁷⁴ Art. 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

¹⁶⁷⁵ Art. 803. É nula a execução se:

I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;

II - o executado não for regularmente citado;

III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

matérias de “ordem pública processual”, pode-se verificar que, com exceção da legitimidade e do interesse de agir, todas as demais questões estão relacionadas aos denominados pressupostos processuais e às invalidades processuais. Mais precisamente, dizem respeito à relação jurídica processual, e não ao próprio direito material afirmado e discutido pelas partes no bojo do processo.

Desde a clássica teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais de Bülow, tem-se estabelecido que os pressupostos processuais dizem respeito à relação jurídica processual, cuja natureza pública justificaria uma franca intervenção judicial a respeito da sua validade. Assim, ter-se-ia, de um lado, a relação jurídica processual e, de outro, a relação jurídica substancial, ficando, desse modo, demarcados com clareza os territórios da relação processual como continente e as questões pertinentes ao direito material como conteúdo do processo. Esse dualismo, apesar de ter sido duramente criticado por alguns autores, deve ser pensado a partir do pressuposto que a relação substancial, na dinâmica do processo, apresenta-se como mera afirmação¹⁶⁷⁶. Com efeito, enquanto o órgão julgador desfruta de pouquíssima liberdade em relação ao mérito da causa, tem amplos poderes de enfrentar os pontos relativos à relação jurídica processual. Aqui, a distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual assume uma notável importância, uma vez que enquanto o primeiro diz respeito ao juízo de mérito, o segundo diz respeito ao juízo de admissibilidade do processo¹⁶⁷⁷.

No âmbito do “juízo de admissibilidade do processo” inserem-se os pressupostos processuais e as invalidades processuais, entre os quais há um inegável liame, pois, segundo José Tesheiner e Lucas Baggio, ambos supõem a ideia de vícios processuais, embora as invalidades refiram-se a defeitos em atos

¹⁶⁷⁶ De acordo com Ovídio Baptista da Silva, “a crítica tem procedência, se imaginarmos que a função atribuída ao processo seja o exame e julgamento de uma relação material *realmente existente*, fora do processo e da qual pretenda o autor obter alguma consequência jurídica em seu benefício, contra o demandado. É que, na perspectiva da relação processual, não se trabalha pressupondo a existência ou não existência, objetiva e concreta, da relação jurídica formadora do conflito de interesses, contido na relação processual. A relação substancial, indicativa da lide, como conflito virtual de interesses concretos, é apenas *afirmada* pelo autor como uma realidade – ou às vezes até mesmo por ele negada, como se dá nas declaratórias negativas – cabendo precisamente ao processo determinar-lhe ou não a existência real”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e mérito da causa. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 303-304).

¹⁶⁷⁷ DIDIER, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo da admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 72 e 214. O juízo de admissibilidade é entendido aqui como operando “sobre o plano de validade dos atos jurídicos. Mais precisamente do ato jurídico complexo procedimento”. DIDIER, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo da admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 22)

processuais, enquanto os pressupostos processuais – por decorrência de falta ou defeito – atrelam-se às máculas do procedimento¹⁶⁷⁸. Ademais, os dois conceitos – pressupostos e invalidades processuais – estão diretamente ligados à existência de uma relação jurídica processual como entidade autônoma e independente da relação de direito material¹⁶⁷⁹.

Sem querer aprofundar demasiadamente o estudo das relações entre invalidades processuais e pressupostos processuais, cabe primeiro, mencionar algumas diferenças que entre eles existem, para, depois, chegar ao ponto comum que mais interessa para os fins da presente investigação. Para tanto, torna-se necessário fazer uma breve análise dogmática acerca das invalidades processuais¹⁶⁸⁰.

Com feito, as invalidades processuais apresentam-se como uma consequência eventual que decorre de um vício relativo à forma juridicamente prevista para a prática de um ato processual pelo Estado-juiz, que depende do pronunciamento do órgão judicial competente para fazê-lo¹⁶⁸¹. Isso quer dizer que os atos processuais devem, muitas vezes, ser revestidos por alguns aspectos formais¹⁶⁸², cujo objetivo é garantir segurança e previsibilidade¹⁶⁸³ aos agentes

¹⁶⁷⁸ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2.

¹⁶⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. *Revista Forense*. V. 288. Ano 80. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 1. Não é por acaso que se costuma tributar a Bülow o mérito de ter identificado os pressupostos processuais (DALL'AGNOL, Jorge. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Letras jurídicas, 1988, p. 14). Isso não quer dizer que antes de Bülow não existissem pressupostos processuais, porém, como afiança Adroaldo Furtado Fabrício, “eles estavam disfarçados por assim dizer, sobre outros nomes, não identificados como uma categoria especial, assim como as próprias condições da ação, até um período mais ou menos equivalente, também não estavam identificadas como categorias jurídicas caracterizadas. Existiu um conceito um pouco vago, um pouco indefinido, mas certamente existiu, desde o processo romano mais recuado, mais antigo, no regime, ainda das ‘legis actiones’, onde havia a possibilidade da delação da ação”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Pressupostos processuais: generalidades. Visão histórica*. In: AJURIS. Escola Superior da Magistratura. *Curso de aperfeiçoamento para juizes de direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1984. p. 8.

¹⁶⁸⁰ Prefere-se, aqui, preferir-se a utilização do termo invalidade processual, pois este é mais abrangente, contemplando também as nulidades em sentido estrito e a anulabilidade. Nesse sentido, DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora, 1989. p. 80.

¹⁶⁸¹ Como bem adverte Calmon de Passos, a invalidade é o resultado de um juízo constitutivo do agente político legitimado para essa função. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 38.

¹⁶⁸² A forma do ato processual corresponde ao “revestimento externo do ato, sua feição exterior, os limites exteriores que o individualizam”. É, nesse sentido, “o conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta, ou de solenidades que se devem observar na celebração de certos atos jurídicos”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993. p. 32. É comum distinguir a forma do ato processual das chamadas *formalidades processuais*. As formalidades dizem respeito à forma em sentido amplo, às condições de tempo e lugar em que se leva a efeito o ato processual. Não são, portanto, intrínsecas ao ato processual, mas, sim,

processuais. Para que se possa falar em invalidade do ato processual é necessário, pois, perquirir se a forma prescrita para a sua prática foi respeitada. Porém, mais do que fazer isso, é necessário questionar quais razões justificam, em cada caso, os aspectos formais que lhe são atribuídos. Nessa perspectiva, a forma deve ser vista como um reforço à consecução do escopo do ato. A escolha da forma que deve

circunstanciais. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5). A questão não é pacífica na doutrina, de modo que muitos autores preferem considerar as formalidades como requisitos de validade do próprio ato processual. É o caso de Roque Komatsu, para quem “o lugar, como o tempo e a modalidade de expressão, compõe um dos elementos constitutivos do ato processual”. KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 130). No mesmo sentido, Bruno Brunetti entende que a forma do ato consiste no “*complexo dos requisitos relativos ao modo de expressão, ao lugar, ao tempo no qual a atividade do sujeito deve explicar-se no processo e à comunicação da mesma ao destinatário*”. BRUNETTI, Bruno. *La nullità dela citazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 7, o que também é acompanhado por Ovídio A. Baptista da Silva, para quem o conceito de forma deve corresponder ao modo pelo qual a *substância* se exprime e adquire existência, compreendendo, além de seus requisitos externos, também as circunstâncias de *tempo e lugar*, que não deixam de ser igualmente *modus* por meio dos quais os atos ganham existência no mundo jurídico”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 199). A legislação processual trata do tempo e do lugar dos atos processuais em capítulo diferente daquele em que tratada a questão da forma dos atos processuais, o que poderia indicar uma inclinação do legislador em separar os requisitos de forma do ato dos aspectos circunstanciais. Assim, por exemplo, o art. 212, §2º., do NCPD prescreve que os atos processuais serão realizados em dias úteis, das seis às vinte horas, admitindo-se, no entanto, que “as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se no período de férias forenses, onde as houver, e nos feriados ou dias úteis fora do horário estabelecido no artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal”. Quanto ao lugar dos atos processuais, o art. 217 do NCPD limita-se a estabelecer que “os atos processuais realizar-se-ão ordinariamente na sede do juízo, ou, excepcionalmente, em outro lugar em razão de deferência, de interesse da justiça, da natureza do ato ou de obstáculo arguido pelo interessado e acolhido pelo juiz”. Não se pode negar que, excepcionalmente, o lugar ou o tempo em que praticado o ato processual – diante de certas circunstâncias – poderá viciá-lo, como na hipótese de o oficial de justiça ingressar na casa do réu para citá-lo sem o seu consentimento, violando o seu domicílio em desrespeito ao art. 5º., XI, da CF, ou quando cita o réu que estiver participando de ato de culto religioso, nos três dias de casamento, nos sete dias seguintes ao falecimento de cônjuge, de companheiro ou de qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta ou na linha colateral em segundo grau (art. 244, I, II, III, NCPD).

¹⁶⁸³ Desse modo, “a abolição das formas por meio das quais cada ato jurídico deva ser praticado provocaria a instauração imediata do arbítrio absoluto, tornando simplesmente impossível a convivência social”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 190. De acordo com Antônio do Passo Cabral, “as formalidades proporcionam segurança, ordenação e previsibilidade ao procedimento, gerando expectativas de comportamento que são absolutamente indispensáveis para qualquer sistema processual. Caso os rumos do processo dependessem exclusivamente do capricho das partes ou do juiz, por mais prudentes, diligentes e bem-intencionados que fossem, as incertezas de seus caminhos produziriam uma instabilidade indesejável. Assim, o fenômeno jurídico, e com ele o processo, com vistas a assegurar estabilidades às relações jurídicas, inevitavelmente deve se posicionar em alguma moldura formal”. CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8-9). No direito brasileiro, há longa data, Pimenta Bueno já referia que “Si não fossem as formalidades da lei, a chicana, a duplicidade, o arbítrio, e a injustiça, predominariam com toda a facilidade; por isso mesmo que desde então não haveria regras fixas, nem modo certo e exacto de proceder”. BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 3. ed. correctæ e augmentada pelo advogado João de Sá e Albuquerque. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911. p. 10.

revestir o ato deve, portanto, inspirar-se naquilo que objetivamente se deriva do conteúdo do ato, isto é, na função que o próprio ato, pelo próprio conteúdo que tem, tem no âmbito do processo”¹⁶⁸⁴.

Nesse sentido, basta fazer uma breve análise dos atos que, no processo, são praticados pelo juiz ou pelos auxiliares da justiça, para verificar que as regras que imputam certos requisitos formais a sua prática prendem-se diretamente à necessidade de se fazer respeitar os princípios constitucionais que fundamentam o modelo constitucional de processo jurisdicional democrático, como é o caso do princípio da fundamentação, do contraditório, da igualdade, da publicidade, etc.¹⁶⁸⁵ As regras processuais ganham sua plena significação e espessura normativa quando repercutem os princípios jurídicos processuais, que pressupõe uma imprescindível filtragem principiológica constitucional acerca da aplicação das regras relativas às formas dos atos processuais. Caso contrário, estar-se-á diante de nítido caso de forma pela forma¹⁶⁸⁶, viés nada condizente com a concepção de processo

¹⁶⁸⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 95.

¹⁶⁸⁵ A propósito, podem ser mencionados os seguintes exemplos: os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (art. 11, NCPC). Os atos do juiz praticados quando já presente o motivo de impedimento ou suspeição serão decretados nulos pelo Tribunal (art. 146, §7º, NCPC). A citação poderá ter sua nulidade suprida pelo comparecimento espontâneo do réu (art. 239, §1º, NCPC). Das intimações deverão constar os nomes das partes e seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados, sob pena de nulidade (art. 272, §2º, NCPC). A intimação que não for realizada em nome de advogado indicado mediante pedido expresso será nula (art. 272, §5º, NCPC). A sentença será nula quando não for congruente com o pedido ou com a causa de pedir (art. 1013, §3º, II, NCPC) ou ainda quando lhe faltar a fundamentação (art. 1013, §3º, IV, NCPC).

¹⁶⁸⁶ A doutrina de Paula Costa e Silva caminha na mesma direção, na medida em que também identifica nos atos processuais e nas formas uma exigência dos princípios constitucionais do processo, sendo, pois, essa a função das formas processuais: “afirma-se que a cominação de uma violação de leis formais com a nulidade do acto significaria a prestação de homenagem às regras procedimentais, argumentação que poderia ser considerada estritamente formal. No entanto, não podemos perder de vista que quando a lei estabelece uma determinada seqüência imputa funções específicas a cada um dos actos que integram a cadeia. Atendendo a que *a lei estrutura a forma em obediência ao princípio da economia, isto significa que os actos que integram a cadeia pensada pelo legislador são apenas aqueles que fazem falta a um procedimento que possa considerar-se justo, no sentido de que é informado por um conjunto de garantias*. Não há actos (ou formalidades) inúteis, pois que cada acto tem uma função. A forma é estabelecida para salvaguarda da posição das partes. Consequentemente, faltando um acto (ou uma formalidade) prevista por lei, ter-se-ão frustrado as finalidades que levam à respectiva previsão. Alguém terá ficado prejudicado com a omissão. Do mesmo modo se passam as coisas quando é praticado um acto que não está previsto. Se a lei prevê todos os actos que, numa dada seqüência, são úteis, a prática de um acto para além daqueles que integram a cadeia pensada determina a necessidade de consideração desse acto. (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 493-494).

própria do Estado Democrático de Direito¹⁶⁸⁷. Dito de outro modo, as formas somente são *necessárias* quando reconduzíveis a um ou mais princípios constitucionais que o fundamentam.

Sob essa perspectiva fica fácil entender que o desrespeito à forma do ato processual tem como consequência necessária o seu vício, o qual somente irá servir como fundamento para que se decrete a invalidade quando os princípios que alicerçam a regra relativa à forma do ato também tiverem sido atingidos¹⁶⁸⁸. Esse é o pano de fundo para a aplicação das regras que visam a salvaguardar o ato viciado quando este atingiu sua finalidade e não gerou prejuízo¹⁶⁸⁹, com a vantagem que a remissão ao conteúdo principiológico do processo para que se verifique, em concreto, se o ato atingiu sua finalidade e não gerou prejuízo, permite reduzir a

¹⁶⁸⁷ Nesse sentido, a percuciente lição de Antônio do Passo Cabral: “a concepção moderna do direito processual despreza a técnica desprovida de sentido, rejeita uma moldura teleológica preocupada com resultados éticos e justos. As formas, a técnica processual, o método, têm todos, na atualidade, direcionamento axiológico, sintetizados no movimento denominado “formalismo-valorativo”, na feliz expressão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira”. CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 188.

¹⁶⁸⁸ Um exemplo bastante comum é o da citação. Admite-se a validade da citação, mesmo quando não revestida das formalidades necessárias à prática do ato, se a parte ré comparece espontaneamente aos autos e oferece a contestação. Isso porque se o contraditório, a igualdade e outros princípios que se sobressaem no ato citatório, foram garantidos e permanecem hígidos, o ato atingiu a sua finalidade. Nesse mesmo sentido, exemplifica Fazzalari: “a imperfeita indicação do réu no ato de citação (isto é uma indicação capaz de gerar incerteza acerca da pessoa que se quer trazer ao processo de cognição civil) não tem muita relevância quando a própria pessoa que se quer chamar em juízo, e que foi mal indicada, vem se constituir no processo”. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975. p. 173-174.

¹⁶⁸⁹ Nos termos do art. 277, NCPC, “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Já o art. 282, §1º, do NCPC, segundo o qual “o ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte”. Além disso, o art. 283, parágrafo único, do NPC, estabelece que serão aproveitados os atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte. Ainda sobre o conceito de finalidade e não-prejuízo, cabe referir que existem dois posicionamentos em sede doutrinária. Para José Tesheiner, por exemplo, “a ideia de prejuízo está diretamente relacionada com a finalidade do ato. Se o ato processual alcançou seu escopo, não há que se falar em prejuízo”. TESHEINER, José Maria. *Nulidades no processo civil brasileiro*. / José Maria Rosa Tesheiner, Lucas Pereira Baggio. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 79. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. v. 1, p. 275. Porém, há quem entenda que tal conclusão é precipitada, uma vez que o prejuízo deveria ser analisado em concreto, ao passo que a finalidade poderia ser visualizada em abstrato. Nesse sentido conforme Dall’Agnol, não se afasta que, eventualmente sejam faces de uma mesma moeda, mas, bem focados, revelam distinções. Observe-se que o prejuízo não pode ser conhecido senão em concreto; não há prejuízo a priori. O termo, em sua moderna acepção, significa, basicamente, efeito, dano sofrido por alguém. Já o inatingimento do fim (= não-realização da função) pode ser previsto; pode ser pensado com antecipação. Fá-lo a lei quanto aos atos de forma vinculada. O não atendimento ao modelo legal presume inatingimento do fim. A colocação é, pois, aqui, a priori (nada impede, por suposto, que o ato, no seu concreto realizar-se, ainda que sob defeituosa forma, atinja sua finalidade, cumpra sua função). DALL’AGNOL JÚNIOR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora, 1989. p. 71.

margem de liberdade normalmente conferida ao órgão julgador para afastar a decretação da invalidade tomando como álibi argumentativo a ausência de prejuízo¹⁶⁹⁰.

As coisas não se passam de modo diferente no tocante aos pressupostos processuais. Assim como as regras que instituem a forma dos atos processuais, também as regras pertinentes aos pressupostos processuais têm assento na principiologia constitucional que informa o modelo democrático de processo. Não há processo jurisdicional democrático e, portanto, processo constitucionalmente válido, senão quando alicerçado em um procedimento que tem como fim precípuo salvaguardar o respeito à principiologia constitucional que lhe é inerente. O processo é válido quando seu procedimento é estruturado com o escopo de garantir o respeito ao contraditório, à igualdade, à publicidade, à fundamentação, etc. Processo constitucionalmente válido é o procedimento jurisdicional que tem como característica intrínseca ser dotado por uma série de mecanismos que asseguram o efetivo e permanente respeito aos princípios constitucionais processuais, garantindo-se, com isso, a liberdade e a autonomia das partes numa perspectiva democrática¹⁶⁹¹.

¹⁶⁹⁰ Desse modo, pretende-se evitar qualquer tipo de arbitrariedade baseadas em concepções subjetivas acerca da finalidade do ato processual e da inexistência de prejuízo no caso concreto. Inegável que todo e qualquer vício de forma, assim como a respectiva possibilidade de decretação da invalidade deverá ser aquilatada em concreto, mas isso não significa atribuir ao julgador um espaço livre para fazê-lo. O “filtro” imposto pela necessária análise do caso frente aos princípios constitucionais processuais subjacentes às regras relativas à forma dos atos processuais, de modo a garantir às partes um processo efetivamente constitucional, parece uma forma bastante profícua para se trabalhar com o tema das invalidades processuais. Também no sentido de uma compreensão principiológica do tema das invalidades processuais, Francisco Borges Motta, afirma: “Não é necessário (e nem possível) ‘pré-excluir’ nada do campo hermenêutico, justamente porque não se interpreta ‘previamente’, ou ‘em abstrato’. E nem a regra (que imponha o decreto de uma nulidade, por exemplo) tem um sentido prévio, que pudesse subsistir anteriormente ao caso prático. Ela será, como vimos, *existencializada*, justificada, por um *princípio*, que cumprirá o papel de não deixar que ela se desgarre do mundo prático e de dar-lhe um ‘sentido’ constitucionalmente coerente na sua aplicação (e o ‘sentido’ do decreto de invalidades processuais é, justamente, o resguardo da ‘forma’ que, de sua vez, tanto serve a determinadas finalidades - antes vistas – como à evitação de prejuízos aos participantes do processo). Dessa forma, o ‘pronunciar’ da invalidade processual deve ser visto (sempre) como um ato de jurisdição constitucional, que carrega o fardo de, para ser legítimo, ter de ser principiologicamente coerente. A nossa sugestão, portanto, é simples: compreenda-se e aplique-se o *princípio instituidor* das regras que estabelecem as formas e cominam nulidades, e a pretensão de *correção* da resposta judicial estará assegurada. E melhor: não haverá necessidade de procurar refúgio em padrões potencialmente estranhos à produção democrática do Direito, como o tal ‘sobredireito’ e, mesmo, as indigitadas ‘metanormas’”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 195-196).

¹⁶⁹¹ O processo não é somente relação jurídica (na acepção de Bülow), nem apenas procedimento em contraditório e em simétrica paridade, como quer Fazzalari (FAZZALARI, Elio. Valori Permanenti del Processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Ano XLIV, n. 1. Gennaio-marzo 1989.

Embora existam diversas classificações a respeito dos pressupostos processuais, pode-se mencionar que, em geral, eles costumam ser divididos em pressupostos subjetivos (relativamente às partes e ao juiz), objetivos (demanda, pedido, causa de pedir, nexos lógicos entre ambos) e extrínsecos à relação processual (perempção, litispendência e coisa julgada – que também são denominados de negativos ou impeditivos). Há ainda quem prefira dividir os pressupostos processuais em pressupostos de existência e pressupostos de validade do processo¹⁶⁹². Importa aqui restringir a análise do tema à seguinte questão: a

Padova: CEDAM, 1989. p. 2. Nesse sentido, não deixa de ter razão Lenio Streck quando refere que “o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, em que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito estejam presentes em todo o iter processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountability* hermenêutica”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 322). Também se afeiçoa ao conceito de processo aqui defendido a ampla e acertada concepção de Darci Guimarães Ribeiro, para quem o processo é “um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”. RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*. v. 39, n. 232. Junho de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 20). Na minha linha, pode-se fazer menção a lição de Elaine Macedo e Marco Jobim, segundo os quais “existe um *iter* criado pelo legislador constitucional que institucionalizou um procedimento constitucional processual mínimo para o processo judicial a partir da esquematização sistemática dos princípios [...] Todas as garantias constitucionais revestidas de índole processual devem ser mantidas em qualquer processo, sob pena de ferir-se a própria filosofia constitucional caso não cumprido algum dos princípios lá elencados”. JOBIM, Marco Félix. MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 47.

¹⁶⁹² Cabe registrar que boa parte da doutrina posterior à obra de Bülow passou a enxergar os pressupostos processuais não mais com função condicionante da existência do processo, mas, sim, como condição para “qualquer pronúncia, favorável ou desfavorável, sobre a demanda”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. V. 1. 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1960, p. 59. ROSENBERG, Leo. *Derecho procesal Civil* T. II. Buenos Aires: Publicações Europa-América, 1955, p. 47). A ausência de um dos pressupostos processuais, dessa forma, tornaria inválido o processo, impedindo a decisão de mérito (LIEBMAN, Enrico Tullio. Nota à tradução de CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol 1. 1ª ed., p. 110. DALL’AGONOL, Jorge. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Letras jurídicas, 1988, p. 15). Vale dizer, o juízo a respeito dos pressupostos processuais giraria “sobre a suscetibilidade do proferimento de uma decisão de mérito desse processo”. SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de processo*. Ano 16. Julho-Setembro de 1991. N. 63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991. p. 70). Alguns autores entendem que somente a demanda poderia ser considerada como pressuposto processual de existência (NEVES, Celso, *Estrutura fundamental do processo civil*. São Paulo: Forense, 1955. p. 197. Na doutrina nacional contemporânea, José Orlando Rocha de Carvalho, divide-os em pressupostos de validade e de existência, sendo que estes seriam a existência de órgão investido de jurisdição, a capacidade jurídica do autor e a existência de demanda. CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos processuais e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Bastante controversa é a pertinência jurídica do conceito de inexistência no que diz respeito aos atos processuais. Conforme afoançado por considerável parcela da doutrina, a teoria da inexistência é um requisito do *code napoléon*,

ausência de algum ato que constitua pressuposto processual, o seu defeito ou até a presença de alguma circunstância que caracterize um pressuposto processual negativo vicia o processo na medida em que a sua principiologia constitucional restará comprometida. Isso faz com que a infração à forma e a ausência de um pressuposto processual somente gerem consequências ao processo quando não for possível assegurar o respeito aos direitos fundamentais que institucionalizam as suas respectivas regras.

Partindo dessa constatação, torna-se fácil compreender a afirmação no sentido de que o juízo de mérito deve prevalecer sobre o juízo de admissibilidade

época em que o regime das nulidades era tratado de forma textual, ou seja, o ato nulo assim o era porque uma regra prescrevia a nulidade. As nulidades, na medida em que atingiam a liberdade individual deveriam estar de antemão tipificadas no ordenamento jurídico. Quando não houvesse proibição, a regra hermenêutica de fechamento do sistema era a ideia de que o que não estivesse juridicamente proibido seria permitido. Porém, como desqualificar a juridicidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, se o *code napoléon* não fazia nenhuma restrição em tal sentido? A saída encontrada pela doutrina foi “*desqualificar de antemão a união [entre pessoas do mesmo sexo] semanticamente como casamento*”. Não seria um caso, pois, de nulidade, na medida em que a união entre pessoas do mesmo sexo sequer existiria juridicamente como casamento. CASTRO JUNIOR, Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 125. Essa noção de ato inexistente é tão forte que Pontes de Miranda chegou a afirmar: “*dizer que o legislador pode destruir a separação entre inexistência e nulidade é o mesmo que supô-lo apto a, por exemplo, decretar a mudança de sexo ou abrir audiência na lua*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 3, p. 321. José Tesheiner e Ovídio A. Baptista da Silva apresentam-se como ferrenhos opositores da noção de ato processual inexistente. Conforme Tesheiner e Lucas Baggio “*dizer-se que um ato é inexistente significa que ele foi praticado e, ao mesmo tempo, não foi*. Percebe-se de forma clara a contradição entre os termos da expressão”. TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11. Segundo Ovídio é preocupante “o seguinte resultado a que seremos levados inevitavelmente pela teoria da ‘inexistência’: Joaquim obtivera, contra o proprietário Antônio, sentença favorável na ação de usucapião que propusera, visando ao reconhecimento do domínio sobre uma determinada gleba de terra. A sentença fora regularmente registrada no álbum imobiliário, permitindo que o titular da propriedade, reconhecida pela sentença, alienasse o imóvel a João, que, por sua vez, o vendeu a Paulo, que, vindo a falecer, o transmitiu a seu filho, Carlos. Este apressou-se a dá-lo em hipoteca ao banco para garantia de um financiamento agrícola. Descobriu-se, no entanto, passados mais de dois anos do registro da sentença, que o juiz inadvertidamente não a havia assinado, omissão esta que passara despercebida tanto dos servidores forenses quanto do registro de imóveis. Tratando-se, segundo a doutrina, de ‘ato inexistente’, o demandado Antônio, que fora titular do domínio defeito pela sentença de usucapião, poderia reivindicar a propriedade do imóvel, sem a menor necessidade de desconstituir toda a cadeia de negócios jurídicos posteriores – posto que eles nem mesmo seriam jurídicos, mas apenas ‘vulgares’ – pela singela razão de que o ato inexistente nunca poderá produzir qualquer efeito, sequer a *aparência* de um direito. Se todos esses fenômenos só existiram ‘vulgarmente’, não tendo entrado, por isso, no ‘mundo jurídico’, não poderiam *criar*, aí, uma *aparência* outra coisa não é senão o estado daquilo que *aparece*. Não se haverá de pretender, para transpor a fronteira dos ‘dois mundos’ – o mundo aqui de baixo e o mundo dos conceitos, chamado ‘mundo jurídico’ –, que o ato inexistente seja capaz de ‘aparecer’”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 209. Acertadamente, o Novo CPC não repete a redação do art. 37 do Código de 1973 que considerava inexistente o ato praticado por advogado sem poderes para atuar no processo, e ao mesmo tempo dizia que o ato poderia ser ratificado. Nos termos do art. 104, §2º., NCP, o ato não ratificado será reputado ineficaz, e não mais inexistente.

(art. 488, NCPC). A superação do dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais, que, segundo Barbosa Moreira, desde a década de 80 vem sendo defendida na doutrina alemã, tem sua razão de ser no fato de que é inútil impedir a apreciação do mérito quando, a despeito do vício decorrente da falta ou defeito de algum pressuposto processual, nenhum princípio constitucional do processo encontra-se comprometido. Daí o acerto de Miguel Teixeira de Sousa ao mencionar que seria inadmissível a invocação pelo réu da incapacidade jurídica do autor, bem como obstar o julgamento do mérito a favor da parte em favor de quem, no caso concreto, o pressuposto faltante teria sido erigido¹⁶⁹³. É o que se aceita sem ressalvas quando, a despeito da ausência da intervenção do Ministério Público em ação que o autor é incapaz, o pedido é julgado procedente, inexistindo prejuízo concreto em razão da ausência do referido pressuposto processual, cujo escopo é salvaguardar o princípio da igualdade¹⁶⁹⁴.

Tudo o que foi dito até aqui serve para deixar claro que as chamadas matérias de “ordem pública processual” visam a resguardar o respeito concreto da principiologia constitucional do processo, razão pela qual se torna imperioso que o juiz possa controlá-las de ofício, afinal se trata aqui de uma esfera em que a autonomia das partes deve ceder em favor do conteúdo determinante do processo jurisdicional democrático¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de processo*. Ano 16. Julho-Setembro de 1991. N. 63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991. p. 75-76.

¹⁶⁹⁴ Infelizmente, o Novo CPC teima em tratar a ausência de intervenção obrigatória do Ministério Público como um caso de invalidade. Exemplo similar é o da litispendência e da coisa julgada, institutos que têm assento no princípio da segurança jurídica. Não haveria justificativa plausível para impedir, quando alegada a existência de litispendência, o julgamento do mérito por um Tribunal, antecipando-se frente a outro Tribunal em que pende a mesma demanda, garantindo-se uma definição mais rápida da situação jurídica das partes, desde que isso não prejudique a parte que se beneficiaria com a alegação de litispendência. Da mesma forma, se o demandado sustenta a existência de coisa julgada, não haveria prejuízo nenhum se o juiz julgasse o pedido improcedente. A propósito, Miguel Teixeira de Sousa menciona que “não se vislumbra justificativa plausível para impedir que o tribunal (competente, para não complicar a hipótese) perante o qual foi deduzida a exceção de litispendência não possa antecipar no proferimento de uma decisão sobre o mérito ao julgamento do outro Tribunal no qual está pendente a mesma ação, dado que daquela decisão resulta uma definição mais rápida da situação jurídica das partes”. SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de processo*. Ano 16. Julho-Setembro de 1991. N. 63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991. p. 65).

¹⁶⁹⁵ Em sentido similar, tratando especificamente das convenções processuais, ver GIUSSANI, Andrea. Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 64, n. 1, mar. 2010. Propositamente, não será analisada a questão envolvendo o poder atribuído ao juiz para analisar, de ofício, a falta de legitimidade e a

No que diz respeito às matérias de ordem pública relativas ao direito material as dificuldades para precisá-las avultam. Ao contrário das matérias que compõem a chamada “ordem pública processual”, que recebem vasta enumeração no Novo CPC, as matérias de ordem pública atinentes ao direito material são quase inexistentes no Novo CPC, o qual se limita a conferir ao juiz o poder de reconhecer de ofício a prescrição e a decadência (art. 485, II, NCPC)¹⁶⁹⁶. Desse modo, a delimitação das matérias de ordem pública relativas ao direito material deve ser

ausência de interesse de agir. Tratam-se de matérias que, na verdade, prendem-se ao mérito da causa, constituindo, no dizer de Adroaldo Furtado Fabrício, um passo que se dá dentro do mérito (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: *ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 390). No mesmo sentido, Ovídio A. Baptista da Silva entende que as condições da ação são preliminares de mérito – questões que logicamente devem ser resolvidas dentro do mérito, fazendo parte dele. SILVA, Ovídio A. Baptista da. In: GOMES, Fábio. *Carência da ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 9. Ainda no pensamento de Ovídio Baptista da Silva, encontra-se há longa data o entendimento de que as condições da ação integram o mérito da causa: “já quando o juiz decide sobre a inexistência das condições da ação, ele está declarando a inexistência de uma pretensão legítima do autor contra o réu, estando, portanto, a decidir pela inexistência do direito subjetivo de que deriva a improcedência do agir do autor contra o réu, portanto improcedência da ação. E tal sentença é, já, sentença de mérito, sentença sobre a lide”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 37. Uberaba: Forense, 1983, p. 133-134). Seguindo a tradição do direito brasileiro, que, desde o Código de 1973, considera as condições da ação como questões estranhas ao mérito da causa, o Novo Código de Processo Civil, apesar de não se valer da referida expressão em nenhum momento, continua possibilitando o conhecimento de ofício da falta de legitimidade e da ausência de interesse de agir, considerando que o pronunciamento do órgão jurisdicional nesse sentido não resolve o mérito (art. 485, VII), devendo, ainda, tais matérias, serem deduzidas em preliminar na contestação. Mesmo aqueles autores que aplaudiram a mudança realizada pelo NCP, que não utiliza mais a expressão “condições da ação”, entendem que ele poderia ter avançado ainda mais “para reconhecer que a falta de legitimação ordinária implica improcedência do pedido, e não juízo de inadmissibilidade do procedimento”. DIDIER, Fredie. Será o fim da categoria “condição de ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*. v. 36, n. 197, jul. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 259). Em sentido diverso, Alexandre Câmara entende que o NCP não eliminou a categoria conhecida como condições da ação, mas, sim, aperfeiçoou o seu tratamento, fazendo desaparecer a possibilidade jurídica como condição autônoma (CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria ‘condições da ação’. Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 269, jul. 2011. Há quem repute que a legitimidade ordinária e a possibilidade jurídica do pedido digam respeito ao mérito, enquanto a legitimidade extraordinária e o interesse processual ao juízo de admissibilidade do processo (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual: técnica de regularidade do processo civil*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito – UERJ. Rio de Janeiro, 2014. p. 128). Ricardo de Carvalho Aprigliano faz uma leitura do instituto de acordo com o momento cognitivo do processo: “exige-se a revisitação do instituto das condições da ação para que o seu reconhecimento só possa se dar na fase postulatória (preferencialmente, ao despachar a petição inicial), ou seja, para que esta categoria só subsista na perspectiva da teoria do direito abstrato de ação, que impõe o seu exame *in statu assertionis*. O julgamento posterior será então, necessariamente, de mérito, que não por acaso vem a ser exatamente o tipo de julgamento que as partes esperam obter, e, bem por isso, o escopo principal da atividade jurisdicional”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106.

¹⁶⁹⁶ Além dessa hipótese, pode-se referir o conhecimento de ofício da “prescrição intercorrente” no processo de execução, conforme estabelece o art. 921, §5º., NCPC.

encontrada fora da legislação processual. O problema é que não há uma sistematização legal acerca do tema, o que acaba dando margem à criação discricionária – melhor dizendo, arbitrária – de novas matérias de ordem pública, sempre que, por razões muitas vezes imprecisas e nebulosas, o órgão julgador quer delas conhecer de ofício¹⁶⁹⁷.

No julgamento do recurso especial repetitivo n. 1112524/DF, o Superior Tribunal de Justiça, com base na doutrina de Nelson Nery Jr., referiu, como exemplos de matérias de ordem pública de direito material as cláusulas gerais, a função social do contrato, a função social da propriedade, a função social da empresa, a boa-fé objetiva e a simulação de ato ou negócio jurídico¹⁶⁹⁸. Na verdade, o Código Civil brasileiro prescreve que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como aqueles estabelecidos no código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (art. 2.035, parágrafo único, CC). Além disso, no Código Civil, atribui-se expressamente ao juiz o dever de ordenar, de ofício, que o detentor do testamento o leve a registro (art. 1979, CC), bem como de pronunciar as nulidades do negócio jurídico quando dele conhecer (art. 168, parágrafo único, CC). O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 1.º, estabelece que as normas por ele instituídas são de ordem pública, mas não refere expressamente se todas elas podem ser aplicadas de ofício. Bastante controversa, nesse sentido, é a pronúncia da nulidade de cláusulas abusivas em contrato de consumo, quando, no processo, somente se discute o seu cumprimento ou interpretação. É que, embora o art. 51 do CDC arrole em seus incisos exemplos de cláusulas que, por serem abusivas, seriam nulas de pleno direito, não refere que expressamente que o juiz poderia controlá-las de ofício. Em que pese o verbete da

¹⁶⁹⁷ Conforme já apontamos com base em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça “o artificialismo da distinção entre questões de ordem pública e questões privadas tem servido para chancelar um alto grau de discricionariedade ao juiz, permitindo-lhe criar, em cada caso, novas questões de ordem pública e, assim, decidir de ofício questões que a lei não prevê tal possibilidade. Nesse sentido, por exemplo, o STJ já decidiu ser possível o reconhecimento de ofício, pelo Tribunal de Justiça, da imunidade parlamentar do demandado em ação de indenização por danos morais que tinha sido julgada procedente em primeira instância, da falta da prova literal de dívida líquida e certa em ação cautelar de arresto, mesmo em embargos declaratórios com a imposição de *reformatio in pejus* ao recorrente, e das questões de ordem pública contempladas no Código de Defesa do Consumidor, independentemente de sua natureza, ‘pois transcendem o interesse e se sobrepõem à vontade das partes, falam por si mesmas e, por isso, independem de interlocução para serem ouvidas’”. RAATZ, Igor. NASCIMENTO, Frederico. Crítica à tese do julgamento de ofício das ‘questões de ordem pública em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de processo*. Ano 36. v. 202. Dezembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79).

¹⁶⁹⁸ REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010.

súmula 381 do STJ vede, nos contratos bancários, o conhecimento de ofício da abusividade das cláusulas contratuais, a matéria não é pacífica, havendo, inclusive, recurso especial repetitivo afetado para julgamento¹⁶⁹⁹, a fim de melhor delimitá-la¹⁷⁰⁰. Ainda que a matéria venha a ser pacificada nos contratos de consumo, ela certamente continuará gerando, nas demais matérias, insegurança jurídica e servindo de pretexto para decisões arbitrárias ditadas por mera conveniência.

4.3 O CONTRADITÓRIO E A BOA-FÉ OBJETIVA COMO BALIZADORES DO EXERCÍCIO DOS PODERES DE OFÍCIO DO JUIZ

O modelo de processo jurisdicional democrático desenvolvido a partir dos pilares do Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus pontos centrais, a participação de todos os agentes do processo na construção da causa, o que denota uma ênfase bastante significativa no princípio do contraditório. Dentro dessa perspectiva, os poderes de ofício do juiz não podem servir como um elemento surpresa, pois também o juiz passa a ser partícipe do diálogo judicial e, portanto, do contraditório¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁹ Trata-se do Recurso Especial n. 1.465.832 – RS, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

¹⁷⁰⁰ Impõe-se saber diante de quais causas o juiz poderá pronunciar a nulidade. Melhor dizendo, se as partes discutem um determinado contrato de consumo, o juiz poderá se imiscuir na análise da nulidade de cláusulas que sequer foram incorporadas na causa de pedir ou no pedido? Segundo José Tehseiner: “o juiz pode, sim, decretar de ofício nulidades, mas, para isso, é preciso que a matéria a que elas se referem constitua objeto do processo. Se o devedor impugna a cláusula x do contrato, o juiz não pode decretar, de ofício, a nulidade da cláusula y, porque isso implicaria julgamento *extra petita*. Já, se a instituição financeira propõe ação de cobrança, fundada na cláusula y, então sim pode o juiz decretar sua nulidade, de ofício, porque ela integra o objeto do processo”. Conforme o professor, “a aplicação, pura e simples, do artigo 168, parágrafo único, do Código Civil, leva a conseqüências processualmente inadmissíveis. Vejamos: 1. Em qualquer ação fundada em contrato, o juiz estaria obrigado a examinar, com lente, todas as suas cláusulas, porque seus *poderes* são também *deveres*. 2. O juiz não poderia decretar a inépcia da petição inicial, de devedor que formulasse pedido genérico, do tipo, “decretação da nulidade de quaisquer cláusulas eventualmente nulas”. 3. O tribunal seria obrigado a conhecer de apelação, em que o apelante se limitasse a requerer o exame das cláusulas do contrato. 4. Toda sentença de mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, afirmaria implicitamente a validade de todas as cláusulas do contrato, cuja nulidade não houvesse sido decretada pelo juiz, produzindo coisa julgada, ou melhor, preclusão *pro judicato*, por força do artigo 474 do Código de Processo Civil”. TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre a decretação, de ofício, da nulidade de cláusulas abusivas. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 5, nº 269, 10 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/101-artigos-jun-2005/5248-sobre-a-decretacao-de-oficio-da-nulidade-de-clausulas-abusivas>>. Acesso em 25 out. 2016.

¹⁷⁰¹ Nesse sentido, Araken de Assis afirma que “o poder de direção do juiz só alcança legitimidade democrática e social mediante respeito ao princípio de debate. Ao juiz não é dado prover, tanto no juízo de admissibilidade, quando no juízo de mérito, salvo exceções, sem antes propiciar a discussão das partes a respeito da matéria (art. 9.º e 10)”. ASSIS, Araken de. *Processo civil*

Na sua acepção clássica, o contraditório era concebido a partir do brocardo *audiatur et altera pars*, referindo-se, portanto, à ideia de que ambas as partes devem ser ouvidas, de que a alegação de um só homem não é alegação, devendo o juiz ouvir a ambas as partes, conforme a fórmula do brocardo alemão medieval "*eines mannes red ist keine red, der Richter soll die deel verhoeren beed*"¹⁷⁰². O contraditório, nessa linha, é compreendido somente como uma garantia de defesa das partes, consubstanciada no *binômio informação-reação*. Por sinal, essa concepção do princípio é consagrada no art. 9.º, do NCPD, o qual impõe, salvo em casos excepcionais e expressos, a prévia oitiva da parte contra a qual será proferida a decisão. Trata-se, pois, de garantir à parte o direito de ser informada e de reagir *antes que seja proferida decisão capaz de interferir negativamente na sua esfera jurídica*. Nessa perspectiva, o princípio do contraditório é visto como essencial para que cada parte tenha a liberdade de atacar e de se defender, com ampla oportunidade de conhecer e discutir os documentos e provas apresentadas¹⁷⁰³.

Ocorre que o contraditório também tem sua história, não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido¹⁷⁰⁴. Com efeito, a

brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 895.

¹⁷⁰² MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, Editores, 1945. p. 47.

¹⁷⁰³ VICENT, Jean. *Précis de procédure civile*. Paires: Libraire Dalloz, 1973. p. 445. Não é, porém, inconstitucional que o contraditório seja assegurado em momento posterior à decisão. O direito brasileiro há muito trabalha com as modalidades de *contraditório diferido* e *eventual* como espécies do gênero *contraditório postergado*. Indo nessa direção, o parágrafo único do artigo 9º. do Novo Código permite que o contraditório seja diferido nas hipóteses de concessão de tutela provisória de urgência e de evidência fundada no artigo 311, II e III do Novo Código, uma vez que, nestes casos, o prévio contraditório desnaturaria a viabilidade do instituto da tutela provisória. Haverá *contraditório diferido* quando, após proferida a decisão contra a parte contrária, o contraditório seja automaticamente instaurado com ampla possibilidade de discussão da questão no mesmo processo. Também não viola o princípio a modalidade *eventual* de contraditório, que ocorre na ação monitoria e, também, na execução de títulos extrajudiciais. Nesses casos há uma inversão do contraditório, o qual somente será aberto, com a possibilidade de discussão de determinadas questões, se, eventualmente, a parte ré ou executada sair da inércia e tomar a iniciativa no sentido de impulsionar o procedimento necessário para o debate sobre determinadas questões. Entende-se que também na tutela provisória antecedente há inversão do contraditório. Sobre a existência de um contraditório eventual na ação monitoria no procedimento monitorio e, conseqüentemente, de cognição exauriente a depender da atitude do réu, ver TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitoria: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001. TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: A ação monitoria*. Lei 9.079/95. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001. MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 275, MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitorio*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.

¹⁷⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228. Sobre o tema, ver PICARDI, Nicola. *Audiatur et Altera Pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. A respeito das características

visão estática do contraditório, que antes atendia a uma estrutura procedimental dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz¹⁷⁰⁵, mostra-se insuficiente para dar conta das necessidades do Estado Democrático de Direito. No contexto atual, o contraditório apresenta-se inerente ao entendimento do que seja processo democrático, do que resta implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder¹⁷⁰⁶, tornando o processo um verdadeiro espaço democrático, na medida em que possibilita a participação no processo¹⁷⁰⁷.

Essa nova roupagem do contraditório, como elemento essencial e fator de legitimação democrática do processo, afasta, de imediato, a ideia segundo a qual a parte possa ser considerada simples objeto do pronunciamento judicial no *iter* procedimental¹⁷⁰⁸. O valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo e a cooperação são resgatados¹⁷⁰⁹. A necessidade de uma legitimação democrática, participativa e deliberativa, dá azo à maior abertura do processo às partes, de forma dialética na construção da decisão jurisdicional. As partes têm, nessa linha, o direito

centrais do contraditório na Idade Média, ver KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da idade média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

¹⁷⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. 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*. São Paulo, v.34, n.168, p. 107-141, fev. 2009. p. 117. Essa perspectiva, como bem mostra Nicola Picardi deve-se à passagem do medievo para modernidade, do *iudicium* para o *processus*, que traduz uma mudança no modo de conceber o fenômeno processual. Nesse sentido, com o jusnaturalismo moderno já se evidencia uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética de investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava assim o processo de formalização e de transcrição do diálogo em termos de direitos e obrigações. À concepção clássica de verdade “provável” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta, pré-constituída. Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empirísticos ou racionalísticos – tal verdade com a verdade “material” ou com a “formal”. Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem o contraditório [...] O novo *ordo*, sob a direção do juiz, apresenta, de maneira definitiva, um caráter “assimétrico”, na medida em que fundamentalmente apoiado sob a autoridade, a hierarquia e a lógica burocrática. De resto, já Leibniz havia redimensionado a função do advogado, sustentando que o juiz é, de ofício, o advogado geral das partes (PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136-137).

¹⁷⁰⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.160-61.

¹⁷⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982. v. 1, p. 210.

¹⁷⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista de processo*, n. 73, 1998. p. 10.

¹⁷⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228.

de fazer valer livremente suas razões e de serem atentamente escutadas¹⁷¹⁰. Eleva-se a colaboração entre os sujeitos do processo, afirmando-se que as partes em relação ao juiz não têm papel de antagonistas, mas, sim, de colaboradoras¹⁷¹¹.

Com essa roupagem o contraditório pode ser visualizado a partir de um duplo enfoque: sob um aspecto positivo do contraditório significa um verdadeiro direito de influir sobre a elaboração do provimento judicial¹⁷¹²; sob um aspecto negativo, constitui uma proibição às chamadas decisões surpresas, também conhecidas como juízos de *terceira via*¹⁷¹³, ou seja, como um caminho diverso daquele desenvolvido pelas partes em contraditório¹⁷¹⁴. Nas duas facetas do contraditório o que importa revelar é a posição ocupada pelo juiz, o qual passa também a ser sujeito do contraditório em franco diálogo com as partes¹⁷¹⁵.

O artigo 10 do Novo Código de Processo Civil brasileiro é, sem dúvida, um dos mais importantes dispositivos do Código, na medida em que alberga essa nova roupagem do contraditório, inserindo o próprio juiz no debate processual, ao proibi-lo de proferir decisão, em qualquer grau 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.

¹⁷¹⁰ CALAMANDREI, Piero. Processo e democratiza. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1956. V. p. 679.

¹⁷¹¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 31.

¹⁷¹² COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004. p. 132.

¹⁷¹³ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela "terza via". *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 827.

¹⁷¹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Terza via e processo giusto. *Rivista di diritto processuale*. v. 61. fascicolo 2. Anno 2006. Padova: CEDAM, 2006. p. 758.

¹⁷¹⁵ Conforme Giuseppe Tarzia, "a participação no 'diálogo' não reclama somente que tenha havido aviso da audiência e conhecimento dos pronunciamentos emitidos pelo juiz, e, portanto, a sua comunicação, quando não tenham sido proferidos na audiência. A extensão ao juiz do princípio do contraditório, pelo menos na sua versão mais moderna, comporta a ideia de obrigação em relação ao próprio juiz - e, para aquilo que nos concerne, especificamente para o juiz da execução - de submeter à discussão prévia das partes as questões releváveis de ofício, sobre as quais crê necessário dever pronunciar-se (por exemplo, as questões relativas a competência, a jurisdição, e outras das quais se falou acima), atuando dessa forma, a 'tuteladas partes contra o perigo das surpresas', que parece ser essenciais num processo efetivamente dominado pelo princípio que agora se está examinando". TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 74-75). Nesse sentido, também, MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via". *Rivista Di Diritto Processuale*. v.55, n.4, out. 2000. Padova: CEDAM, 2000. p. 931.

Desse modo, garante-se uma verdadeira proteção às partes contra o perigo de eventuais surpresas¹⁷¹⁶. A abrangência dessa proteção é bastante ampla, devendo-se entender por fundamentos da decisão *todas as questões, processuais ou materiais, idôneas a repercutir no deslinde da controvérsia*¹⁷¹⁷. Assim, *qualquer ponto revelado ao juiz, que seja idôneo a influenciar as decisões pode comportar, independente da natureza da questão revelada, a exigência das partes de contradizer a respeito*¹⁷¹⁸. Isso abarca tanto a *aplicação de normas jurídicas diversas daquelas invocadas pelas partes*¹⁷¹⁹, quanto a atribuição de relevância a elementos fáticos que não foram debatidos entre as partes¹⁷²⁰. Há, por conseguinte, a exigência de prevenção de qualquer decisão surpresa¹⁷²¹.

O aspecto ativo do contraditório, visualizado como direito de influência, guarda inexorável relação com o princípio da fundamentação das decisões¹⁷²². O

¹⁷¹⁶ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 499.

¹⁷¹⁷ DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968. p. 225.

¹⁷¹⁸ GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 837-838.

¹⁷¹⁹ Como pode acontecer no caso no qual se modifique o título da responsabilidade de contratual para extracontratual, ou vice-versa, ou quando se entenda modificar, a respeito da opinião das partes, a natureza do contrato objeto do processo, terminando por aplicar disposições diversas com resultados e êxitos, enquanto em abstrato previsíveis, em concreto não previstas pelas partes (GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 836).

¹⁷²⁰ Como poderia ocorrer no caso no qual, em uma controvérsia referente ao objeto da responsabilidade, o órgão julgante decida a causa com referência ao nexo causal frente a uma contestação do dano inerente ao elemento exclusivamente subjetivo (GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 838).

¹⁷²¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il "giusto processo" civile in italia e in europa*. *Revista de Processo*. n.116. São Paulo: rev. dos tribunais, 2004. p. 132.

¹⁷²² A compreensão do princípio do contraditório como verdadeiro direito de influência somente tem relevância se contrastada com o princípio da fundamentação das decisões. Nisso reside um dos pontos mais sensíveis do Novo Código, que, na contramão da prática judiciária brasileira, trouxe, no seu artigo 489, §1º., trouxe uma série de critérios para balizar o conceito de decisão fundamentada. Cabe aqui ressaltar a previsão do inciso IV do mencionado dispositivo, segundo o qual não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador". Cabe lembrar, utilizando as palavras de Ovídio Baptista da Silva, que "o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas". SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. I, nº. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 340). As partes têm, portanto, "o direito a uma resposta", que compreende "o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes". SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. I, nº. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 340). Sob essa perspectiva, cabe ressaltar que a fundamentação é, também, uma espécie de

contraditório, nesse viés, compreende poderes que correspondem a uma possibilidade de participar ativamente do desenvolvimento do processo e, portanto, de influir sobre os provimentos do juiz¹⁷²³. O contraditório, com efeito, não é só informação, mas, também, participação em toda a atividade processual, de modo que esta participação seja efetivamente capaz de influir no resultado do processo¹⁷²⁴.

Dessa forma, o concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração, tanto na pesquisa dos fatos, quanto na valorização jurídica da causa, informa, de maneira decisiva, a própria extensão do contraditório¹⁷²⁵, fazendo a formação dos provimentos judiciais depender da efetiva participação das partes¹⁷²⁶, face ao poder destas em colaborar com o juiz e, portanto, exercer uma posição ativa de penetrar no seu domínio¹⁷²⁷, tal qual preceitua o art. 6.º do NCPD. Obriga-se o julgador ao debate, ao diálogo judiciário. Com efeito, quanto maior a participação das partes, maiores serão as possibilidades de se chegar a uma solução mais adequada ao caso concreto¹⁷²⁸.

resposta ao princípio do contraditório. Nesse sentido, conforme Antonio do Passo Cabral, é na fundamentação que "o órgão judicante exprime as razões que tiveram contribuição na formação do seu convencimento e dá publicidade à influência exercitada". CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 60, p. 456-457, apr./giug. 2005. Fica evidente, pois, que o direito fundamental à motivação "consiste na última manifestação do contraditório", na medida em que só se tem certeza que as alegações das partes e as provas produzidas, efetivamente, influíram no convencimento do juiz, com o exame da motivação da sentença. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 389.

¹⁷²³ TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994. p. 60.

¹⁷²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os Princípios do direito processual civil na constituição de 1988. In: *Temas de direito processual: Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 243.

¹⁷²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114.

¹⁷²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114-15. VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*: pMOREIRA, José Carlos Barbosa. arte generale. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 1994. p. 126. COSTANTINO, Giorgio. Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 5. Settembre-Ottobre 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 1033.

¹⁷²⁷ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista Di Diritto Processuale*. v. 21. Padova: CEDAM, 1966. p. 608. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral conclui que "o processo é uma atividade dos sujeitos em cooperação, e a co-participação das partes na formação do *decisum* deriva do princípio constitucional do contraditório". CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 60, p. 459, apr./giug. 2005.

¹⁷²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 60, p. 458, apr./giug. 2005. GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010. p.

Conseqüentemente, mesmo no âmbito das matérias que o juiz pode conhecer de ofício – comumente denominadas como de ordem pública – deverá, antes, submetê-las ao contraditório. É o que, inclusive, foi proposto quando da afetação do recurso especial 1.465.832 – RS, pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no sentido de que venha a ser editada súmula enunciando que "na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição"¹⁷²⁹.

Por outro lado, o princípio da boa-fé objetiva (art. 5.º, NCPC)¹⁷³⁰ também deve ser visto como um importante limitador da atuação de ofício do juiz, balizando o seu exercício na perspectiva temporal. A boa-fé objetiva constitui basicamente um padrão de atuação correta, honesta e leal na formação e no desenrolar de uma dada relação jurídica¹⁷³¹. Daí a afirmação corrente de que a boa-fé objetiva é um modelo de conduta, criador de deveres e delimitador de direitos no âmbito de uma dada relação jurídica¹⁷³². Os contornos teóricos da boa-fé objetiva devem-se aos estudos realizados no âmbito do direito civil, notadamente no direito alemão. O processo civil, no entanto, foi o primeiro setor do direito público atingido pela boa-fé, conforme afiança Menezes Cordeiro, notadamente pela incorporação de quatro tipos de casos de aplicação da boa-fé: (i) a proibição de criar dolosamente posições

827. Entendendo que o contraditório não serve de baliza para a justiça da decisão e que é intrinsecamente justa a decisão contra a qual não há objeção GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 2, p. 759, giug. 2009.

¹⁷²⁹ Decisão proferida em 08/09/2015, publicada em 15/09/2015. Resp 1.465.832 – RS, autuado em 15/07/2014, com trâmite perante a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁷³⁰ Para falar de boa-fé processual é necessário distinguir a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva diz respeito ao estado de consciência da pessoa, cujo conhecimento ou ignorância de certos fatos é valorizado pelo direito. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 243). A boa-fé subjetiva, desse modo, serve como elemento do suporte fático de certos atos jurídicos, em que se dá relevância ao fato de que alguém acredita agir conforme o direito ou, na perspectiva contrária, que não sabe estar agindo de maneira ilícita. É nesse sentido que o Código Civil brasileiro considera possuidor de boa-fé aquele que ignora a existência de vícios ou de impedimentos à aquisição da posse. Por muito tempo, no processo civil, a noção de boa-fé estava ligada a um dever de honestidade que gravava os sujeitos do processo a uma presunção de que teriam agido de boa-fé. Embora se falasse timidamente em um dever de lealdade (MILHOMENS, Jônatas de Mattos. *Da presunção de boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 61), a compreensão da boa-fé ficava bastante adstrita à concepção subjetiva.

¹⁷³¹ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 208.

¹⁷³² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.

processuais¹⁷³³; (ii) a proibição de *venire contra factum proprium*, (iii) a proibição de abuso de poderes processuais¹⁷³⁴ e (iv) a *supsessio*¹⁷³⁵.

Dois vetores oriundos da boa-fé objetiva têm repercussão no âmbito da atuação de ofício por parte do juiz: a proibição de *venire contra factum proprium* e a *supsessio*.

A locução proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), veda “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”¹⁷³⁶. Desse modo, o comportamento contraditório das partes com vistas a obtenção de alguma vantagem jurídica é proibido no processo. É o caso em que o executado nomeia determinado bem à penhora e, posteriormente, vem a alegar a sua impenhorabilidade¹⁷³⁷. O mesmo se dá na proibição de recorrer diante da prévia aceitação da decisão (art. 1000, NCPC)¹⁷³⁸ ou ainda no caso em que a parte manifesta seu desinteresse na produção de provas e, posteriormente, vem a recorrer da sentença com base na alegação de cerceamento de defesa. Todas essas situações, podem ser bem

¹⁷³³ Uma vez *proibida a criação dolosa de posições processuais*, todo comportamento violador dos deveres de boa-fé será considerado ilícito. É o caso em que o autor requer a citação por edital alegando dolosamente as circunstâncias autorizadoras para a sua realização, hipótese na qual incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário-mínimo (art. 258, NCPC).

¹⁷³⁴ A *proibição de abuso de poderes processuais* decorrente da boa-fé objetiva constitui nítida hipótese em a boa-fé opera como limitadora do exercício de direitos. Trata-se de tema de grande importância, porém, pouco explorado no âmbito da doutrina processual. Pense-se, a título de exemplo, nas seguintes situações: (i) na hipótese de alienação da coisa litigiosa, a possibilidade de a parte contrária negar o ingresso em juízo do adquirente sucedendo o alienante (art., 109, §1º., NCPC); (ii) a impossibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir, após a citação, sem o consentimento do réu (art. 329, II, NCPC); (iii) o desinteresse na conciliação ou na mediação manifestado por qualquer das partes.

¹⁷³⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 375-378.

¹⁷³⁶ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 742.

¹⁷³⁷ RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO. PESSOA JURÍDICA. GARANTIA. HIPOTECA. BEM IMÓVEL. PROPRIEDADE. OUTRA. PESSOA JURÍDICA. VALIDADE. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. ALEGAÇÃO. POSTERIOR. SÓCIO. PESSOA FÍSICA. DESCABIMENTO. 1. É válida a hipoteca prestada por empresa que livremente ofereceu bem imóvel de sua propriedade para garantir empréstimo de outra pessoa jurídica, ainda que o sócio seja o representante legal das duas empresas. 2. Nessa hipótese, é descabida a alegação posterior formulada pelas pessoas físicas integrantes do casal de sócios acerca de eventual impenhorabilidade de bem de família, razão pela qual inviável a construção interpretativa, na espécie, no sentido da desconsideração da personalidade jurídica da empresa garante, sob pena de violação do dever de boa-fé objetiva dos contratantes, em especial na sua vertente do princípio da confiança (*venire contra factum proprium*). 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1422466/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 13/03/2015).

¹⁷³⁸ Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

agasalhadas no conceito de *preclusão lógica*, a qual constitui a tradução, no campo do processo civil, da proibição do *venire contra factum proprium*¹⁷³⁹.

Na verdade, conforme clássica lição de Moniz de Aragão, o fundamento último da preclusão assenta-se no princípio da isonomia e da lealdade processual, “facilmente infringíveis num processo que siga à risca critério oposto e por isso proporcione às partes conduzi-lo a seu talante e a serviço de seus interesses, o que constituiria campo inigualavelmente fértil para a chicanice e a protelação indefinida dos processos”¹⁷⁴⁰. Não é por outro motivo que Fredie Didier entende que a proibição de comportamento contraditório incide no processo civil limitando a invalidação de atos processuais em razão de comportamento contraditório e extinguindo a faculdade de praticar certos atos em decorrência do fenômeno da preclusão lógica¹⁷⁴¹.

Intimamente ligada ao *venire contra factum proprium* no processo civil está o instituto da *supressio*, que também constitui uma decorrência da incidência da boa-fé objetiva no processo. A *supressio* diz respeito à “*situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé*”¹⁷⁴². Da conjugação entre a proibição de *venire contra factum proprium* e a *supressio* constrói-se um campo fértil para estabelecer balizas temporais à atuação de ofício do juiz no processo civil¹⁷⁴³. Tem razão, nesse sentido, Antonio do Passo Cabral ao defender que o juiz, quando se omite em decidir no saneador, transmitindo aos demais um padrão de conduta significativo, perde, pela preclusão lógica, o poder de decidir¹⁷⁴⁴.

¹⁷³⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: O renascer do 'venire contra factum proprium'. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 157, mar./abr. 2005.

¹⁷⁴⁰ ARAGÃO, Égas Moniz de. Preclusão (processo civil). In: *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Organizador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1989. p. 150. Nesse mesmo sentido, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium. *Revista de processo*. Ano 34, v. 168, fevereiro de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 335.

¹⁷⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. *Leituras complementares de direito civil: o direito civil constitucional em concreto*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 202.

¹⁷⁴² CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 797.

¹⁷⁴³ Conforme o enunciado 375 do FPPC, “o órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”, aplicando-se a ele, nos termos do enunciado 376 do FPPC, a vedação de comportamento contraditório.

¹⁷⁴⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 338.

Ao fim ao cabo, a aplicação da boa-fé objetiva no processo civil pode servir como um poderoso instrumento para controlar temporalmente os poderes de ofício do juiz, notadamente nas chamadas “matérias de ordem pública, evitando que sejam surpreendidas com um pronunciamento judicial que, em razão da omissão do órgão julgador, não esperavam que pudesse ocorrer. Tutela-se, assim, a confiança que legitimamente o órgão julgador gerou nas partes em face de sua conduta (omissiva ou comissiva). Esse modo de encarar a dinâmica processual tem grande repercussão no juízo de admissibilidade do processo e permite que se defenda, em razão do transcurso de tempo, a *supressio* do poder de controlar a regularidade do processo, prestigiando-se, desse modo, a confiança, a cooperação e a boa-fé objetiva¹⁷⁴⁵. Assim colocadas as coisas, tem-se que, analisadas as circunstâncias do caso concreto, a postura do juiz que deixa de analisar a ausência de determinado pressuposto processual durante todo o curso do processo, vindo a fazê-lo somente no momento de proferir a sentença, quebra a expectativa que ele mesmo cria nas partes, no sentido de que obteriam um pronunciamento acerca do mérito da causa¹⁷⁴⁶.

Com efeito, mesmo no âmbito das matérias em que se admite a atuação de ofício do órgão judicial, este não desfruta de absoluta liberdade. Os princípios do contraditório e da boa-fé objetiva atuam como balizadores do poder jurisdicional, evitando decisões surpresa e fixando marcos temporais na dinâmica processual à atuação de ofício do juiz.

Registre-se que, no âmbito do direito civil, a doutrina tem defendido que a incidência do princípio da boa-fé objetiva pode obstaculizar o reconhecimento de nulidades contratuais. Nesse sentido, ver SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

¹⁷⁴⁵ DIDIER, Fredie. Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art.685-A, § 2º, CPC, com o art. 1.482 do CC/2002. *Revista de Processo*. v.32, n.146, abr. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 178, nota 8.

¹⁷⁴⁶ No que diz respeito aos atos estatais, justifica-se, conforme Antônio do Passo Cabral, “a vedação de condutas incompatíveis no princípio da proteção da confiança, que atua pela estabilização das relações jurídicas, inclusive da relação jurídica processual. A proteção da confiança oferece segurança jurídica na tutela das expectativas dos sujeitos não estatais, forte na preservação das situações constantes e estáveis contra modificações jurídicas posteriores (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 339).

4.4 DO INSUCESSO DE UM QUADRO RÍGIDO PARA (DE)LIMITAR A ATUAÇÃO DAS PARTES E DO JUIZ COMO PRESSUPOSTO PARA SE PENSAR EM UM NOVO MODELO DE “DIVISÃO DE TRABALHO”

Da análise até aqui desenvolvida, torna-se possível verificar que não há, apesar de todos esforços teóricos apresentados, caminho seguro a partir do qual seja possível traçar os estritos limites dos poderes das partes e do juiz no processo. Porém, nos moldes aqui trabalhados, alguns pontos se sobressaem e servem de indício para os próximos passos da presente investigação. Talvez, longe de apontar um rígido esquema de divisão de trabalho entre o juiz e as partes, eles sirvam para evidenciar a necessidade de se buscar outras perspectivas para lidar com o tema. Por isso, pode-se dizer que são as conclusões do que até aqui foi desenvolvido que servirão de impulso para a defesa do modelo teórico e estrutural de processo que será abordado no item seguinte.

O pano de fundo para o estudo dos poderes das partes e do juiz foi o princípio da autonomia privada. Com ele, se objetivou trazer à luz um novo modo de encarar a questão da liberdade no processo, indo além do antigo esquema princípio da demanda e princípio dispositivo. A liberdade tributada às partes no processo não é um reflexo único e exclusivo do direito material. Caso isso fosse verdade, seria difícil explicar a liberdade das partes no processo quando, ao final, se verificasse não serem titulares das situações substanciais que afirmam sê-lo. O princípio da autonomia, cujo status constitucional remete ao princípio da liberdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, confere às partes não somente o poder de escolher ir a juízo, mas também de escolher o que alegar e postular em juízo, bem como influir não somente na decisão do órgão jurisdicional, mas também na estruturação do procedimento¹⁷⁴⁷.

Partindo dessas colocações, verificou-se que o conceito de *pretensão processual*, tomado como sinônimo de *objeto do processo*, possui extrema relevância, na medida em que se constitui por uma *declaração de vontade*, feita pelo autor, por meio de uma petição fundamentada para obter uma sentença. É a vontade do autor, portanto, que irá balizar os lindes do pedido e da causa de pedir,

¹⁷⁴⁷ Conforme Antônio do Passo Cabral, “seria estranho pensar que a autonomia das partes lhes desse uma total possibilidade de disposição sobre o objeto do processo mas não lhes conferisse nenhum poder no campo da tramitação do procedimento”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 140.

limitando, desse modo, os poderes do juiz quanto ao objeto do processo. Nesse intento, porém, a maior dificuldade encontrada reside em estabelecer os contornos da causa de pedir, na medida em que ela representa, do ponto de vista inicial do autor, o encontro entre fato e direito. Não há dúvida que a causa de pedir possa servir com elemento balizador da atividade do juiz no processo. Porém, isso é verdade somente a partir de um ângulo de visão muito restrito, que, além de pressupor a separação entre fato e direito, também concebe o fenômeno processual numa perspectiva estática. Na dinâmica processual, fato e direito se interpenetram e sofrem uma gradual transformação cujo resultado é a impossibilidade de traçar uma linha precisa dentro da qual os fatos sejam entregues ao poder de disposição das partes e as suas consequências jurídicas ao poder de disposição do órgão julgador.

O conceito de alegação – como ato imperativo que vincula positiva e negativamente o juiz – tem sua utilidade somente a partir desse espectro estreito em que o fato jurídico apresenta-se com todos os seus contornos no momento inicial do processo. Reflexo do perfil limitado dessa construção foi a necessidade que viu em distinguir a *qualificação jurídica dos fatos* das suas *consequências jurídicas*. Tal distinção é um sintoma das dificuldades decorrentes da separação entre fato e direito. Porém, na medida em que construída dentro do mesmo paradigma filosófico e jurídico em que assentada essa separação, não conseguiu dar conta, satisfatoriamente, dos problemas dela advindos.

Tais problemas teóricos se apresentam tanto do ponto de vista das alegações formuladas pelo autor, quanto daquelas formuladas pelo réu. Quando se trata da alegação de fatos constitutivos ou de fatos modificativos, impeditivos e extintivos sempre há, na concretude do fato, o elemento jurídico. É ele, por sinal, que permite qualificar o fato como constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo. Na perspectiva das alegações de fato realizadas pelo réu também está o juiz vinculado positiva e negativamente. Porém, também nesse âmbito sobressaem-se as dificuldades pertinentes à relação fato e direito.

Note-se que, com tudo isso, não se está a desmerecer construções teóricas de alto nível como a de Mauro Cappelletti. Mas é necessário deixar claro que, além de não darem a devida atenção à autonomia privada como pressuposto cabal da limitação do juiz quanto ao denominado mérito da causa, são elas mesmas limitadas quando se coloca em movimento o processo e, no seu bojo, a construção (fático-jurídica) do caso concreto.

A construção do caso concreto, no qual fato e direito estão em permanente imbricação, pressupõe uma concepção democrática de processo, em que o contraditório, juntamente com os demais princípios constitucionais, intensifica um âmbito de diálogo entre o juiz e as partes para a construção do material fático-jurídico da causa. Os limites de atuação do juiz, nesse âmbito, permanecem adstritos à autonomia privada, porém com isso intensifica-se o papel de todos os agentes do processo. As partes continuam dispondo da liberdade de escolher os fatos principais que serão alegados na causa, porém o contorno fático-jurídico dessas alegações se dá de modo dinâmico e progressivo, tendo a autonomia privada como um dos seus balizadores. Como o processo lida com narrativas acerca dos fatos, esses também são construídos linguisticamente no processo, que já denota a fragilidade de se afirmar, sem ressalvas, que as partes são donas dos fatos principais trazidos ao processo. Tudo isso leva à defesa de um modelo de processo em que o *objeto litigioso* se forma de modo progressivo, e não de modo estanque tão-somente a partir do desenho imutável da causa realizada com a demanda. A demanda é ato inicial do processo. Ela é estática. A pretensão processual é dinâmica, razão pela qual, com a demanda, há somente um rascunho do objeto litigioso que vai ganhando colorido a partir do debate ocorrido no curso do processo. Por isso a distinção objeto do processo, objeto litigioso e objeto do debate aqui proposta. A formação do objeto litigioso, nessa senda, também leva em consideração a participação do réu no processo, o qual também contribui ativamente para a delimitação do mérito da causa.

Em face de tudo isso, torna-se possível dizer que uma rígida divisão de trabalho entre o juiz e as partes, tendente a traçar os marcos que separam a atuação do órgão jurisdicional e a atuação das partes estará inevitavelmente fadada ao insucesso. Não que o esquema conceitual abstratamente desenvolvido para tanto seja inútil. Ele é extremamente importante como indicativo inicial dos limites de atuação do juiz no processo. Porém, e não é demasiado repetir, ele adquire uma certa maleabilidade na medida em que constatado o caráter dinâmico do processo e a inter-relação havida entre fato e direito. Da constatação da insuficiência desse esquema surge a necessidade de traçar novos parâmetros de trabalho, a partir dos quais possam as partes, alicerçadas na sua autonomia privada, construir os limites da atuação jurisdicional também no tocante ao plano da técnica do processo. É nesse âmbito, e a partir das premissas até aqui desenvolvidas, que se tornará

possível estabelecer um diálogo entre a temática envolvendo os negócios jurídicos processuais e a flexibilidade procedimental, nos termos em que serão propostos no seguinte capítulo.

5 FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL COMO UMA NOVA PROPOSTA PARA (DE)LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DO JUIZ: AUTONOMIA PRIVADA, CASE MANAGEMENT E CONSTRUÇÃO COMPARTILHADA DO CASO CONCRETO

Conforme se verificou nos capítulos anteriores, a pergunta pelas condições de possibilidade de uma (de)limitação da atuação das partes e do juiz no processo civil redundava na constatação de que esse “plano divisório” não pode ser tomado, de modo absoluto, a partir de um esquema abstrato de processo. Aliado a isso, tem-se que o papel das partes foi redimensionado no bojo do Estado Democrático de Direito, de modo que o seu poder de autodeterminação passou a abranger, também, terrenos que outrora eram reservados somente ao Estado e, mais especificamente, à legislação. Tudo isso permite colocar em xeque o modelo procedimental rígido que alicerçou o processo civil brasileiro durante a vigência do Código Buzaid, e, ao mesmo tempo, iniciar uma reflexão por um outro modelo, no qual o poder de autodeterminação das partes – materializado no princípio da autonomia privada – sirva de elemento central para a reconstrução do procedimento de acordo com as nuances do caso concreto e para a própria limitação da atuação do juiz – que passa a exigir um elevado grau de legitimação democrática.

Nessa perspectiva, pretende-se, no presente capítulo, fazer uma apresentação do modelo procedimental rígido do Código Buzaid e contrastá-lo com a proposta de adaptação procedimental alicerçada nos denominados procedimentos especiais. Referido modelo, ao pressupor uma prévia eleição pelo legislador mostrasse inadequado para lidar com a complexidade do direito atual, razão pela qual passa-se a pensar outros modos de adaptação procedimental que estejam legitimados pelo poder de autodeterminação das partes, tendo em vista o papel a elas reivindicados na delimitação da atuação do juiz no processo civil contemporâneo. Diante desse panorama, será feita uma breve abordagem dos chamados “negócios jurídicos processuais”, dos poderes de gestão da causa (*case management*) atualmente conferidos ao juiz e do modelo de flexibilização procedimental do Novo CPC, tendo por pressuposto uma comparação com os emblemáticos exemplos do direito inglês e do direito francês. A partir daí serão apresentadas as conclusões da presente investigação.

5.1 A RIGIDEZ PROCEDIMENTAL DO CÓDIGO BUZAID: A CISÃO ENTRE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO E O MITO DA ORDINARIEDADE

O Código de Processo Civil de 1973 divide-se, no que diz respeito ao seu plano organizacional das matérias, em cinco livros. O primeiro trata do processo de conhecimento; o segundo, do processo de execução; o terceiro, do processo cautelar; o quarto, dos procedimentos especiais; e o quinto, das disposições gerais e transitórias. Com exceção do livro pertinente às disposições gerais e transitórias, cuja presença no Código prende-se a questões de pura técnica legislativa, a distribuição das matérias operadas nos demais livros tem sua razão de ser em opções teóricas e ideológicas que marcaram o projeto de Código subscrito por Alfredo Buzaid¹⁷⁴⁸. A exposição de motivos do projeto, por sinal, indicava claramente que a divisão das matérias em livros distintos estava relacionada ao pressuposto da separação entre conhecimento e execução, o que impulsionou a criação de um livro específico para agasalhar o processo cautelar, concebido como um terceiro gênero (*tertium genus*) de processo, em que atos de cognição e execução misturam-se, evitando-se, com isso, a possibilidade de “contaminação” do processo de conhecimento com atos materiais que seriam próprios do processo de execução¹⁷⁴⁹. Essa cisão entre conhecimento e execução é uma herança do direito romano, que,

¹⁷⁴⁸ Pode-se dizer que “o Código de Processo Civil de 1973 teve origem no anteprojeto apresentado, em 1964, pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid. Os anos que antecederam a década de 70, mais precisamente a partir do golpe militar de 1964, foram os “anos de chumbo” do Brasil, que culminaram, em março de 1968, no AI-5, com o fechamento do Congresso, a autorização do Executivo para legislar, a suspensão de garantias constitucionais e legais como vitaliciedade, inamovibilidade ou estabilidade dos juízes, a permissão para o presidente demitir, remover, aposentar, transferir juízes, empregados e militares, e a suspensão das imunidades parlamentares. A linha adotada neste período foi tão dura que o AI-13 criou a pena de banimento do território nacional, a todo cidadão “inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional”. Em nome da “Segurança Nacional” toda e qualquer arbitrariedade era permitida e “legalizada”. Os poderes outorgados ao “executivo” foram de tamanha excepcionalidade que permitiram ao governo legislar sobre assuntos relevantes através de Decretos-Leis. A Constituição de 1967 foi a materialização desses poderes (BUENO, 2010. p. 392). Nesse contexto nascia o Código de Processo Civil de 1973: “instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei”. BUZAID, 1964, p. 28). Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduziriam a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deveria ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito, notadamente a rapidez e a justiça (BUZAID, 1974, p. 9). Seria um resultado da técnica, que transcenderia as fronteiras do país, com validade, pois, para muitas nações (BUZAID, 1964, p. 28)”. RAATZ, Igor. SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 9, n. 17/18, p. 101, 2009.

¹⁷⁴⁹ Nesse sentido, assim prevê o item 11 da exposição de motivos do Código Buzaid: “a matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”.

no bojo da modernidade, se fez absolutamente suficiente para servir de instrumento ao paradigma racionalista que gradualmente foi tomando corpo da ciência processual. Para que se possa compreender adequadamente os pressupostos que pautaram o Código Buzaid torna-se necessário traçar uma breve evolução histórica acerca da matéria.

5.1.1 As Origens Romanas da Separação entre Cognição e Execução

As origens da separação entre conhecimento e execução, o principal pilar do Código Buzaid, podem ser bem apreendidas a partir do conceito romano de jurisdição, o qual se fundava numa noção meramente declaratória da atividade jurisdicional. No centro dessa concepção, estava tanto a distinção entre a *actio* e os *interdicta*, bem como a diferença entre o *iudex* e o *praetor romano*. Esses elementos, cujo estudo é imprescindível para a compreensão da tradição romano-canônica da qual o direito moderno é herdeiro, foram muito bem expostos por Ovídio A. Baptista da Silva ao longo da sua obra, de modo que, no presente item, procurar-se-á seguir as linhas centrais do seu pensamento a respeito do tema.

Segundo Ovídio, o direito romano contava essencialmente com dois institutos de proteção e defesa dos direitos capazes de ser invocados perante os magistrados, quais sejam, a *actio* e os *interdicta*, sendo que estes últimos juntamente com outros meios extraordinários de defesa dos direitos que também estavam a cargo do pretor romano – como é o caso das denominadas *stipulationes praetoriae* e da *restitutio in integrum* – eram considerados providências de natureza administrativa e, portanto, distintas da verdadeira jurisdição¹⁷⁵⁰.

Em sentido amplo, pode-se dizer que os interditos tinham um caráter extraordinário na medida em que não se inseriam no chamado procedimento do *ordo iudiciorum privatorum*, espécie de procedimento ordinário romano abarcado pelas suas duas primeiras fases históricas, quais sejam, a fase da *legis actiones* e a do processo *per formulas*, o qual foi gradualmente sendo substituído pelo processo da *cognitio extra ordinem*, integralmente de natureza estatal¹⁷⁵¹. A fim de evitar

¹⁷⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.

¹⁷⁵¹ Acerca das fases do processo civil romano e da gradual substituição do processo formulário pelo processo da *cognitio extra ordinem*, ensinam, com notável precisão, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo: “Costuma-se, como é curial, delimitar três grandes períodos do processo civil romano: o da *legis actiones*, o *per formulas* e o da *extraordinaria cognitio*. O

confusões, deve-se registrar que é bastante comum, em sede doutrinária, fazer menção aos interditos, assim como a outros mecanismos processuais que não se inseriam no *ordo iudiciorum privatorum*, como instrumentos *extra ordinem* ou *per cognitionem*¹⁷⁵². Isso não significa que os interditos tenham surgido somente na última fase do processo civil romano¹⁷⁵³, mas, talvez, sirva para corroborar a tese de alguns romanistas que o processo da *cognitio extra ordinem* tem sua origem nos remédios complementares de tutela pretoriana, ou, no mínimo, de uma convivência entre o processo do *ordo iudiciorum privatorum* e o processo da *extraordinaria cognitio*¹⁷⁵⁴.

Na verdade, a distinção entre o *ordo iudiciorum privatorum* e os instrumentos de tutela extraordinária, dentre os quais pode-se mencionar os interditos, estava marcada pela bipartição do processo do *ordo iudiciorum privatorum*, que, desde o

primeiro, em vigor desde os tempos da fundação de Roma (754 a. C.) até os fins da república; o segundo, constituindo com o anterior, o *ordo iudiciorum privatorum*, teria sido introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a. C.) e oficializado definitivamente pela *lex Julia privatorum*, do ano 17 a.C., aplicado, já de modo esporádico, até a época do imperador Diocleciano (285-305 d.C.); e o derradeiro, da *cognitio extra ordinem*, instituído com o advento do principado (27 a.C.) e vigente, com profundas modificações, até os últimos dias do império romano do Ocidente”. TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36).

¹⁷⁵² IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: instituciones de derecho privado*. Volumen primero. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953, p. 143.

¹⁷⁵³ Costuma-se dizer que os interditos já se mostravam presentes no período da *legis actiones*, como um instrumento extraordinário de tutela. Nesse sentido: “parece ser que los interdictos se remontan a una antigüedad bastante considerable y asimismo que, durante el período de la *legis actiones*, el pretor emitía estos mandatos en virtud de su *imperium*, respecto de los cuales venía constituyéndose una especie de procedimiento administrativo junto al procedimiento judicial. Cómo se desarrollara después este procedimiento administrativo en tiempo de las *legis actiones*, es algo poco oscuro; pues no tenemos testimonios directos al respecto. Por lo que hace a nosotros, nos basta comprobar que este sistema persistió en el período formulario porque ya existía en el período anterior, y se modificó, naturalmente, beneficiándose de los nuevos medios judiciales del procedimiento formulario, pero mantuvo aquella base esencial suya de la intervención del magistrado, con su *imperium* entre las partes, con el dictado de un mandato”. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: Ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Europa-America, 1954, p. 314). No mesmo sentido, CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957. p. 321.

¹⁷⁵⁴ Essa é apenas uma das teses defendidas pelos romanistas a respeito da origem do processo da *cognitio extra ordinem*. Independente da tese defendida, o que não se pode admitir é a introdução abrupta do referido sistema processual, na medida em que inegável a concorrência da *cognitio extraordinaria* com o sistema do *ordo iudiciorum* (TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 112). Nesse sentido, RAGGI, Luigi. *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem: contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, p. 37. Sobre o tema, consultar, também, Giuseppe Luzzatto, que considera historicamente “inverosimile” a tese de que a origem do processo *extra ordinem* remontaria aos interditos e a algumas estipulações pretorianas, na medida em que tais já poderiam ser encontradas no período formulário e até no período da *legis actiones* (LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna: R. Patron, 1965, p. 113).

período clássico, vinha caracterizado pela sua divisão em duas fases. A primeira fase, denominada *in iure*, desenvolvia-se perante o magistrado judicial, enquanto a segunda fase, *apud iudicem*, era confiada a um juiz privado (*iudex*). Esse modelo bipartido de processo foi adotado desde cedo nas *legis actiones*, mas predominou, sobretudo, no procedimento ordinário do período formulário¹⁷⁵⁵. Com efeito, incumbia ao pretor, na primeira fase do procedimento, “organizar e fixar os termos da controvérsia”¹⁷⁵⁶, decidindo se aos fatos expostos pelo autor cabia um direito que se pudesse fazer valer, contudo sem averiguar se os fatos afirmados podiam ser reputados verdadeiros. Já a segunda fase do procedimento era destinada à produção de provas e à sentença¹⁷⁵⁷. Isso significa que ficava à cargo do juiz privado (*iudex*)¹⁷⁵⁸ declarar a existência do direito afirmado pelo autor no caso concreto, uma vez que o pretor não ditava a sentença¹⁷⁵⁹, o que levou Vincenzo Ruiz-Arangio a afirmar que, naquela época, o processo era “essencialmente un arbitraje”¹⁷⁶⁰.

As coisas não se passavam do mesmo modo no procedimento interdital, cujo ato final consistia na emanação ou na denegação do interdito postulado pelo autor, e

¹⁷⁵⁵ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 430.

¹⁷⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

¹⁷⁵⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 431.

¹⁷⁵⁸ Em regra, designava-se, para a fase *apud iudicem* um único juiz (*iudex unus*), embora em alguns casos pudesse ser designado um órgão colegiado. Conforme Max Kaser, “O JUIZ ÚNICO (*iudex*) é um particular a quem se confia a função judicial como ‘jurado’. A capacidade para exercer a função de juiz e a sua nomeação para o processo concreto formam diferentemente apreciadas conforme a época e as formas de processo. Inicialmente o juiz terá sido escolhido pelo pretor que nomeia, a quem servia como homem de confiança e conselheiro (supra § 80 II 3 início). Mais tarde houve dois sistemas principais: a ESCOLHA (*electio*) pelas partes e a designação por SORTEIO (*sortitio*). Capaz de exercer a função de juiz era qualquer particular livre e de boa reputação, púbere e não diminuído por doença mental ou corporal; na *legis actio* tinha de ser também *civis Romanus*. Na *electio* o autor indica ao demandado alguém como juiz, que o pretor, se o julgar qualificado, só pode recusar se o demandado, por juramento, o declarar inapto para juiz perante ele (*iniquum eierare*). Se a escolha do juiz não se efectua por acordo entre as partes – que nunca é completamente voluntário -, ele é designado por SORTEIO (com base num procedimento por vezes obscuro e controverso). O sorteio estava limitado aos nomes da lista oficial de juízes (*album iudicum selectorum*). A lista, também elaborada por sorteio para processos civis e criminais, incluía apenas senadores até à época dos Gracos; mais tarde e temporariamente também membros da classe dos cavaleiros, mas a sua admissão foi objecto de lutas políticas. Só dentro de estreitos limites as partes tinha direito de RECUSA (*relectio*) por parcialidade. Na *electio*, que se terá imposto na prática mais tardia, não se recorria à lista dos juízes. Desde cedo se superou a distinção entre *iudex* e arbiter (supra §81 II 2), e a designação *iudex* aplica-se também ao juiz com amplo arbítrio”. KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 443-444).

¹⁷⁵⁹ CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957. p. 4.

¹⁷⁶⁰ RUIZ-ARANGIO, Vincenzo. *Istuciones de derecho romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 153.

não na remessa do processo para uma segunda fase perante um juiz privado. Nesse aspecto, o procedimento interdital apresentava-se com as mesmas notas características do procedimento da *cognitio extraordinaria*¹⁷⁶¹, que se consagrou na terceira fase do processo civil romano, na medida em que a bipartição de instâncias veio a ser substituída por uma instância única, do início ao fim do processo, regida por uma autoridade estatal¹⁷⁶². Pode-se dizer, com isso, que, ao contrário do procedimento ordinário, no qual a função do pretor tinha uma importância quase que secundária, limitada a socorrer as partes na impositação da controvérsia *in iure*, nos interditos este mesmo pretor “assume la veste di personaggio principale, emanando egli stesso provvedimenti rivolti al fine di decidere nel merito le controversie tra privati”¹⁷⁶³.

A emanção do interdito – que poderia consistir na exibição de coisas ou pessoas, na restituição de coisas, na destruição de obras ou na abstenção de determinados atos¹⁷⁶⁴ – não representava uma declaração da existência do direito afirmado e postulado pelo autor, na medida em que dependia somente de uma análise *sumária* das circunstâncias da causa, sem a emissão de um juízo a respeito da “verdade” dos fatos aduzidos pelo autor¹⁷⁶⁵. Os interditos eram, portanto, um comando ou uma proibição de ordem do pretor, vocacionados a satisfazer o autor de forma provisional¹⁷⁶⁶ e expedita¹⁷⁶⁷, e que tinham por característica serem “condizionati all’esistenza di presupposti di fatto, non ancora accertati, ma da accertarsi in caso di contestazione o violazione dell’interdetto”¹⁷⁶⁸. Tudo isso acabou

¹⁷⁶¹ GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, p. 6.

¹⁷⁶² TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luís Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 111.

¹⁷⁶³ BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 19.

¹⁷⁶⁴ RUIZ-ARANGIO, Vincenzo. *Istituciones de derecho romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 158.

¹⁷⁶⁵ LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna: R. Patron, 1965, p. 246. Conforme o próprio Luzzatto, “il comando stesso è tuttavia subordinato all’esistenza di un *fumus boni iuris*, e la sua legittimità può essere contestata attraverso un processo”. LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna: R. Patron, 1965, p. 227).

¹⁷⁶⁶ RUIZ-ARANGIO, Vincenzo. *Istituciones de derecho romano*. Traducción de la 10ª edición italiana. por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 159.

¹⁷⁶⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 465.

¹⁷⁶⁸ DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937, p. 232.

servindo para que, hoje, se possa enxergar, nos interditos romanos, uma forma de processo sumário¹⁷⁶⁹.

Afora a natureza sumária dos interditos, estes tinham por característica serem uma decorrência do poder de *imperium* do pretor¹⁷⁷⁰, não consistindo, pois, numa atividade jurisdicional. É possível encontrar, no estudo do processo civil romano, uma clara distinção conceitual entre a *iurisdictio* e o *imperium*¹⁷⁷¹, sendo aquela exercida pelo *iudex* e esta última exclusivamente pelo pretor. Com efeito, enquanto a *iurisdictio* limitava-se a declaração do direito¹⁷⁷², o *imperium* era “un poder ejecutivo y administrativo, pleno y enérgico, de carácter coactivo”¹⁷⁷³. Desse modo, por transcenderem os escopos da função jurisdicional romana, o decreto conclusivo do processo interdital veio a ser considerado como ato administrativo, e não jurisdicional¹⁷⁷⁴. Faltava, pois, nos atos de *imperium*, “una interpretazione o dichiarazione ufficiale del diritto”¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁶⁹ BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 62. Para Biscardi, inclusive, “I carattere sommario del procedimento interdittale e la condizionalità della pronuncia favorevole al ricorrente (*interdictum*) suggerirebbero dei facili riaccostamenti col procedimento monitorio o ingiuntivo delle legislazioni moderne”. BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 63, nota 5).

¹⁷⁷⁰ Nesse sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 90. IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: instituciones de derecho privado. Volumen primero*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953, p. 143. DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937, p. 236-237. BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 20. COSTA, Emillio. *Profilo storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918, p. 105. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: Ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Europa-America, 1954, p. 312.

¹⁷⁷¹ SCHERILLO, GAETANO. *Lezioni sul processo: introduzione alla “cognitio extra ordinem”*. Milano: La goliardica, S.D., p. 297. Alguns autores, no entanto, entendem equivocada uma radical separação entre a *iurisdictio* e o *imperium*, na medida em que aquela não seria outra coisa senão um dos tantos aspectos do *imperium*, na medida em que o magistrado não teria somente a faculdade para sentenciar os litígios das partes, mas, também, o poder público para fazer cumprir suas decisões (CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957. p. 7).

¹⁷⁷² Conforme Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, “a *iurisdictio*, possuindo característica peculiar ao sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, consistia no poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto”. TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38).

¹⁷⁷³ CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957. p. 6-7.

¹⁷⁷⁴ BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 57. TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 90.

¹⁷⁷⁵ DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937, p. 218.

Note-se que, uma vez concedido o interdito, a discussão acerca da existência ou não do direito afirmado pelo autor e, conseqüentemente, das circunstâncias que serviram de condição para a a emanação da ordem pelo pretor, deveria ser dar em outro processo (procedimento *ex interdicto*)¹⁷⁷⁶. E isso somente ocorreria no caso de o réu desacatar a proibição ou desobedecer à ordem, hipótese em que se iniciaria um litígio nos mesmos moldes do procedimento ordinário, perante o *iudex*¹⁷⁷⁷. Vale dizer, a decisão da questão de fundo somente teria lugar em um processo sucessivo¹⁷⁷⁸, de cognição plena, no qual se cumpriria a essência da *iurisdictio*, ou seja, a declaração do direito ou da sua inexistência.

A partir dessa reconstrução histórica a respeito da distinção entre *iurisdictio* e *imperium*, pode-se aceitar com clareza que a jurisdição, no direito romano, acabou sendo limitada ao procedimento ordinário, dado que o pretor não podia proclamar diretamente a existência de um determinado direito¹⁷⁷⁹, e, principalmente, o fato de o processo civil moderno ter incorporado esse conceito limitado de jurisdição, reproduzindo inteiramente a estrutura do processo civil romano, com a separação entre *cognição* e *execução*¹⁷⁸⁰. Cumpre, nessa mesma linha, verificar as razões que levaram à conservação, pela doutrina processual moderna, do binômio cognição e execução, centrado no conceito meramente declaratório de jurisdição, pedra de toque do modelo de processo de conhecimento do Código Buzaid, no qual se consuma, igualmente, a separação entre a atividade puramente normativa e a atividade prática¹⁷⁸¹.

¹⁷⁷⁶ BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 14.

¹⁷⁷⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 465.

¹⁷⁷⁸ RUIZ-ARANGIO, Vincenzo. *Istituciones de derecho romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 159.

¹⁷⁷⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

¹⁷⁸⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 24. Nesse sentido, afirma Ovídio que “a doutrina moderna, guarda absoluta fidelidade aos princípios do direito privado romano, particularmente universalizando as ações, em detrimento dos interditos, com a conseqüente e necessária universalização do *procedimento ordinário*, resultante da instituição do *Processo de Conhecimento* – sem executividade simultânea, na mesma relação processual –, preservou também, por um princípio de coerência lógica, a distinção radical entre *decisão* e *ordem*, de modo a conceber o ato jurisdicional típico (sentença) como constituído exclusivamente de *juízo*, sem que a *ordem* integre o seu *conteúdo*”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 29).

¹⁷⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 35.

5.1.2 A Manutenção da Separação entre Conhecimento e Execução no Direito da Modernidade e sua Recepção pela Doutrina Processual

O direito moderno incorporou essa rígida dicotomia entre *actio* e *interdictos*, *iurisdictio* e *imperium*, *iudex* e *praetor*, com a consagração do Processo de Conhecimento, voltado à declaração do direito, em contraposição ao Processo de Execução. Os fatores que alicerçaram a manutenção das antigas estruturas romanas podem ser identificados, segundo Ovídio Baptista da Silva, em dois princípios de natureza política e filosófica: de um lado “*o predomínio absoluto do valor segurança, em detrimento do valor justiça, enquanto polaridades antagônicas, na constituição da ideia de Direito*”, e, de outro, “*a formação do espírito científico moderno, em sua avassaladora conquista de todos os territórios culturais do Ocidente, de que resultou a completa submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática*”¹⁷⁸².

O ideal de segurança, marcante da filosofia política do século XVII e XVIII, pode ser encontrado em Hobbes e nos demais teorizadores do Estado Moderno Absolutista. Na verdade, é com o primado da vontade do soberano e com a apropriação do direito e do processo pelo Estado que germina o enclausuramento do juiz à lei, ideia que se tornou, depois, tão cara ao Estado Liberal e à codificação pós-revolução francesa. A principal diferença entre os dois momentos históricos reside na legitimidade do elemento de contenção do juiz: se no Estado Absolutista a lei era fruto da vontade do soberano, no Estado Liberal passou a espelhar a vontade do parlamento. De um modo ou de outro, a função jurisdicional encontrava-se limitada à mera declaração.

O espírito científico moderno e o fenômeno da *geometrização do direito* podem ser bem apreendidos a partir da filosofia *racionalista*. Embora o racionalismo normalmente seja tributado ao pensamento cartesiano, a sua invasão no direito deve-se principalmente a Leibniz, que sustentou uma ciência do direito com o mesmo grau de demonstrabilidade e exatidão da matemática. Como para as ciências da natureza somente as verdades claras e evidentes poderiam ser aceitas,

¹⁷⁸² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

o direito processual viu-se premido a abandonar qualquer possibilidade de julgamentos baseados em juízos de probabilidade¹⁷⁸³.

Com efeito, se, por um lado, à adstrição do juiz à lei, entendida como proibição de interpretar, exigia que a decisão somente recebesse esse nome quando definitiva – afinal, decisão provisória era equivalente a uma não-decisão, na medida em que, ao admitir-se que o juiz poderia, posteriormente, revê-la, concedia-se a ele a possibilidade de ser mais do que a boca da lei –, o paradigma racionalista, ao transpor para o direito a lógica das ciências matemáticas, cobrava a busca pela verdade, entendida como certeza geométrica, extirpando do processo qualquer possibilidade de juízos de verossimilhança.

Somavam-se a esse contexto os albores do liberalismo e os ideais de liberdade individual e igualdade formal, expressões de uma nova sociedade que rompia com um passado marcado pelo regime Absolutista. Isso representou para o Direito, a máxima proteção da liberdade individual, com o dogma da *incoercibilidade da vontade*, e a concepção de igualdade dos direitos, com a primazia da *tutela pecuniária*. Assim, a possibilidade de o Estado interferir na vontade dos indivíduos, com a imposição de ordens e meios de coerção, trazia à lembrança os abusos perpetrados pelo antigo regime, razão pela qual a liberdade individual era um imperativo suficiente para se sobrepor à concessão de poderes de *imperium* ao juiz. Por outro lado, como imperava a noção formal de igualdade, a eventual possibilidade do cumprimento específico das obrigações, mediante a utilização de meios de coerção, era contornada pela máxima de que todos os direitos se traduziam em pecúnia, tudo resolvido pelo pagamento do equivalente monetário¹⁷⁸⁴.

Todos esses fatores confluíram para a separação entre processo de conhecimento e processo de execução, a qual sustentava a pureza conceitual dessas duas modalidades de processo. Com isso, o juiz não somente estava impedido de decidir fundado em juízos de probabilidade, como era impensável a prática de atos materiais – e que, portanto, extrapolassem o plano normativo –, antes do final do processo de conhecimento. Somente após o seu fim é que seria

¹⁷⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 117-128. A obra de Ovídio Baptista da Silva é vasta no trato do tema, o qual pode ser consultado, com mais profundidade, principalmente em SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁷⁸⁴ Todos esses elementos foram tratados detidamente quando, no capítulo II da presente investigação, foram abordados os pontos centrais do processo civil liberal.

justificável qualquer agressão ao patrimônio do devedor, prestigiando-se assim valores como a certeza, a segurança e a liberdade individual.

Tendo por base esses pressupostos, torna-se bastante compreensível a afirmação de Carnelutti de que o processo de conhecimento transforma os fatos em direito, enquanto o processo de execução traduz o direito em fatos¹⁷⁸⁵. Vale dizer, o processo de conhecimento não teria o condão de operar transformações no plano fático, limitando-se a função jurisdicional nele exercida à apuração da verdade sobre os fatos alegados pelas partes e à declaração de existência ou inexistência do direito afirmado pelo autor. Somente depois de cumprida essa função, equivalente ao *ordo judiciarum privatorum* romano de competência do *iudex*, é que seria possível, quando necessário para a satisfação do direito do autor, o exercício da função executiva, na qual, conforme Enrico Redenti “*tudo se passa em torno da realização de atos materiais tendentes à satisfação do direito do promovente, como penhora de bens, alienação forçada de bens e pagamento ao credor*”¹⁷⁸⁶. Tendo o processo de conhecimento e o processo de execução funções claramente distintas, também a estrutura interna de cada um desses processos tende a apresentar características próprias conforme a função para a qual foram idealizados. É que, conforme Mandrioli, a estrutura não deixa de necessitar do elemento finalístico ou funcional. Desse modo, ao passo que a estrutura procedimental do processo de conhecimento tem como pressuposto a função para a qual foi concebido, ou seja, declarar o direito, a estrutura do processo de execução é desenhada de acordo com a função primordial do processo de execução, vale dizer, a modificação do mundo fático mediante a prática de atos materiais tendentes a agredir a esfera jurídica do executado¹⁷⁸⁷.

5.1.3 A Estrutura do Processo de Conhecimento e o Mito da Ordinarietà: da Rigidez Procedimental À Plenarietà da Cognição

Tendo em vista a recepção da separação entre conhecimento e execução pela doutrina processual clássica, o Código de Processo civil de 1973 assentou-se

¹⁷⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958, p. 283-284.

¹⁷⁸⁶ REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1949-1952. p. 116.

¹⁷⁸⁷ Nesse sentido, Araken de Assis, para quem “a função executiva opera no mundo dos fatos e a estrutura, em que ela avulta, se caracteriza por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado”. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 2. ed. São Paulo. 48).

no mito da *ordinariedade*, verdadeiro baluarte do processo de conhecimento, na medida em que extirpou do seu livro I qualquer possibilidade de o juiz decidir senão com cognição plena e exauriente. O pressuposto que se faz presente para tanto é de que a função jurisdicional consiste em declarar o direito com base num juízo de certeza próprio das matemáticas¹⁷⁸⁸.

Para atingir esse objetivo, o Código de Processo Civil de 1973 estruturou-se a partir da lógica do procedimento ordinário, seja na perspectiva formal, seja na perspectiva substancial. Ao prescrever que a todas as causas aplica-se o procedimento comum, ordinário ou sumário, salvo disposições do próprio código ou de lei especial, o legislador buscou traçar uma divisão entre procedimento comum e procedimentos especiais, o que não obscurece o papel central do procedimento ordinário, até porque suas disposições gerais são subsidiariamente aplicáveis aos demais procedimentos.

A estrutural formal do procedimento ordinário decorre da sua vocação para atingir a certeza nos mesmos moldes das ciências da natureza. Para tanto, ele é dividido em quatro fases bem demarcadas: fase postulatória, fase saneadora, fase instrutória e fase decisória. O critério definidor de cada uma delas é o da preponderância das atividades exercidas, já que as suas fronteiras nem sempre são muito nítidas¹⁷⁸⁹. Ao lado do procedimento ordinário, o Código de 1973 previu um procedimento sumário, aplicável em decorrência do valor da causa ou da matéria discutida¹⁷⁹⁰. Do ponto de vista formal, o procedimento sumário diferencia-se do

¹⁷⁸⁸ Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, “o chamado ‘processo de conhecimento’, na verdade processo somente ‘declaratório’, vocacionado para demandas *plenárias*, é o instrumento dessa ideologia [de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a ‘vontade da lei’]. É através do ‘processo de conhecimento’, *ordinário* por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o curso da causa, par somente depois de haver descoberto a ‘vontade da lei’ (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 27).

¹⁷⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

¹⁷⁹⁰ Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário: I – nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo; II – nas causas, qualquer que seja o valor: a) de arrendamento rural e de parceria agrícola; b) de cobrança ao condomínio de quaisquer quantias devidas ao condomínio; c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo terrestre; e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; g) nos demais casos previstos em lei. Parágrafo único. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas.

ordinário por ser mais simples e concentrado. Ele é uma espécie de “processo plenário rápido ou acelerado” de que fala Fairen Guillén, na medida em que não representa nenhuma limitação material no seu bojo, mas, somente, uma aceleração formal do procedimento, com simplificação e concentração dos atos processuais¹⁷⁹¹. O que torna distinto o procedimento sumário do ordinário é apenas o aspecto da concentração e simplificação dos atos processuais, elemento que caracteriza o procedimento sumário, no qual se esfumam as linhas divisórias entre as fases do procedimento, sendo menos nítida a preponderância dos atos praticados em cada uma das etapas procedimentais¹⁷⁹². Isso fica bem nítido quando, no procedimento sumário, exige-se que autor e réu, já na fase postulatória, apresentem o rol de testemunhas, formulem quesitos e indiquem assistente técnico (arts. 276 e 278, CPC), bem como se admite que a contestação seja apresentada na forma oral (art. 278, CPC).

Ainda na perspectiva formal do procedimento, é inexorável aos pressupostos da ordinariedade que ele seja rígido e, portanto, previsível. Um procedimento que permite adequações de acordo com as peculiaridades do caso concreto não se afeiçoa ao paradigma racionalista, fundado na busca de segurança jurídica através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou matemática¹⁷⁹³. A geometrização do direito fez com que o processo abandonasse o caso concreto para se valer de generalidades e sistematizações, incapazes de lidar com as diferenças das imprevisíveis situações vindouras¹⁷⁹⁴. A rigidez procedimental apresenta-se, pois, como mais uma faceta da ordinariedade.

Ao lado da rigidez procedimental – e sempre tendo por base o ideal de certeza e de verdade que perpassa a atuação meramente declaratória do juiz no paradigma do Código de 1973 – o procedimento ordinário assenta-se na

¹⁷⁹¹ FAIREN GUILLEN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rapidos (los defectos en la recepcion del derecho procesal comun; sus causas y consecuencias en doctrina y legislacion actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953, especialmente os capítulos III e IV da primeira parte.

¹⁷⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5-6.

¹⁷⁹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.

¹⁷⁹⁴ Ainda com Ovídio, pode-se dizer que “a ‘geometrização’ do Direito, que teve em Leibniz, em Locke e nos demais filósofos racionalistas do século XVII seus representantes mais ilustres, foi depois reproduzida por Savigny na recomendação de que os juristas práticos abandonassem o exame dos casos concretos dada a extrema complexidade de que eles se revestem, a tornar impossível sistematizá-los, subordinando-os a ‘regras gerais’. Segundo ele, não haveria remédio senão renunciar à sabedoria da experiência, como já haviam preconizado os filósofos do Iluminismo, afastando-se cada vez mais da realidade social”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 38.

plenariedade da cognição e no mito da “ampla defesa”, o que, na gênese do Código Buzaid, trazia consigo a exclusão de todas as formas de contraditório que não fosse o contraditório prévio. Com isso, transformavam-se em *ordinárias* todas as demais formas de contraditório, “pois sem liminares de mérito todas elas tornam-se ordinárias, dada a relação essencial entre ‘contraditório prévio e ordinarietàade’”¹⁷⁹⁵. Com isso, tem-se, no procedimento ordinário, uma expulsão de qualquer forma de cognição sumária, o que permite dizer que o procedimento comum, no Código de 1973, ainda que formalmente sumário, era materialmente ordinário.

Assim, a regra do procedimento comum é a formação de decisões definitivas (verdadeiras e, portanto, imutáveis), o que pressupõe máxima amplitude tanto em relação às matérias que nele podem ser discutidas, impedindo-se, desse modo, que determinadas questões sejam pré-excluídas do conhecimento do juiz¹⁷⁹⁶, quanto em relação à profundidade com que o juiz conhece tais matérias, vedando-se, por conseguinte, que a decisão da causa seja baseada em juízos de mera probabilidade¹⁷⁹⁷.

No direito brasileiro, costuma-se dividir a cognição judicial em dois planos. Fala-se em plano horizontal da cognição para tratar das matérias que podem ser conhecidas pelo juiz no processo. Com efeito, no que concerne ao plano horizontal da cognição, o procedimento comum é caracterizado por uma *cognição plena*, ou seja, cognição sem limitação acerca dos fundamentos e defesas pertinentes à situação de direito material deduzida. Aqui se está, pois, diante da extensão da cognição. Por outro lado, a cognição pode ser surpreendida também no plano vertical, referindo-se, então, à profundidade com que o juiz pode conhecer as

¹⁷⁹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 112.

¹⁷⁹⁶ Conforme Víctor Fairén Guillén, “o juízo ordinário, se baseia e tem baseado sempre no desejo de acabar para sempre com o litígio entre as partes de maneira judicial, de tal modo que não seja possível um novo processo sobre o ponto resolvido (a exceção dos remédios extraordinários de revisão). Por isso é de desejar na maior extensão e desenvolvimento das pretensões, de tal modo que todas as relações litigiosas sejam resolvidas. Por isso se permite às partes completar do melhor modo possível seus sistemas de defesas; por isso são amplos os meios de impugnação e os prazos que lhes fazem acessíveis; por isso se dá a eleger às partes entre toda a diversidade de meios de prova. O conjunto, justifica uma copiosa série de formalismos, preclusões, providências jurisdicionais, etc”. FAIREN GUILLEN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953, p. 53).

¹⁷⁹⁷ Sobre o tema, ver a crítica formulada por Ovídio A. Baptista da Silva acerca da expressão “ampla defesa”, utilizada pelo constituinte, conferido ao processo civil o mesmo tratamento conferido ao processo penal quanto à chamada “plenitude de defesa”, em SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

matérias referentes ao processo, hipótese na qual o procedimento comum vale-se da *cognição exauriente*¹⁷⁹⁸.

A definição conceitual do tema cobra precisão técnica, tarefa que, na doutrina brasileira, foi cumprida com perfeição por Ovídio A. Baptista da Silva¹⁷⁹⁹. Nessa senda, com base nas lições de Chiovenda, pode-se contrapor a *cognição plena* à “*cognição incompleta porque parcial*” e a *cognição exauriente* à “*cognição incompleta porque superficial*”¹⁸⁰⁰. Com efeito, a cognição no plano horizontal pode sofrer um corte vertical (sumarização vertical), vedando-se ao juiz “*conhecer de toda uma parcela de questões litigiosas que, não fosse uma determinação do direito material, poderiam ser suscitadas pelo demandado*”¹⁸⁰¹. Trata-se de uma *sumariedade material*, o que significa dizer que a limitação da cognição abarca o plano do direito material, não se tratando de uma mera sumariedade procedimental. É o exemplo corriqueiro das ações possessórias, nas quais o conhecimento do juiz fica limitado à posse, sendo-lhe vedada a análise de questões relativas à propriedade¹⁸⁰². Por outro lado, fala-se em *cognição incompleta porque superficial* em todas as situações nas quais é dado ao juiz decidir com base em juízo de *probabilidade*, sem exaurir todas as possibilidades de conhecimento da matéria em apreço. Aqui, há um corte horizontal (sumarização horizontal) no plano vertical da cognição, tal como nos interditos pretorianos do direito romano e nas liminares do direito contemporâneo.

¹⁷⁹⁸ A distinção da cognição em dois planos (horizontal e vertical) deve sua sistematização à obra de Kazuo Watanabe. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

¹⁷⁹⁹ A obra de Ovídio é vasta no que diz respeito ao tema. A respeito, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aidê, 1989. p. 46. SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 26, n. 80, 2000 ; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

¹⁸⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Azioni sommarie: la sentenza di condanna con riserva. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. v 2. Roma: Foro Italiano, 1930-1931. p. 122.

¹⁸⁰¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 26, n. 80, p. 213, 2000. Conforme o doutrinador gaúcho, “nestes casos, haverá o que a doutrina passou a denominar ‘cognição exauriente’, porém aqui, essa exaustão cognitiva sobre as questões litigiosas, cujo exame lhe fora permitido, pode ser limitadíssima, como ocorre, por exemplo, na ação de anulação de títulos ao portador”. Idem. *Ibidem*). Interessante notar que Ovídio A. Baptista da Silva diverge sensivelmente de Kazuo Watanabe, na medida em que, para o autor gaúcho, haverá *sumarização* da demanda tanto no plano da horizontalidade, quanto da verticalidade.

¹⁸⁰² Essa sumariedade da cognição no tocante ao plano horizontal, com exclusão de certas matérias da mesma causa, costuma estar presente em alguns procedimentos especiais, o que levou a doutrina a utilizar a terminologia tutelas jurisdicionais diferenciadas, cuja nota distintiva estaria justamente na sumariedade da cognição. Nesse sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.

Não fosse isso, é possível pensar na “técnica de sumarização da demanda” em mais duas perspectivas. Por um lado, sumariza-se a demanda impedindo a utilização de certas espécies de prova. É o que ocorre nos chamados *processo documentais*, cujo exemplo mais atual é o do mandado de segurança. Por outro lado, é possível que a sumarização ocorra a partir da reserva de exceções, de modo que certas matérias de defesa ficam reservadas para uma fase posterior – ou até mesmo para um processo subsequente – à análise de parcela do mérito, como ocorre na ação de desapropriação¹⁸⁰³.

O processo de conhecimento, devido ao fato de ter sido alicerçado, a partir do paradigma da ordinariedade, na proibição de juízos sumários (tanto no plano horizontal quanto no plano vertical), mostrava-se indiferente às diferentes necessidades do direito material, até porque partia do pressuposto de que todos os direitos fossem iguais e passíveis de quantificação monetária. No entanto, na medida em que ilusório o mito de um procedimento padrão e universal capaz de lidar com todas as nuances do direito material¹⁸⁰⁴, obrigou o legislador a fugir da rigidez do procedimento ordinário através da criação de *procedimentos especiais* tendentes a oferecer uma proteção adequada e efetiva, rente, pois, ao direito material, para determinados direitos.

A rigidez do procedimento ordinário era tão expressiva que o legislador brasileiro viu-se compelido a tratar esses *procedimentos especiais* em um Livro próprio, não correndo, assim, o risco de infestar o processo de conhecimento e o procedimento ordinário com formas sumárias de tutela jurisdicional. Do mesmo modo, para tratar as situações urgentes que não estivessem contempladas nos

¹⁸⁰³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 47. Essas quatro técnicas de sumarização desenvolvidas por Ovídio, foram reestruturadas ao longo da sua obra, sem que isso representasse alguma mudança na sua essência. Em seu curso de processo civil, em edição lançada cerca de 15 anos após a 2. ed. do seu livro de procedimentos especiais, o professor gaúcho trata dos “processos interditais” como aqueles casos em que há um corte vertical no plano horizontal da cognição, da “antecipação da tutela” como espécie em que é autorizada a análise do mérito com base em cognição sumária a partir de um corte horizontal no plano vertical da cognição, dos “processos sumários documentais” e dos “processos monitorios e injuncionais” para fazer referência aos casos de inversão do contraditório e, conseqüentemente, de reserva de exceções. SILVA, Ovídio. A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3: processo cautelar (tutela de urgência), p. 112-120.

¹⁸⁰⁴ Nesse sentido, afirma Berizonce, “na verdade, a ideia de universalidade do processo ordinário atenta contra a necessidade de tratamento específico das várias situações de direito material. Como se tem dito, esta concepção se inspira na ilusão da *neutralidade* do processo em relação ao direito material, que chega a ser confundida com a autonomia do processo”. BERIZONCE, Roberto O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 165, p. 132-133, nov. 2008.

procedimentos especiais, o Código de 1973 criou um terceiro Livro, em que acomodou o chamado processo cautelar. Nesse livro, agruparam-se as chamadas tutelas de urgência concebidas como espécies de tutela de cognição sumária e, portanto, sem aptidão para redundar na tão sonhada verdade matemática. Isso levou a uma enorme confusão conceitual e ao surgimento das chamadas cautelares satisfativas, pois o processo cautelar agasalhava atos de cognição e atos executivos, embora sem aptidão para a declaração do direito, ficando, desse modo, conhecido como um *tertium genus* de processo.

Em síntese, pode-se dizer que os procedimentos especiais previstos no Livro IV e o processo cautelar – concebido como estrutura capaz de conferir tanto uma tutela genuinamente cautelar quanto uma tutela satisfativa de urgência – funcionavam com verdadeiras “válvulas de escape” frente à plenitude da cognição do processo de conhecimento. Isso acabou gerando diversos inconvenientes, como, por exemplo, a criação das chamadas cautelares-satisfativas pela prática jurídica, que almejava obter uma tutela de natureza satisfativa sem os inconvenientes do tempo normal do procedimento ordinário, dada a situação de urgência apresentada *in concreto*. A única via para tanto era, no Código de 1973, valer-se do processo cautelar. Esse foi um dos motivos que impulsionou as reformas processuais a, gradualmente, derrubarem os muros divisores do processo de conhecimento e processo de execução no Código Buzaid, fazendo com que, aos poucos, ele fosse sendo desfigurado nas suas bases estruturais.

5.1.4 A Crise da Separação entre Conhecimento e Execução e a sua “Superação” no Curso das Reformas do Processo Civil Brasileiro

No direito brasileiro, Ovídio A. Baptista da Silva, na contramão da doutrina nacional e estrangeira, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro, insurgia-se contra a forma equivocada com que o processo cautelar vinha inserido no Código¹⁸⁰⁵. A distinção entre provimentos assecuratórios, nitidamente cautelares, e provimentos satisfativos de cunho provisórios e, portanto, anteriores à sentença em que julgado o mérito de forma definitiva foi, sem dúvida, uma das

¹⁸⁰⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973.

grandes contribuições do professor gaúcho, que nitidamente distanciava-se das lições italianas absorvidas no Brasil¹⁸⁰⁶.

No início da década de 1990, Ovídio apresentou, no XVI Congresso Nacional de Derecho Procesal, realizado em Buenos Aires, o trabalho “decisões interlocutórias e sentenças liminares”, no qual criticava os pressupostos da separação entre conhecimento e execução, principalmente o de que a satisfação do direito significaria uma sentença em que declarado existente de forma definitiva. O exemplo da liminar possessória, na qual o juiz, com uma decisão fundada em juízo de probabilidade, concedia ao autor o que este somente conseguiria pela sentença final de procedência era um notável indicador de que a função jurisdicional, na sua essência, devia ser encarada muito além da mera atividade declaratória de direitos. E mais, a proibição de juízos de probabilidade e a separação entre conhecimento e execução nada mais eram do que artificialismos impostos pela geometrização do direito e pela incorporação da separação romana entre *iurisdictio* e *imperium*¹⁸⁰⁷. Registre-se que, desde 1983, os traços característicos da antecipação da tutela já vinham sendo apresentados e sugeridos pelo professor Ovídio Baptista da Silva à comunidade jurídica brasileira¹⁸⁰⁸.

Tais ensinamentos influenciaram a primeira grande reforma estrutural do Código de Processo Civil de 1973. Em 1994, com a lei 8.952/94, introduziu-se no direito brasileiro o instituto da antecipação da tutela, caracterizado pela possibilidade de o juiz conceder, antes do final do processo de conhecimento, um provimento *satisfativo*, no sentido de realizar o direito, faticamente, no plano das relações

¹⁸⁰⁶ Registre-se que o instituto da antecipação da tutela, inserido no Código Buzaid em 1994 decorreu de uma proposta realizada pelo prof. Ovídio A. Baptista da Silva em 1983. Nesse sentido, referiu o professor gaúcho: “embora pouco tenha se escrito sobre ‘antecipação da tutela’, sabe-se que sua introdução em nosso sistema teve origem numa proposta feita por mim no já longínquo ano de 1983, no inesquecível Congresso, realizado em Porto Alegre, para comemorar os dez anos da promulgação do Código de Processo Civil. Embora sua concepção atual não seja fiel ao projeto original, costumo dizer que o novo instituto deverá ser compreendido como instrumento destinado a ‘interditalizar’ o processo civil brasileiro”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Prefácio da obra de GOMES, Luiz Fábio. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela* (direito e pós-modernidade). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014).

¹⁸⁰⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Revista da *AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 18, n. 51, p. 147-148, mar. 1991.

¹⁸⁰⁸ Nesse sentido, as palavras do próprio professor Ovídio “embora pouco tenha se escrito sobre ‘antecipação da tutela’, sabe-se que sua introdução em nosso sistema teve origem numa proposta feita por mim já no longínquo ano de 1983, no inesquecível Congresso, realizado em Porto Alegre, para comemorar os dez anos de promulgação do Código de Processo Civil”. GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela*: (direito e pós-modernidade). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, *prefácio*).

humanas¹⁸⁰⁹, e *provisório*, tendente a durar até que sobrevenha um provimento definitivo (sentença)¹⁸¹⁰. Com isso, o processo de conhecimento perdia sua pureza conceitual, na medida em que contaminado pela prática de atos capazes de alterar a realidade fática. Começavam a estremecer os muros que separavam o processo de conhecimento do processo de execução.

Com a Lei 10.444/02, foram inseridos os parágrafos 5.º e 6.º ao art. 461 do Código Buzaid, bem como criado o art. 461-A e seus respectivos parágrafos. Essa reforma trouxe os elementos necessários para que a doutrina reconhecesse a existência das sentenças *mandamentais* e *executiva real*¹⁸¹¹, concebendo-se, portanto, cinco classes de sentenças (teoria quinária), viabilizando, pois, a tutela preventiva dos direitos, mediante uma *ordem judicial*, com a utilização de técnicas de indução ao cumprimento, como é o caso da multa diária (*astreinte*), e a tutela do direito à coisa (pretensões reais) e a entrega de coisa, mediante a prática de atos de

¹⁸⁰⁹ SILVA, Ovídio. A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3: processo cautelar (tutela de urgência), p. 84.

¹⁸¹⁰ A antecipação da tutela impõe, portanto, a "realização provisória dos eventuais efeitos da sentença de procedência". SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 124), inserindo-se no terceiro grupo da classificação proposta por Calamandrei, formado pelas providências consistentes em uma decisão antecipada e provisória de mérito, os quais se aproximariam daqueles provimentos considerados por Chiovenda como "acertamentos com prevalente função executiva". CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Paodva: CEDAM, 1936, p. 39). Importante registrar que a provisoriedade inerente a antecipação da tutela diz respeito à estabilidade do provimento, e não necessariamente aos seus efeitos que, em algumas situações, poderão ser definitivos. Para aprofundar a questão, consultar, RAATZ, Igor. ANCHIETA, Natascha. Do conceito de tutela provisória no novo código de processo civil. *Paginas de direito*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7362-do-conceito-de-tutela-provisoria-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 11/11/2015.

¹⁸¹¹ Embora a grande maioria da doutrina utilize a expressão sentença executiva ou sentença executiva lato-sensu, Ovídio A. Baptista da Silva a elas prefere a expressão sentença executiva real, contrariando a doutrina de Pontes de Miranda, "a partir de um pressuposto aceito pelo próprio jurista, para quem, se alguma forma de execução pudesse indicar como *lato sensu* executiva esta seria a execução por crédito do Livro II do CPC, pois 'a forma mais primitiva' de execução é a 'execução pura contra a qual o réu é que vinha a juízo com a sua 'ação' contrária'. A execução obrigacional já corresponde a um instrumento jurídico elaborado com algum refinamento conceitual, próprio de estágio mais evoluído no desenvolvimento histórico do Direito. Ações de execução (por créditos) e ações executivas (*execuções reais*) preenchem, portanto, o campo da atividade jurisdicional executória". Desse modo, Ovídio A. Baptista da Silva crê "que a denominação de *execuções reais* àquelas demandas que contêm em si mesmas a execução, guarda fidelidade à sua natureza e evita que se elabore um tipo de classificação em que elas seriam chamadas ações executivas *lato sensu*, por serem apenas *aproximadamente* executivas, reservando-se às execuções por crédito a condição de verdadeiras (*stricto sensu*) ações executivas. A suposição de que as execuções fundadas numa *pretensão real* sejam formas anômalas de demandas, apenas *lato sensu* executivas, seria uma ideia falsa, que não guarda fidelidade à história da função executiva. A execução que elas contêm é tão ou mais genuína do que a execução por créditos". SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 234).

imperium pelo juiz, como consequência da sentença de procedência. Tinha-se, com isso, abandonada a ideia de que as sentenças do processo de conhecimento somente poderiam operar no plano normativo e, quando muito, permitir a prática de atos executivos em outro processo¹⁸¹². Ao longe, não mais se enxergava a linha divisória entre conhecimento e execução.

Em 2005, os muros que separavam o processo de conhecimento do processo de execução foram derrubados definitivamente. Com a lei 11.232/2005 os resquícios da separação entre processo de conhecimento e processo de execução aparentemente desapareciam do Código de Processo Civil. A partir daí deixou de ser necessário, diante da sentença condenatória, a propositura de uma nova ação e, conseqüentemente, de um processo de execução. O Código incorporou a ideia de

¹⁸¹² O fato de o processo de conhecimento ter sido pensado para prestar somente tutela jurisdicional declaratória do direito, limitada, portanto, a atuar no plano meramente normativo, influenciou grande parte da doutrina a enxergar somente três possíveis eficácias à sentença de procedência. Essa classificação, que ficou conhecida como “classificação trinária”, retira do processo de conhecimento toda e qualquer ação (de direito material) que, depois da sentença, apresentasse alguma atividade jurisdicional interna e inerente à demanda (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1, t.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 115). O que há em comum entre as três classes de sentença, classicamente concebidas como próprias ao processo de conhecimento, é que todas elas se limitam a produzir efeitos somente no âmbito normativo. Fica evidente, por conseguinte, que a rígida separação entre conhecimento e execução, entre *iurisdictio* e *imperium*, obscureceu os olhos da doutrina processual, que não conseguia, na classificação trinária, enxergar outras classes de sentença que fossem voltadas a operar mudanças no plano dos fatos, como acontece com a sentenças mandamentais e executiva lato-sensu, cuja eficácia, e seus conseqüentes efeitos, representa, justamente, a satisfação do direito material alegado pelo autor. Desse modo, a doutrina clássica subsumia no conceito de condenação também as sentenças mandamentais e executivas lato-sensu, afirmado que, na verdade, a questão toda se resumiria na forma da realização da prestação contida na sentença. Desse modo, somente a superação da rígida separação entre conhecimento e execução, bem como da correlata máxima *nulla executio sine titulo* seria capaz de permitir o reconhecimento de outras classes de sentenças que não aquelas três (declaratória, constitutiva e condenatória) incapazes de operar no mundo dos fatos. Registre-se que, enquanto as sentenças declaratórias e constitutivas têm o condão de, por si só, satisfazer o direito do autor, na medida em que este, com elas, busca somente a produção de efeitos no mundo jurídico, as coisas não se operam do mesmo modo com a sentença condenatória. É que, embora a sua eficácia declare que o réu violou o direito do autor e que, por isso, deverá sofrer as conseqüências que lhe são impostas pela ordem jurídica, não tem aptidão para transformar o plano fático. O que faz com que o autor dependa da prática de atos posteriores à sentença, tornando bastante precisa a definição de Calamandrei para quem a sentença condenatória é “a chave indispensável para abrir as portas da execução, ou melhor, o bilhete de entrada sem o qual não é possível atravessar a porta do processo executivo”. CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: EJE, 1954, p. 20). Daí que, presos ao mito da ordinariade e à cisão cognição-execução, por muito tempo diversos autores negaram a existência de sentenças capazes de, no próprio processo de conhecimento, alterar a realidade material. É o caso de Humberto Theodoro Junior, para quem “tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para atribuir uma natureza diferente a tais sentenças”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, nº 499, p. 70).

um só processo – chamado processo sincrético – dividido em duas fases: uma, de conhecimento; outra, de execução. É verdade que a mudança legislativa se fundamentou muito mais em exigências sociais de maior *efetividade do processo*, do que no escopo de romper com o paradigma da ordinariedade próprio do processo de conhecimento. E, justamente por isso que, apesar de a separação estrutural, a olho nu, não mais se fazer presente no Código Buzaid, a força do paradigma permanecia oculta, reclamando um exame mais apurado da questão, de modo a aproximar o processo de conhecimento e a sua estrutura procedimental das necessidades do direito material.

5.1.5 O Panorama Estrutural do Novo CPC

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) rompe com a estrutura do Código de 1973 e, em certa medida, com a divisão clássica entre conhecimento e execução. O sentido moderno de Código, por sinal, reivindica para si três elementos: a ab-rogação do direito anterior, sistematicidade e autossuficiência. O Novo CPC, em que pese não signifique do ponto de vista material uma ab-rogação total do direito anterior, uma vez que certos temas – como o processo de execução – em muito pouco foram modificados, importa um novo sistema e, por conseguinte, uma nova estrutura. Enquanto o Código Buzaid se estruturava nos termos dos cinco livros mencionados, o Novo CPC é dividido em duas partes: uma parte geral, composta por seis livros, e uma parte especial, composta por quatro livros, dentre eles o livro “disposições finais e transitórias”. A parte geral, com efeito, trata “das normas processuais civis”, “da função jurisdicional”, “dos sujeitos do processo”, “dos atos processuais”, “da tutela provisória” e “da formação, da suspensão e da extinção do processo”. Já a parte especial trata “do processo de conhecimento e do cumprimento da sentença”, “do processo de execução”, “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, contando ainda com um livro complementar que versa sobre as disposições finais.

Dois pontos chamam atenção se cotejado o Novo Código com o anterior: o Livro I da parte especial, que trata tanto do processo de conhecimento quanto do cumprimento da sentença, e o Livro V da parte geral, que trata da tutela provisória. Essa disposição estrutural deixa bem claro que, para o Novo Código, o binômio

cognição e execução, nos moldes em que construído no seio da modernidade, foi abandonado, permitindo que se possa pensar em um novo modelo de processo.

5.2 TENDÊNCIAS DE SUPERAÇÃO DO MITO DA ORDINARIEDADE: PROCEDIMENTOS ESPECIAIS E TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS

Ainda que sem fugir totalmente do “mito da ordinariedade”, o sistema processual brasileiro encontrou, nos procedimentos especiais, uma espécie de válvula de escape, na qual era possível fugir o esquema rígido do procedimento ordinário e da plenariedade. No fundo, essa tendência de revalorização dos procedimentos especiais e, posteriormente, das chamadas “tutelas jurisdicionais diferenciadas” tinha por pressuposto a necessidade de conferir ao processo instrumentos capazes de adequá-los às necessidades do direito material. Embora, nesse primeiro estágio, as discussões sobre a adequação procedimental tenham sido relevante para tirar o processo do espaço de neutralidade que o processualismo científico tinha conferido a ele, isso foi insuficiente para que se pudesse construir um modelo de processo adaptável às circunstâncias do caso concreto. O desenvolvimento dessa história e as confusões terminológicas dela advindas, constituem o cerne dos próximos itens da pesquisa.

5.2.1 Adequação (em Abstrato) do Processo Ao Direito Material: dos Procedimentos Especiais Às Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas

Ponto de partida para a superação do mito da ordinariedade é o reconhecimento da necessidade de se pensar o direito processual numa relação de adequação frente ao direito material. Isso significa que a separação entre processo e direito material, que redundou na construção de uma disciplina processual totalmente autônoma, no sentido de se desenvolver de maneira independente do direito material afirmado em juízo, mostra-se ultrapassada, pois a autonomia

científica do processo não pode significar neutralidade e indiferença em relação ao direito material, ao contexto social e ao caso concreto¹⁸¹³.

Um dos pilares dessa neutralidade do processo em relação ao direito material é a universalização do procedimento ordinário, concebido “como a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões culturais da civilização moderna”¹⁸¹⁴. Referido procedimento, na medida em que estruturado para abarcar toda e qualquer situação de direito material, pressupõe uma cognição plena e exauriente¹⁸¹⁵, idealizada a partir de uma forma ordinária de contraditório prévio¹⁸¹⁶ e de uma pseudo-economia processual¹⁸¹⁷. Em linhas gerais, o ideal de segurança

¹⁸¹³ GÁLVEZ, Juan Monroy. PALACIOS, Juan José Monroy. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. In: PALACIOS, Juan José Monroy. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Perú, 2004. p. 42-43. O equívoco de que a autonomia do processo representaria verdadeira indiferença ao direito material foi bem sentido no Brasil, notadamente pelas críticas formuladas à inserção, no Código de 1973, do livro relativo aos procedimentos especiais. Alguns autores chegaram a afirmar que se tratava de uma indevida subordinação do processo ao direito material, que atentava contra a sua autonomia e que prestigiava a teoria civilista da ação (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Processo, procedimento e direito material*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v.1. Uberaba, vitoria, 1975, p.153-171).

¹⁸¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 103.

¹⁸¹⁵ Nesse sentido, Ovídio A. Baptista da Silva refere que o procedimento ordinário “é mais que um procedimento (Apenas formalmente) ordinário: - é o procedimento da ‘cognição ordinária’, como refere Chiovenda que, conceitualmente, elimina as demandas *sumárias*”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 151-152).

¹⁸¹⁶ Ao contraditório prévio, que pressupõe a primazia da cognição sobre a execução, contrapõem-se o contraditório diferido e o contraditório eventual. A propósito, Ovídio A. Baptista da Silva refere que “tanto o contraditório *diferido*, quanto o *eventual* quebram a ordinaryness. O primeiro porque, ao inverter as fases do *ordo iudiciarum privatorum*, desfaz o procedimento ordinário, admitindo que se execute antes da sentença, conseqüentemente, antes da formação do título executivo; o *eventual*, porque elimina o contraditório do interior da demanda, transferindo-o seja para uma ação incidental, como nos embargos de devedor, seja para uma ação independente, como nas possessórias e nas ações cambiárias; seja, enfim, em ações particulares, como ocorre na ação de desapropriação e na busca e apreensão do Decreto-Lei 911, e de 1º de outubro de 1969”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 155). Nessa linha, “o que torna significativa a distinção entre o contraditório *eventual* e as demais expressões do princípio é que nele haverá uma *inversão do contraditório*, em razão da autonomia que a lei empresta ao que seria apenas *fase* inicial de uma única demanda, se o contraditório fosse *diferido*. Se ao invés de *diferido* o contraditório for *eventual*, aquilo que fora ‘fase inicial’ irá transformar-se em ‘demanda inicial’, ou demanda sumária, tornando-se, porém, uma ação independente. Fracionaremos a primitiva ação, provavelmente *plenária*, em duas, sendo uma delas *sumária*. Ao desmembrar-se em duas a primitiva demanda única, o princípio provoca uma inversão do ônus de iniciativa do contraditório. Quem obtém a vantagem no *sumário*, fica dispensado de promover o *plenário*. Nele, o demandado tem sua defesa limitada a determinadas questões, cortando-se *verticalmente* uma parcela da primitiva lide *plenária*, como corre nas possessórias. A defesa que fora vedada no juízo possessório poderá alimentar a subseqüente demanda petítória, porém com a condição de que aquele que, como réu sucumbira no possessório, torne-se autor da demanda fundada em direito, não mais no simples fato da posse (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157).

¹⁸¹⁷ Segundo Ovídio, “em geral, imagina-se que o princípio da economia processual seja uma arma contra a morosidade processual, quando, na verdade, ele contribui para que os processos se

jurídica impõe que o procedimento ordinário seja, além disso, rígido e inflexível, e com forma sólida¹⁸¹⁸.

É certo, no entanto, que essa estrutura rígida e universalizante do procedimento ordinário não se afeiçoa à necessidade de que o processo seja adequado ao direito material. Fala-se, nessa perspectiva, de uma adequação objetiva, no sentido de que o processo seja adaptado ao seu objeto, no caso, a relação jurídica de direito material, uma vez que, conforme Galeno Lacerda, “atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado”¹⁸¹⁹. Desse modo, como alternativa ao procedimento ordinário, sobreleva a importância atribuída aos procedimentos especiais, inspirados no objetivo de adequar o processo às exigências particulares das diversas situações nas quais deve operar¹⁸²⁰, de modo a atender à maior aderência dos mecanismos processuais às características de cada direito material e a promover o direito fundamental à igualdade¹⁸²¹.

tornem mais lentos” [...] Na verdade, quem pretende fazer economia é o Estado, obrigando a que as partes controvertam logo, num único processo, tanto a causa principal quanto aquelas que lhe estariam ligadas por algum vínculo de conexão ou dependência [...] Para obter essa economia, o Estado dilata, até onde pode, as dimensões tanto objetivas quanto subjetivas da causa originária, estimulando, de um lado, as cumulações de duas ou mais lides, mesmo que elas não guardem entre si nenhum parentesco objetivo; e de outro, estimulando os litisconsórcios e intervenções de terceiros, de tal modo que a lide, já pressuposta em si mesma *plenária*, seja sobrecarregada com o peso, às vezes insuportável, das demandas a ela acrescidas. O resultado disso tudo, como fator de morosidade processual, pode ser facilmente avaliado”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 162-164).

¹⁸¹⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 191.

¹⁸¹⁹ LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de adequação do processo. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre: IARGS, 1976, p. 164. Galeno Lacerda, um dos precursores no tratamento do tema no direito brasileiro, trata do tema em três perspectivas: adequação subjetiva – pertinente aos sujeitos do processo, seara na qual podem ser mencionados os prazos processuais em favor da Fazenda Pública e a intervenção obrigatória do Ministério Público –, adequação objetiva – pertinente às relações entre o processo e o direito material – e a adequação teleológica – relativa ao à finalidade da função jurisdicional e o respectivo procedimento.

¹⁸²⁰ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 701.

¹⁸²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. A "plenitude de defesa" no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 126. Nessa linha, adverte o autor que isso significa duas coisas igualmente importantes: a) na medida em que o processo oferece aos diferentes direitos materiais que lhe cabe tratar, procedimentos diferenciados e, tanto quanto possível, adaptados a suas exigências peculiares, fortalece-se o princípio da instrumentalidade do processo, tornando-o funcionalmente adequado e harmônico com sua finalidade de dispositivo realizador do direito material; b) significa também o reconhecimento da velha verdade, tão conhecida dos filósofos e juristas, de que a observância do princípio da igualdade - elemento essencial à ideia de direito - exige que se tratem desigualmente as coisas desiguais. E mais, obriga-nos a admitir que nenhuma organização política que se gabe de estruturar-se como Estado de Direito poderá abolir determinados privilégios, como se não houvesse, necessariamente, uma escala de valores que o direito material institui, invariavelmente, e que o

Conseqüentemente, ao lado do procedimento comum ordinário, que constitui a regra geral, gradualmente foram sendo criados pelo legislador outros procedimentos, que, por fugirem em diversos aspectos da estrutura do procedimento ordinário, recebem o nome de procedimentos especiais¹⁸²². A ideia comum nessa matéria sempre foi a inicial definição de um modelo procedimental básico, destinado à generalidade dos casos, e, posteriormente, a instituição de acréscimos, supressões ou modificações de atos para que se fossem construídos outros procedimentos¹⁸²³. Tais procedimentos, abstratamente previstos em lei, serviriam para promover uma maior adequação do processo à situação de direito material, na medida em que instituídos de modo específico e individualizado para o trato de determinadas causas¹⁸²⁴. No caso, a adequação do procedimento ao direito material é instituída pelo legislador, sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto. Trata-se, pois, de uma adequação abstrata¹⁸²⁵.

Não há consenso teórico acerca dos elementos que caracterizam os chamados procedimentos especiais. O ponto é decisivo para que se possa precisar se tais procedimentos, de fato, representam uma superação do mito da ordinariedade. Adroaldo Furtado Fabrício, por exemplo, entende que o problema de ser completa ou não a cognição é um dado apenas acidental nos processos de rito especial, de modo que a regra é que neles a cognição seja plena¹⁸²⁶. Em sentido diverso, Ovídio A. Baptista da Silva visualiza, na grande maioria dos procedimentos

processo civil deve reconhecer, levar em conta e instrumentalizar". SILVA, Ovídio A. Baptista da. A "plenitude de defesa" no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 127.

¹⁸²² Nesse sentido a clássica lição de Manuel Dias da Silva: "processo comum é o que se aplica à generalidade das causas, à defesa judicial de *qualquer direito* não expressamente exceptuado por lei; *processo especial*, ou antes *processos especiais* são os que se destinam à defesa judicial de *certos e determinados direitos* expressamente designados por lei". SILVA, Manuel Dias da. *Processos civis especiais*. 2. ed. revista e actualizada pelo professor José Alberto dos Reis. Coimbra: França Amado, 1919. p. 14. Para uma profunda análise histórica do surgimento dos procedimentos especiais, ver LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 28-46.

¹⁸²³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 8, t. 3: arts. 890 a 945, p. 6.

¹⁸²⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 38.

¹⁸²⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. In: *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante*. Coordenadores Fernando da Fonseca Gajardoni, Márcio Henrique Mendes da Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 24.

¹⁸²⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 8, t. 3: arts. 890 a 945, p. 7.

especiais, modalidades de processos materialmente sumários¹⁸²⁷. Diante dessa imprecisão terminológica, há quem prefira diferenciar os procedimentos especiais das, assim chamadas, tutelas jurisdicionais diferenciadas, como é o caso de Ricardo de Barros Leonel, para quem o critério da “*limitação da cognição realizada pelo magistrado no processo*” é o único efetivamente adequado para a construção do conceito de tutela jurisdicional diferenciada¹⁸²⁸. A proposta do professor paulista tem o mérito de destacar aquilo que é, essencialmente, o elemento decisivo do rompimento com a ordinariedade (entendida em sentido lato), que é justamente a sumariedade material. Porém, deve-se questionar em que medida o uso crescente do termo “tutelas jurisdicionais diferenciadas” mostra-se suficiente para, por si só, romper com as bases do procedimento ordinário. É o que se levará à discussão no próximo item.

5.2.2 Da Equivocada Difusão do Termo Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e sua Crise Conceitual

A difusão do termo “tutelas jurisdicionais diferenciadas” deve-se ao jurista italiano Andrea Proto Pisani, que escreveu sobre o tema na década de 70, mais precisamente no contexto das reformas legislativas pertinentes ao processo do trabalho, cuja importância política era bastante significativa. Basicamente, duas eram as perspectivas que levaram Proto Pisani a se debruçar sobre o tema das tutelas diferenciadas, inicialmente em um ensaio publicado em 1973¹⁸²⁹. Por um lado, Pisani defendia a constitucionalidade do novo procedimento para a tutela das relações laborais surgido com a Lei 533/73, o qual era pautado pela oralidade e pela concentração dos atos processuais, sendo, desse modo, capaz de conferir uma tutela jurisdicional mais rápida e efetiva aos trabalhadores se comparado ao procedimento ordinário de cognição plena. Por outro lado, a Lei 300/70 havia instituído uma tutela sumária para a repressão da conduta anti-sindical, que constituía a primeira intervenção do legislador republicano com vistas a munir com

¹⁸²⁷ Nesse sentido, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993, *passim*. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 101-120.

¹⁸²⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 78.

¹⁸²⁹ Trata-se do artigo *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, publicado na revista *Foro italiano*, v. 205.

uma tutela jurisdicional efetiva um direito de liberdade, no caso, o direito de liberdade de associação sindical¹⁸³⁰.

As duas situações tratadas por Proto Pisani sob o *nomen juris* “tutela jurisdicional diferenciada” eram tecnicamente distintas, o que, no entanto, passou despercebido da grande maioria da doutrina, como reconheceu posteriormente o próprio jurista italiano. Na verdade, a primeira situação versava sobre um rito especial de cognição plena (sumariedade formal), enquanto a segunda dizia respeito a um processo de cognição sumária não cautelar desatrelado do requisito do *periculum in mora* e voltado à tutela do direito à liberdade¹⁸³¹. Posteriormente, em 1979, Pisani buscou deixar claro a *equivocidade* do termo “tutela jurisdicional diferenciada”, advertindo que, entendida literalmente, a expressão conduziria a uma obviedade, qual seja a de que “*a bisogni diversi di tutela devono corrispondere forme diverse di tutela*”¹⁸³². No entanto, é possível encontrar no referido ensaio duas acepções para a expressão tutela jurisdicional diferenciada, de modo que *uma coisa* é a tutela jurisdicional diferenciada como a predisposição de mais *procedimentos de cognição plena e exauriente* alguns dos quais modelados sob peculiaridades de determinadas situações de direito material; *outra coisa* é a tutela jurisdicional diferenciada como a predisposição de formas *típicas* de tutela sumária, seja de natureza cautelar, seja de natureza satisfativa¹⁸³³. Isso significa que, nas lições iniciais de Proto Pisani, tanto os procedimentos especiais (formalmente sumários) quanto as formas de tutela materialmente sumária enquadrariam-se no conceito “tutela jurisdicional diferenciada”.

Porém, a ênfase que o jurista italiano objetivava conceder era para a segunda situação, vale dizer, à sumariedade material, e não à construção de ritos especiais de cognição plena. Tanto é assim que, em ensaio publicado em 2006, Pisani assume sua culpa por não ter, na década de 70, evidenciado com o máximo de clareza a diferença – o “fosso”, como diz ele – que se coloca entre os ritos especiais de cognição plena e os processos sumários não cautelares. Com isso, ele pretende atacar a proliferação de procedimentos especiais de cognição plena, os quais, para

¹⁸³⁰ PROTO PISANI, Andrea. Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario. *Il foro italiano*. Roma: Il foro italiano, 2006. p. 85-86.

¹⁸³¹ PROTO PISANI, Andrea. Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario. *Il foro italiano*. Roma: Il foro italiano, 2006. p. 86.

¹⁸³² PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di diritto processuale*, n. 4, Padova: Cedam, 1979. p. 537-538.

¹⁸³³ PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di diritto processuale*, n. 4, Padova: Cedam, 1979. p. 538.

ele, cresceram muito em razão da lentidão do procedimento ordinário¹⁸³⁴. Nessa perspectiva, a expressão tutela jurisdicional diferenciada, em que pese no Brasil muitas vezes seja adotada em termos larguíssimos para designar tudo que não é “ordinário”¹⁸³⁵, encontra, na linha das mais recentes lições de Proto Pisani, uma significação mais restrita, como sinônimo de tutela de cognição sumária, nos moldes defendidos pela doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva e, mais recentemente, Ricardo de Barros Leonel.

Não se pode ignorar que a difusão teórica das “tutelas jurisdicionais diferenciadas” representou uma mudança no pensamento da doutrina processual, na medida em que se colocou em evidencia a necessidade de o processo adequar-se às necessidades do direito material, de modo a prestar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Trata-se, sem dúvida, de uma notável contribuição para o rompimento com a ideia de um procedimento único para todas as situações de direito material, na medida em que se dá ênfase a um modelo de adequação em abstrato do processo ao direito material. Porém, é possível destacar três grandes críticas endereçadas a esse modo de lidar com o problema das relações de adequação entre processo em direito material.

Em primeiro lugar, é impossível que o legislador estabeleça tantos ritos especiais quantos sejam os direitos merecedores de tutela¹⁸³⁶. Corre-se, desse modo, o risco de que ocorra uma indevida proliferação dos procedimentos especiais tão grande ao ponto de tornar o procedimento ordinário um procedimento residual¹⁸³⁷.

Em segundo lugar, o intento de adequar o processo ao direito material mediante critérios abstratos, no caso dos procedimentos especiais, representa, sem dúvida, um fator de desigualdade, na medida em que alguns direitos recebem tratamento privilegiado, com proteção mais eficiente, ficando uma tutela ineficiente

¹⁸³⁴ PROTO PISANI, Andrea. Dai riti speciali ala differenziazione del rito ordinario. *Il foro italiano*. Roma: Il foro italiano, 2006. p. 86.

¹⁸³⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*. v.35, n.180, fev. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42-54.

¹⁸³⁶ Conforme Marinoni e Arenhart, “se a técnica processual deve responder às diferentes situações substanciais, é impossível ao legislador instituir tantos procedimentos diferenciados quantas sejam as necessidades de direito material carentes de tutela jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 49).

¹⁸³⁷ CARRATA, Antônio. *La “semplificazioni” dei riti e le nuove modifiche del processo civile*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 10. DONZELLI, Romulo, La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di “case management” giudiziale. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, a. XXIV, n. 24, jan.jun/2007. p. 41).

reservada ao cidadão comum que não é titular de alguma situação jurídica privilegiada¹⁸³⁸. Deve-se registrar, nesse ponto, que uma grande celeuma que surge aqui é a de determinar quais causas serão submetidas a um procedimento especial e, portanto, a um procedimento melhor e mais adequado à tipologia do direito material. Tecnicamente, a instituição de procedimentos especiais deveria estar atrelada “à natureza, à feição e à estrutura peculiar de determinados direitos substanciais”¹⁸³⁹. Dito de outro modo, a escolha das causas submetidas aos procedimentos especiais estaria relacionada ao próprio direito material¹⁸⁴⁰. No entanto, isso nem sempre acontece. Muitas vezes o legislador se apega ao peso da tradição histórica, a circunstâncias momentâneas¹⁸⁴¹, valendo-se do seu “supremo arbítrio”¹⁸⁴² para alocar, injustificadamente, certas causas aos procedimentos especiais, muitas vezes por razões econômicas e ideológicas¹⁸⁴³. Esse fator de

¹⁸³⁸ TARUFFO, Michelle. Razionalità e crisi della legge processuale. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 53.

¹⁸³⁹ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8. ed.. São Paulo: Malheiro, 1998. p. 38.

¹⁸⁴⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 38.

¹⁸⁴¹ Conforme Adroaldo Furtado Fabrício, “a verdade, pois, é que os legisladores não se orientam apenas por aquela diretriz. O peso da tradição histórica, com as complicações e incongruências decorrentes de múltiplas fontes de influência, bem sempre coevas e coerentes; a eventual interpenetração, o mesmo processo, de elementos de diversas modalidades de tutela jurisdicional (de cognição, de execução e cautelar); razões de conveniência momentânea e local, com caráter meramente emergencial; até mesmo a simples impaciência do legislador frente à morosidade do aparelhamento judiciário em contraste com a pressão da necessidade social – tudo influi no sentido de retirar da “vala comum” do rito ordinário um número crescente de “ações”, em antagonismo com as recomendações da doutrina, está cada vez mais inclinada à redução numérica dos tipos procedimentais como imperativo da simplificação e da racionalização”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 8, t. 3: arts. 890 a 945, p. 8.

¹⁸⁴² Chega-se ao ponto de afirmar que “a escolha dos casos para que se estabelece processo especial, bem como o seu organismo, baseia-se, mais ou menos, em critérios de conveniência e de oportunidade prática, de que o legislador é árbitro supremo, e por isso não somente entre os códigos das diferentes nações e na mesma nação aparecem depois dos códigos diferentes processos especiais avulsos, mas nos mesmos códigos nota-se uma grande diversidade de formas”. SILVA, Manuel Dias da. *Processos civis especiais*. 2. ed. revista e actualizada pelo professor José Alberto dos Reis. Coimbra: França Amado, 1919. p. 16-17. Também no sentido de que “são, portanto, razões de conveniência política que traçam a *especialidade* de determinados procedimentos para o exercício da função jurisdicional à luz de determinadas situações de direito material conflituoso e outras não”, ver BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1: teoria geral do direito processual civil, p. 424.

¹⁸⁴³ O viés ideológico dos procedimentos especiais foi duramente criticado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo o qual “enquanto o comum dos mortais há de se contentar com o moroso e pouco eficiente procedimento comum; enquanto o pobre mortal, ou melhor, o mortal pobre, vê-se forçado ao procedimento sumaríssimo (muitíssimo ordinário, por sinal, segundo a conhecida ‘blague’ de J.J. Calmon de Passos), os donos do Poder estão a salvo dessas mazelas, reinando soberaneiros no Olimpo! As contendas mais sensíveis, que ponham em jogo os valores de maior interesse para as classes dominantes, essas escapam ao rito demorado e ineficiente, prolongado e desastroso. Para esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento de tão decantando princípio da

desigualdade presente nos procedimentos especiais levou Ovídio A. Baptista da Silva a chamá-los de “processos privilegiados” e a visualizar a formação de dois sistemas processuais, “um popular, plebeu, para aqueles que não disponham de um procedimento privilegiado” e outro “destinado a tutelar as várias estruturas de Poder, visível e invisível”¹⁸⁴⁴.

Em terceiro lugar, o número excessivo de procedimentos especiais pode constituir um obstáculo ao acesso à justiça, pois torna complexo o manejo do instrumento processual, na medida em que cada procedimento é dotado de uma série de particularidades, como prazos diferenciados, inversão procedimental e regras acerca das quais muitas vezes os próprios advogados não dispõem de pleno conhecimento¹⁸⁴⁵.

É certo que, se as tutelas diferenciadas, entendidas hoje a partir de limitações à cognição, também são alvos das mesmas críticas pertinentes aos procedimentos especiais, na medida em que elas são prestadas a partir de procedimentos especiais. Do ponto de vista prático, falar em tutela jurisdicional diferenciada significa tão-somente falar em um procedimento especial dotado de técnica de sumarização da cognição. Daí a necessidade de se pensar na adequação da tutela jurisdicional independente da criação prévia de tantos procedimentos quantos forem as situações de direito material, até porque o processo deve ser adequado não somente ao direito material em abstrato, mas às peculiaridades da situação concreta (do caso concreto). E, para tanto, não basta a instituição de ritos que permitam uma diferenciação pré-existente ao processo. É necessário, pois, que o processo seja dotado de técnicas que permitam a sua adequação no caso concreto¹⁸⁴⁶.

igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade: desigualdade *de procedimento* e desigualdade *no procedimento* (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. In: TUBENCHLAK, James, 1939- (coord.). *Livro de estudos jurídicos*. v. 4. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p.183). No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 185

¹⁸⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 162.

¹⁸⁴⁵ NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*. v. 35, n. 184, jun. 2010. p. 114. Nessa mesma linha crítica, Teresa Wambier e Luiz Rodrigues Wambier defendem que os procedimentos especiais quando manejados de modo inadequado não podem prejudicar às partes, no sentido de inviabilizar a tutela jurisdicional (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*. v.35, n.180, fev. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 44).

¹⁸⁴⁶ Nesse sentido, refere Gajardoni que, ao lado da adequação do procedimento prevista pelo legislador, “é recomendável que ocorra também, no próprio âmbito do processo, com o reconhecimento de poderes ao juiz para, dentro de determinados limites, realizar a adequação de

Esse ideal de adaptabilidade procedimental que permita ir além da construção de estruturas abstratas prévias ao caso concreto constituía, por sinal, uma das principais reivindicações de Carnelutti quanto à reforma do processo civil italiano. O mestre italiano defendida a necessidade de *“adeguare, per quanto è possibile, la struttura del processo a quella della lite, costruendo, per così dire, un processo a struttura elastica”*¹⁸⁴⁷. Essa exigência de um procedimento adaptável às necessidades da “lide” segundo Carnelutti, poderia ser alcançada diferenciando as normas que regulam o procedimento de acordo com o tipo de “lide”, através dos *poderes do juiz*, substituindo a fórmula *ope legis* de regulamentação das formas do procedimento pela *ope judicis*, e dos *acordos das partes*, em que a vontade das partes coincide não propriamente para tutelar suas próprias razões, mas aquelas da justiça, regulando o desenvolvimento do processo¹⁸⁴⁸. Pode-se dizer que, no panorama atual do processo civil brasileiro e, também, do processo civil europeu, o pensamento de Carnelutti permanece vivo e potencializado pelo incremento dos negócios jurídicos processuais, bem como pelas ferramentas de adaptação procedimental introduzidas nos modelos de processo bifásico, com a pequena ressalva no sentido de que a adaptação não se dê exclusivamente através dos poderes do juiz, mas por uma atividade conjunta entre o juiz e as partes. Essas duas formas de adaptação procedimental, em que a autonomia das partes se faz igualmente presente, embora com grau de intensidade diverso em cada delas, será o tema abordado nos dois próximos itens da presente investigação.

forma concreta”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. In: *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante*. Coordenadores Fernando da Fonseca Gajardoni, Márcio Henrique Mendes da Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 24.

¹⁸⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione. *Rivista di diritto processuale*. Ano 1929, I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1929. p. 55.

¹⁸⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione. *Rivista di diritto processuale*. Ano 1929, I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1929, p.40 e p. 56. Essa ideia foi, de certo modo, revisitada por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para os quais “é possível dizer que, partindo-se da época da uniformidade procedimental, passou-se pela fase dos procedimentos jurisdicionais diferenciados, chegando-se, finalmente, no estágio atual, no qual as *normas abertas* permitem a construção da ação e do procedimento adequados à tutela do direito material no caso concreto”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54.

5.3 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CPC COMO INSTRUMENTO DE ADAPTAÇÃO DO PROCESSO ÀS NECESSIDADES DO CASO CONCRETO

Sem dúvida, uma das maiores novidades do Novo Código de Processo Civil Brasileiro foi o modo como ele tratou dos chamados “negócios jurídicos processuais”. É verdade que, realizando uma profunda pesquisa histórica, é possível verificar indícios de desenvolvimento do tema no direito alemão ainda no século XIX. No entanto, os ventos “hiperpublicistas” que dominaram o processo a partir da influência de Bülow acabaram por sufocar as engenhosas tentativas de dar às partes um amplo poder de autodeterminação no bojo do processo e, com isso, inclusive, adaptar o procedimento às suas necessidades concretas. Partindo, no entanto, de toda a construção teórica até aqui desenvolvida, é fácil enxergar com outros olhos o tema dos negócios jurídicos processuais e pensá-los como um importante instrumento de tutela da autonomia privada no processo civil. Animando-se por esse ponto de vista é que se passa ao desenvolvimento do tema.

5.3.1 Do Conceito de Negócio Jurídico

O uso da expressão “negócio jurídico”, para o direito moderno, aparece pela primeira vez em Nettelblatt, em 1749, para designar a atividade do homem no mundo do direito. A sua formulação completa e harmônica somente veio a ser desenvolvida quase um século depois, por Savigny¹⁸⁴⁹, em que alguns autores reivindicam a originalidade no uso da expressão *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) à obra obra de Gustav Hugo¹⁸⁵⁰. Deve-se ressaltar, no entanto, que Savigny utiliza

¹⁸⁴⁹ MIRABELLI, Giuseppe. Negócio giuridico. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVIII (Negozio-Nunzio). Varese: Giuffrè, 1958-1993. p. 1.

¹⁸⁵⁰ Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1: parte geral, p. 90. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 222, nota 199. No entanto, excelente pesquisa histórica realizada por Alejandro Guzman Brito, demonstra que a utilização da expressão “negócio jurídico”, iniciada com Nettelblatt, foi seguida por seus discípulos e, assim, “se la encuentra en Adolf Dietrich Weber (1753 - 1817), en una obra de 1784⁹. También en Ernst Christian Westphal (1737 - 1792) en un trabajo de 1792. Lo propio ocurre en el célebre comentario a las Pandectas de Christian Friedrich Glück (1755 - 1831) iniciado en 1790. Asimismo en Christoph Christian Dabelow (1768 - 1830), en un libro de 1796, en donde el autor hace sinónimos *rechtliche Handlungen - rechtliche Geschäfte y negotia iuridica - actus iuridici*”. GUZMAN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o

como sinônimos os termos negócio jurídico e declaração de vontade¹⁸⁵¹, considerando, nessa perspectiva, que os fatos jurídicos podem proceder de atos livres cujo objeto imediato seja formar ou destruir uma relação de direito, recebendo, aí, a denominação de *manifestações de vontade*¹⁸⁵².

Nessa primeira aproximação conceitual, fica evidente que o conceito de negócio jurídico nasce atrelado à *vontade*, sendo essa a concepção prevalente, ainda hoje, na doutrina brasileira¹⁸⁵³. Na verdade, na busca de uma definição do conceito de negócio jurídico, gradualmente foram sendo formadas duas grandes concepções: de um lado, a doutrina voluntarista (também denominada subjetivista), que dá ênfase à gênese do negócio jurídico e, de outro, a doutrina objetivista, que enxerga o negócio jurídico a partir da sua função, vale dizer, como meio para a produção de efeitos jurídicos¹⁸⁵⁴. Para essa segunda concepção, o negócio jurídico é considerado como um produtor de efeitos jurídicos, não exatamente enquanto

Negocio Jurídico. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, n. 26, p. 187-245, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 30 mar. 2016. Sugere-se, para um aprofundamento da história da terminologia "*negotium iuridicum*" a leitura do referido artigo de Alejandro Guzman Brito.

¹⁸⁵¹ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 20.

¹⁸⁵² SAVIGNY, Friedrich Carl von. de. *Sistema del derecho romano actual*. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1879. t. 2, p. 151.

¹⁸⁵³ Conforme Antônio Junqueira de Azevedo "as definições voluntaristas são indubitavelmente dominantes na doutrina brasileira, na qual, aliás, com poucas exceções, nem sequer se cogita da concepção oposita; correspondem elas, grosso modo, à definição que o art. 81 no Código Civil brasileiro dá ao 'ato jurídico'. Deixando de lado as obras mais antigas, quando a concepção em pauta era a única existente, basta, para confirmar o estado atual da doutrina brasileira, examinarmos as definições dadas ao negócio jurídico (muitas vezes ainda chamado de ato jurídico) em alguns dos livros mais difundidos para o estudo do direito civil nas faculdades de direito do País". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-5.

¹⁸⁵⁴ Para uma análise crítica das duas concepções, ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-14. Cabe registrar que no interior dessa disputa teórica, a teoria da vontade foi gradualmente sendo substituída pela teoria da declaração, a qual dá ênfase à manifestação exteriorizada pelo sujeito, e não à intenção que está na base do ato praticado. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, "embora se possa ver a teoria da declaração como uma fase para se chegar às concepções objetivas, convém insistir, porém, em que os partidários da teoria da declaração não se afastaram demasiado da concepção voluntarista tradicional, como a princípio poderia parecer. Basta pensar que a divergência entre eles e a corrente adversária (teoria da vontade) se colocou como: 'qual a *vontade* que deve prevalecer, a vontade interna ou a vontade declarada?', para se perceber que o ângulo é ainda voluntarista". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10-11, nota 18). No mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello refere que "ambas as teorias são, substancialmente, coincidentes, uma vez que nelas predomina o voluntarismo como fundamento do negócio jurídico. A divergência se cinge à prevalência quanto à vontade interna e a declarada, quando conflitantes. Em ambas, no entanto, não se dispensa, nem se poderia dispensar, a exteriorização da vontade como elemento material, objetivo, do negócio jurídico. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225, nota 203.

querer, mas como ato valorado como socialmente útil¹⁸⁵⁵. Segue essa última linha, ainda que não o faça de modo absoluto, Emilio Betti, para quem o negócio jurídico “*é o acto pelo qual o indivíduo regula, por si, seus interesses, na relação com outros (acto de autonomia privada)*”¹⁸⁵⁶.

O embate teórico entre as posturas voluntaristas e objetivas levou a distinção entre autonomia da vontade e autorregramento, na medida em que a autonomia da vontade estaria ligada ao momento inicial para praticar o ato jurídico, enquanto a segunda, ao momento final, vale dizer, aos efeitos que do ato resultam¹⁸⁵⁷. Nenhuma delas, porém, responde suficientemente à questão relativa à estrutura do negócio jurídico¹⁸⁵⁸, vale dizer aos elementos que caracterizam determinado ato jurídico com um negócio jurídico.

Que o negócio jurídico seja um instrumento da autonomia privada, como afirmou Betti, não há dúvida. É certo dizer, como fez o jurista italiano, que ele serve para uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas¹⁸⁵⁹. Indo mais além, tem-se, com Galgano, que o negócio jurídico é construído de modo a cobrir por inteiro “*la vasta area entro la quale la costituzione o la modificazione o l’estinzione dei rapporti giuridici è, in vario grado, rimessa alla libera determinazione dei privati*”, o que faz dele um conceito coextensivo ao de autonomia privada¹⁸⁶⁰. Essa perspectiva, por sinal, agasalha muito bem a ideia defendida anteriormente, com base em Ferri, no sentido de que a autonomia privada traduz um *poder* de criar normas jurídicas (dar para si um ordenamento)¹⁸⁶¹, sendo, pois, o negócio jurídico um meio adequado para o exercício desse poder.

Partindo para uma análise estrutural do negócio jurídico, deve-se ter por premissa que negócio jurídico é espécie do gênero fato jurídico. Fato jurídico pode

¹⁸⁵⁵ MIRABELLI, Giuseppe. Negócio jurídico. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVIII (Negozio-Nunzio). Varese: Giuffrè, 1958-1993. p. 11.

¹⁸⁵⁶ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 107.

¹⁸⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

¹⁸⁵⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

¹⁸⁵⁹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 102.

¹⁸⁶⁰ GALGANO, Francesco. Negócio jurídico (diritto privato). In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVII (Morale-negozio). Varese: Giuffrè, 1958-1993. p. 934.

¹⁸⁶¹ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969. p. 8.

ser concebido como aqueles “*eventos o circunstancias y situaciones de hecho de las que derivan consecuencias conforme a derecho o en contra del mismo*”¹⁸⁶². Partindo da noção de que o fato jurídico é aquele que recebe, do ordenamento jurídico, a aptidão para produzir efeitos jurídicos¹⁸⁶³, é possível dividi-lo, tendo em vista a origem do elemento fático, em fatos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos e atos jurídicos em sentido lato, os quais abarcam tanto os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos¹⁸⁶⁴. Não cabe aqui fazer uma detida análise da teoria do fato jurídico, muito menos os problemas advindos da dualidade entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico que lhe é pressuposta¹⁸⁶⁵. Importa, no entanto, registrar que o ato jurídico se diferencia do fato jurídico em sentido estrito na medida em que o elemento humano se faz presente nos atos jurídicos¹⁸⁶⁶ estando ainda revestido pela vontade humana¹⁸⁶⁷.

Com efeito, o ato jurídico é assim caracterizado na medida em que a norma jurídica considera relevante que ele tenha sido praticado pelo ser humano, ao passo que o elemento volitivo é imprescindível para diferenciá-lo do mero ato-fato, constituindo o cerne do seu suporte fático. Porém, na categoria dos atos jurídicos, é necessário distinguir os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu*. Nestes últimos, “*a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação escolha a escolhido*”¹⁸⁶⁸. No caso, a

¹⁸⁶² STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p. 10.

¹⁸⁶³ Conforme Pontes de Miranda, “*fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sôbre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1: parte geral, p. 77. No mesmo sentido, Manuel A. Domingues de Andrade ensina que “*facto jurídico é todo o facto (actuação ou simples ocorrência) da vida real (maxime da vida social) produtivo de efeitos jurídicos, ou – por outras palavras – todo o facto da vida real juridicamente relevante*”. ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. v. 2, p. 1.

¹⁸⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 24.

¹⁸⁶⁵ Sobre o tema, foram desenvolvidas algumas considerações no item 3.3.3 do primeiro capítulo da tese.

¹⁸⁶⁶ Refere Pontes de Miranda que “*quando o ato humano entra no mundo jurídico como ato, ou temos atos jurídicos stricto sensu, ou negócios jurídicos, ou atos ilícitos*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 2: parte geral, p. 395.

¹⁸⁶⁷ Conforme Pontes de Miranda, “*se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico stricto sensu*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 29.

¹⁸⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 31. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 2: parte geral, p. 447.

eficácia do ato é pré-determinada pela lei e se realiza necessariamente sem que a vontade do agente possa modificá-la (para ampliá-la, restringi-la ou limitá-la)¹⁸⁶⁹. O negócio jurídico, por sua vez teria surgido exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento no mundo jurídico¹⁸⁷⁰. Na sua estrutura, tem-se a declaração de vontade¹⁸⁷¹ como característica primária a qual o direito, acompanhando a visão social, atribui os efeitos que foram manifestados como queridos, atribuindo a elas, pois, efeitos constitutivos de direito, o que seria a sua característica secundária¹⁸⁷².

Antes de avançar no ponto e, conseqüentemente, tratar do negócio jurídico como espécie do “fato jurídico processual”, cabe fazer uma breve reflexão sobre alguns pressupostos da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda e sua possível releitura a partir da proposta que, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, é realizada pelo professor Wilson Engelmann.

Nesse sentido, uma primeira advertência a ser feita é que a expressão regra jurídica em Pontes de Miranda tem a intenção de subordinar os fatos à regra e ordená-los, numa nítida pretensão de previsibilidade¹⁸⁷³. O problema é que a teoria pontiana, ao valer-se do artificialismo mundo dos fatos-mundo jurídico pressupõe a possibilidade de respostas – dadas pelas regras jurídicas – antes das perguntas, como se o mundo jurídico (artificialmente criado pelo homem) fosse dotado de uma

¹⁸⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 218.

¹⁸⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3: parte geral, p. 3, §249. Em sentido similar, Manuel A. Domingues de Andrade refere que “o negócio jurídico constitui o meio posto pela ordem jurídica à disposição da pessoa privada (singular ou colectiva) para modelar como lhe aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com os seus interesses, tais como os entende e aprecia. A esta ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares dá-se o nome de *autonomia privada*”. ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. v. 2, p. 27.

¹⁸⁷¹ De acordo com Manuel A. Domingues de Andrade, deve-se entender por declaração de vontade “todo o comportamento que *exteriorize*, visto de fora, um certo conteúdo volitivo. O que constitui elemento do conceito de negócio jurídico é só esta *exterioridade* ou *aparência* da vontade negocial. A realidade ou interioridade correspondente só poderá ser requisito da validade do negócio, mesmo que a sua falta, porventura, ocasione nulidade absoluta”. ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. v. 2, p. 25.

¹⁸⁷² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

¹⁸⁷³ ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Orgs. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonal Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011. p. 348.

espécie de aptidão de futurologia capaz de prever todos os fatos. No entanto, como bem adverte Engelmann, “o mundo jurídico não tem condições de prever tudo”¹⁸⁷⁴, razão pela qual propõe uma releitura da teoria do fato jurídico pontiana, a partir da “possibilidade de flexibilizar a construção do ‘suporte fático’ de tal forma que nele possam ser incluídos fatos futuros e imprevisíveis no momento de sua definição”, que tem como ponto de partida “o conjunto das fontes do Direito e em observância dos contornos característicos de cada caso da vida”¹⁸⁷⁵.

Dessa rápida exposição da crítica certa que é realizada à teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, é possível traçar alguns pontos de reflexão. O primeiro deles reside na tensão existente no processo – e, mais especificamente, na sua construção procedimental – entre previsibilidade e adaptação. Embora seja verdade que um processo sem um mínimo de previsibilidade pode servir de palco para o arbítrio, também é verdade que a visão rígida do procedimento é, sem dúvida, um anacronismo e representa uma forma de encarar o processo de modo neutro e indiferente à realidade do direito material. Desse modo, a estrutura procedimental mínima do processo civil deve, em primeiro lugar, encontrar seu modo-de-ser na principiologia constitucional do processo, e não em regras rígidas previstas pelo legislador. Ademais, o próprio conceito de ato processual deve ser alargado para, como será abordado no próximo item, contemplar todo e qualquer ato jurídico com aptidão para repercutir na cadeia procedimental “padrão” que tenha sido prevista pelo legislador. A grande questão é que, assim como a noção clássica de suporte fático não consegue abarcar o imprevisto, também a ideia de um procedimento padrão e inflexível não consegue lidar com o imprevisto e, mais precisamente, com as diferentes nuances que cada caso concreto pode apresentar. E, nessa perspectiva, a grande novidade que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe no ponto é a previsão de uma cláusula geral de negociação, que confere às partes

¹⁸⁷⁴ ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonal Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011. p. 354.

¹⁸⁷⁵ ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonal Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011. p. 359-360.

amplios poderes para criarem, de acordo com as circunstâncias do caso concreto – antes e durante o processo – mudanças procedimentais e regrem seus ônus, direitos, faculdades e obrigações, sem que, para isso, estejam circunscritas ao suporte fático pontiano.

5.3.2 Negócio Jurídico Processual como Espécie de Fato Jurídico Processual: uma Breve Análise da Evolução do Tema

Linha comum das diversas concepções de processo é a ordem e o movimento. Mesmo para aqueles que concebem o processo como relação jurídica entre autor, juiz e réu, é impossível negar o caráter dinâmico do processo (movimento) e que tal dinamicidade segue uma determinada lógica (ordem)¹⁸⁷⁶. Daí a noção de processo como *conjunto* ou *complexo de atos*. Chiovenda, por exemplo, afirmava que o processo é um conjunto de atos: *porém, não se trata, naturalmente, de uma série de atos desligados e independentes, mas de uma sucessão de atos ligados para o fim comum de atuação da vontade da lei e procedendo ordenadamente até alcançar esse fim*¹⁸⁷⁷. É nesse contexto que se insere o conceito de ato processual, na medida em que o movimento que se opera do início do processo até o seu fim tem como causa a atividade das pessoas que participam da relação jurídica processual, as quais praticam atos jurídicos das mais diversas naturezas e finalidades¹⁸⁷⁸.

Partindo da classificação dos fatos jurídicos esboçada no item precedente, indaga-se a possibilidade de aplicá-la ao direito processual. Nessa perspectiva, a primeira questão que se impõe é saber o que autoriza um fato jurídico ser considerado um fato jurídico processual. Carnelutti, por exemplo, entende que “la

¹⁸⁷⁶ Conforme Carnelutti, “la palabra *procedimiento* (de *proceder*) denota no tanto una *sucesión* (de *sucedér*) de actos como una *vinculación* entre actos sucesivos; en otras palabras, mientras *sucesión* implica una *vinculación* puramente temporal (un acto viene después de otro), *procedimiento* recuerda un vínculo más íntimo entre varios actos sucesivos [...] la coordinación se desarrolla en una progresión, en virtud de la cual cada acto está no tanto en relación cronológica como en relación lógica con el precedente y el subsiguiente, de manera que se puede configurar prácticamente como el peldaño de una escalera. CARNELUTTI, Francesco. *Istituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1950. v. 1, p. 420).

¹⁸⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituciones de derecho procesal civil* (istituzioni di diritto processuale civile). Volumen I: conceptos fundamentales la doctrina de la acciones. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez ORbanjea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. p. 52.

¹⁸⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1, p. 181.

procesalidad del acto no se debe a su cumplimiento en el proceso sino a su valer para el proceso”, de modo que mesmo o ato praticado fora do processo pode ser processual, como é o caso da convenção relativa à competência¹⁸⁷⁹. Em que pese a existência de entendimentos em sentido diverso, como é o caso de Liebman, que adota um critério topológico de ato processual, assim considerando somente os atos praticados dentro do processo¹⁸⁸⁰, prevalece, na doutrina contemporânea, o posicionamento de Carnelutti desenvolvido, porém, a partir de versões muito mais sofisticadas.

Pode-se mencionar, nesse sentido, a concepção desenvolvida por Paula Costa e Silva, para quem o verdadeiro ponto problemático de qualquer conceito de ato processual que parta de uma visão procedimental é representado pelos atos que, tendo repercussão sobre o processo, não são atos integrados na cadeia procedimental, tal como prevista pelo legislador¹⁸⁸¹. Nessa categoria, podem ser enquadrados tanto os *hechos jurídicos processuais*, quanto os *negócios jurídicos processuais*. Segundo a jurista portuguesa, os negócios processuais têm existência meramente eventual no processo e, por dependerem de um ato de autonomia privada da parte ou das partes, consoante sejam unilaterais ou bilaterais, não são previstos pelo legislador, quando este regula uma cadeia que tem de permitir a obtenção de um ato final, que ponha termo ao litígio. Assim, se a parte demandada confessar o pedido, evitará a prática de todos os atos de que depende o conhecimento da ação, mas, se esta confissão não existir, o tribunal terá de chegar a um resultado no processo. Pelo que o legislador tem de prever uma sequência que permita esse resultado, independentemente da confissão. Nessa linha, se as partes celebrarem uma convenção sobre a competência, esta, sendo alegada e válida, vinculará o tribunal a determinar aquele pressuposto processual de acordo com a convenção, modificando, se for o caso, a competência. Mas se não for celebrada semelhante convenção, se ela não for alegada ou se não puder considerar-se válida, o tribunal terá de conhecer da sua competência atendendo aos critérios previstos na lei.

¹⁸⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Volumen 1. Buenos Aires: EJE, 1950, p. 425.

¹⁸⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 192.

¹⁸⁸¹ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 172.

Desse modo, não tendo existência necessária, os negócios não podem ser previstos como atos regulares da cadeia paradigmática estabelecida pelo legislador; porém, se vierem a ter existência, eles passarão a integrar a sequência processual concreta, que permitiu e justifica um dado resultado final. Assim, continua a professora portuguesa, se estes atos, ao invés do que acontece com os atos postulativos, podem adquirir existência fora do processo (as partes podem celebrar uma transação extrajudicialmente; as convenções sobre competência, com exceção da convenção de arbitragem, antecedem necessariamente a ação), no momento em que sejam feitos valer em processo têm de ser vistos como atos integrados no ato procedimento, sob pena de o ato final não poder, em concreto, justificar-se. Daí a conclusão de que a concepção do processo como “ato procedimento” permite incluir os negócios concretamente celebrados entre os atos preparatórios do ato final, ao qual aderirão os efeitos típicos que o ato produz¹⁸⁸².

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado aos fatos jurídicos processuais *stricto sensu*. Na doutrina brasileira, poucos foram os que defenderam o conceito de fato jurídico processual. Pode-se mencionar, nesse sentido, o ensaio de Paula Sarno Braga, que conceitua o fato jurídico processual em sentido estrito como “o fato natural que, sofrendo a incidência de regra processual, tem o condão de provocar conseqüências jurídicas no processo”¹⁸⁸³. Dois bons exemplos seriam a morte da parte, cuja conseqüência processual é a extinção do processo e o avançar da idade, que redundam no direito à tramitação preferencial do feito quando o sujeito atinge os sessenta anos de idade¹⁸⁸⁴. Nesses casos, não interessa se o fato ocorreu fora ou dentro do processo, mas, sim, “sua previsão em hipótese normativa, juridicizando-o e potencializando a produção de efeitos jurídicos no processo”¹⁸⁸⁵.

Assentando-se na premissa de que o conceito de fato jurídico processual *lato sensu* não é meramente topológico, mas, sim, relativo à repercussão que o fato praticado (fora ou dentro do processo) tem na cadeia procedimental, torna-se possível avançar no conceito de negócio jurídico processual. É certo, porém, que

¹⁸⁸² COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 173.

¹⁸⁸³ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*, Porto Alegre, v. 32, n. 148, p. 309, jun. 2007.

¹⁸⁸⁴ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*, Porto Alegre, v. 32, n. 148, p. 309, jun. 2007.

¹⁸⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 33.

esse conceito, historicamente, pouca ou quase nenhuma atenção recebeu da doutrina italiana, não sendo possível dizer o mesmo da doutrina alemã.

Conforme Vittorio Denti, quando a doutrina alemã elaborou pela primeira vez o conceito de negócio jurídico processual dois eram fundamentalmente os tipos de atos que entravam no conceito: os atos processuais com eficácia dispositiva de natureza substancial e os atos extraprocessuais dirigidos a influir no desenvolvimento do processo. Nessa segunda categoria, Josef Kohler, cuja obra remonta ao ano de 1887, já fazia referência aos acordos relativos à competência ou aos pactos de não agir e de não exigir¹⁸⁸⁶. No direito italiano, Carnelutti praticamente foi uma voz isolada na defesa dos negócios processuais, embora seja importante registrar que o mestre italiano nunca deu a tais negócios a envergadura que eles recebiam no direito alemão. Sua visão acerca dos negócios processuais era ampla, na medida em que remetia tal espécie a tudo que, no processo, dependia da iniciativa das partes. A essência dos negócios processuais, no entanto, estaria no exercício do direito (subjeto) processual, não já no exercício de um direito no processo¹⁸⁸⁷, razão pela qual seriam admissíveis acordos processuais celebrados fora do processo e sem que esse sequer viesse a existir¹⁸⁸⁸.

Na doutrina brasileira, poucos foram os autores que se debruçaram sobre o tema dos negócios jurídicos processuais. Cronologicamente, o estudo mais profundo produzido pela doutrina nacional acerca do tema foi o de Barbosa Moreira, que, em 1982, com base em ampla pesquisa na doutrina alemã, abordou questões como a terminologia empregada ao tema (adotando a nomenclatura convenções

¹⁸⁸⁶ DENTI, Vittorio. *Negozió processuale*. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVIII (Negozió-Nunzio). Varese: Giuffrè, 1958-1993. p. 139. Com base na doutrina de Kohler, Dierle Nunes, Humberto Theodoro Junior, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, referem que “a noção de negócios processuais (*processrechtliche Vertäge*) foi inicialmente dimensionada (na modernidade) pela pandectística alemã, com várias categorias de acordos entre as partes que poderiam gerar impactos no processo, como, exemplificativamente, pactos de exclusão de um grau de jurisdição e de exclusão de competência, relativas às regras de procedimento, de inversão de ônus da prova, entre outras, e seus limites em face da intervenção judicial”. THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 257-258. Para uma análise acerca das discussões a respeito da categoria dos negócios jurídicos processuais no direito alemão, ver COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 175-192.

¹⁸⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Volume quarto. Padova: Cedam, 1926, p. 401.

¹⁸⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Volume quarto. Padova: Cedam, 1926, p. 401. No direito italiano, pode-se mencionar, também, o estudo de Giuseppe de Sefano a respeito dos acordos processuais em tema de prova e dos acordos executivos (DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959).

processuais ao invés de contratos processuais), a atipicidade dos negócios processuais, a possibilidade de serem celebrados antes do processo e os seus requisitos de validade¹⁸⁸⁹. O tema passou quase 25 anos sem receber atenção da doutrina brasileira, que se limitava a analisá-lo quando tratava do conceito de ato processual, sem, todavia, dar-lhe a grande importância¹⁸⁹⁰. Somente em 2007 é que, por meio de um provocativo ensaio de Leonardo Greco, o tema dos negócios processuais voltou a receber a devida atenção no direito brasileiro. O ponto de partida do referido texto é, de certo modo, convergente com as premissas até aqui desenvolvidas, assentando-se na aceitação de que as partes, “como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos”¹⁸⁹¹. Com base nessas colocações, o professor carioca se propõe a estudar, ainda que em um ambiente publicista de processo, os atos de disposição das partes, notadamente os seus limites, o momento da sua eficácia, o seu regime jurídico (processual ou de direito material) e a revogabilidade dos atos em que tal poder é exercido¹⁸⁹². O tema dos negócios jurídicos processuais, que, até então, encontrava-se adormecido, a partir daí despertou, passando a ser objeto de alguns trabalhos de pesquisa, o que cada vez mais tem se intensificado em razão da sua inserção expressa no Novo Código de Processo¹⁸⁹³.

5.3.3 O Panorama Atual dos Negócios Jurídicos Processuais

Superando as fronteiras do direito alemão, os negócios jurídicos processuais vêm ganhando força, nos últimos anos, também em outros ordenamentos jurídicos, o que, sem dúvida, tem servido de estímulo para que, também no direito brasileiro, eles ganhem uma nova roupagem. Na verdade, a importância atribuída aos negócios jurídicos processuais caminha lado a lado com o reconhecimento da

¹⁸⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

¹⁸⁹⁰ Pode-se mencionar, nesse sentido, a referência que Ovídio A. Baptista da Silva faz da doutrina de Carnelutti e da contraposição que ela recebe por parte de Chiovenda e Liebman. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1, p. 182-184.

¹⁸⁹¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 8.

¹⁸⁹² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 9.

¹⁸⁹³ Boa parte desses trabalhos serão referidos nos itens seguintes.

autonomia privada como princípio fundamental do processo, que decorre diretamente da dignidade da pessoa humana e do princípio da liberdade. Como pano de fundo desse novo quadro, tem-se o rompimento das barreiras entre o interesse público e privado, na medida em que, diante da concepção democrática desenvolvida anteriormente, o espaço público deixa de ser identificado como espaço estatal. E isso, para o processo civil, tem repercussões muito significativas.

Não é por outro motivo que Loïc Cadiet refere que os negócios jurídicos processuais se inscrevem, na França, dentro de uma tendência muito clara da contratualização das relações sociais, que esta diretamente ligada à *decadência do centralismo estatal* e, conseqüentemente, do *legicentrismo*¹⁸⁹⁴. Trata-se, nesse contexto, da crescente emergência “*d’un ordre juridique négocié entre les acteurs sociaux, à côté de l’ordre juridique imposé par l’Etat*”¹⁸⁹⁵. Por outro lado, numa perspectiva mais particular, a utilização cada vez mais comum da técnica contratual aparece como uma das respostas possíveis à crise da justiça, à saturação dos Tribunais e à demora dos processos¹⁸⁹⁶.

Na Itália, Remo Caponi também desenvolve o tema dos negócios processuais a partir da superação da dicotomia público e privado, convocando uma libertação “*dei riflessi mentali di questa dicotomia per lavorare alla costruzione di un diritto*

¹⁸⁹⁴ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 8-9.

¹⁸⁹⁵ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 9. Conforme ampla pesquisa realizada por Maria Giulia Canella a respeito das convenções processuais no direito francês, “a partire dalla meta` degli anni ottanta si è sviluppata in Francia una pratica di stipulazione di convenzioni collettive finalizzate a regolamentare i processi ed in particolare quelli che si svolgono innanzi ai Tribunals de Grande Instance ed alle Cours d’appel. Da un punto di vista soggettivo gli accordi vengono conclusi tra i presidenti delle varie giurisdizioni da un lato e i Ba`tonniers (presidenti) dei locali ordini degli avvocati o i presidenti delle Chambres des avoue’s, dall’altro lato. Tali convenzioni sono per lo piu` volte a regolare in modo specifico la mise en e’tat (cio` che grosso modo potrebbe essere considerata l’istruzione della causa), fase processuale che caratterizza la forma piu` complessa del processo di cognizione di primo grado, vale a dire il cosiddetto circuit long (5) ed il processo di appello”. CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla regolamentazione collettiva del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 64, n. 2, p. 549-550, giug. 2010. Nesses “acordos coletivos” que tinham por escopo regular a fase instrutória do processo identifica-se a primeira fase de sedimentação jurisprudencial das convenções processuais. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 118. A segunda fase da contratualização do processo civil francês consagrou-se na prática do *contrat de procédure* individual, “firmado entre as partes de um processo singular e utilizado como instrumento flexível e funcionalmente direcionado à gestão eficaz do processo”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 121.

¹⁸⁹⁶ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 10.

*intermedio e interstiziale*¹⁸⁹⁷. Nessa perspectiva, refere que a disciplina dos negócios processuais constitui um “*angolo visuale privilegiato per osservare come la tensione tra diritti (e autonomia) delle parti e poteri del giudice, cioè autorità dello Stato, si profili ed evolva nell’epoca moderna, nel processo civile*”¹⁸⁹⁸. Também aqui a questão está atrelada na defesa de um poder maior de autodeterminação do indivíduo diante do declínio das estruturas estatais. Por isso ele considera que os acordos processuais se propõem a colher os sinais dos tempos, em que se assiste à diminuição da capacidade de regulação do Estado segundo o modelo tradicional, baseada na imposição unilateral da regra de conduta, a difusão de estruturas normativas cooperativas e consensuais, como tentativa de compensar a perda de poder de autoridade e de colocar ao lado do comando o acordo com outra forma originária de fundação do vínculo jurídico¹⁸⁹⁹.

Tanto na visão de Cadiet, quanto na de Caponi, os negócios jurídicos processuais aparecem como uma decorrência natural da feição que, no Estado Democrático de Direito, se dá à esfera pública, como espaço dialogal e democrático em que os cidadãos se veem como capazes de autodeterminar seus interesses. A noção de liberdade (positiva e negativa) desenvolvida até aqui abraça essa nova postura conferida ao Estado, não diretamente no sentido do seu fim, mas na retomada pelos cidadãos de espaços que gradualmente foram sendo perdidos diante de uma noção paternalista de Estado. Atualmente, no bojo da ciência política, tem-se preferido falar um pouco menos de Estado e um pouco mais de poder, cuidando-se dos efetivos deslocamentos das relações de poder que, no curso do

¹⁸⁹⁷ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 117.

¹⁸⁹⁸ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 100.

¹⁸⁹⁹ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 101-102. Registre-se que, na Itália, somente no final do século XX e início do século XXI a prática judiciária passou a receber de forma mais ampla instrumentos afeiçãoados à “convencionalidade do processo”, dentre os quais se pode destacar os *protocolli di procedura*, que muito se assemelham aos protocolos institucionais franceses. A respeito, ver CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla regolamentazione collettiva del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 64, n. 2, p. 571-575, giug. 2010; FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 177-181. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 123.

acontecimento do *Welfare* se produzem em todos os níveis do sistema social¹⁹⁰⁰. Na medida em que o processo reflete as concepções acerca do Estado e, também, do poder, ele não fica infenso a essa mudança, que tem, na valorização dos negócios jurídicos processuais uma notável expressão.

Com efeito, na medida em que a autodeterminação do indivíduo se coloca frente ao Estado, torna-se possível pensar em um novo imaginário processual, pautado por estruturas cooperativa a despeito do dissenso que marca o antagonismo dos agentes processuais. Por essa vereda, Cabral aduz que “hoje o processo não é mais teorizado em torno do conflito ou da lide, mas a partir da agregação, da boa-fé, da conjugação entre interesses privados e interesses públicos”¹⁹⁰¹. O reforço de um modelo participativo de processo (art. 6.º, NCPC) juntamente com o desenvolvimento de um papel mais ativo das partes surge, pois, como duas possíveis consequências da instituição dos negócios jurídicos processuais no direito brasileiro¹⁹⁰².

Tudo isso permite concluir que os negócios jurídicos processuais, na medida em que servem de instrumento para o incremento da autonomia privada como princípio fundamental do processo, justamente materializam um verdadeiro poder de conformação do procedimento, o que representa uma noção mais democrática de processo¹⁹⁰³. A atuação conjunta das partes a partir do manejo dos negócios processuais não significa que elas deixem de ter interesses contrapostos, mas que têm um interesse comum no sentido de que o processo seja o mais adequado possível às suas necessidades, servindo os negócios processuais “*comme un instrument de gestione de l’instance*”¹⁹⁰⁴. À rigidez procedimental (mito da ordinariedade) contrapõem-se a tendência cada vez mais presente de *flexibilização procedimental*. Os negócios jurídicos processuais são instrumentos da autonomia

¹⁹⁰⁰ MARRAMAIO, Giacomo. *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000. p. 319.

¹⁹⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 30, 2009.

¹⁹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 300.

¹⁹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 289. Note-se, portanto, que os negócios processuais trazem consigo o reconhecimento de que “os litigantes podem também desenhar regras do procedimento, adaptando-o às necessidades que desejam obter em termos de tutela jurisdicional e submetendo voluntariamente ao regulamento da convenção ao invés do regramento legal”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 143.

¹⁹⁰⁴ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 10.

privada e, também, poderosos instrumentos de flexibilização procedimental (de gestão do procedimento pelas partes), na medida em que permite a elas, em diferentes perspectivas, construir o procedimento adequado às necessidades do caso concreto¹⁹⁰⁵.

5.3.4 Aspectos Dogmáticos Acerca dos Negócios Processuais

Antes de avançar no estudo dos negócios jurídicos processuais cabe enfrentar algumas questões de ordem dogmática a respeito do tema. A primeira delas é de cunho conceitual e terminológico. Conforme já se referiu anteriormente, no negócio jurídico, ao contrário do que ocorre no ato jurídico *stricto sensu*, é conferido ao agente o poder de autorregramento da sua vontade, permitindo-lhe escolher os efeitos jurídicos do ato negocial. O negócio processual é dotado dessas mesmas características com o acréscimo de que o poder conferido ao agente diz respeito ao processo. Fredie Didier, assim como Pedro Henrique Nogueira, define o negócio jurídico processual como o “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento, certas situações jurídicas processuais”¹⁹⁰⁶. Desse conceito, que é uma derivação do conceito de negócio jurídico antes desenvolvido, pode-se sintetizar que, como instrumento da autonomia privada, o negócio jurídico processual constitui o poder de dar para si um ordenamento jurídico processual, o que, no entanto, não significa a ausência de limites ao referido poder.

Terminologicamente, fala-se em negócios jurídicos unilaterais, bilaterais (que podem ser divididos em contratos e convenções) e plurilaterais.

No *negócio jurídico unilateral* basta, para a sua existência, a manifestação de vontade suficiente à composição do suporte fático. É o caso clássico do testamento.

¹⁹⁰⁵ Nesse mesmo sentido, Diogo Assumpção Rezende de Almeida defende que “as convenções processuais, que possibilitam a flexibilização do procedimento e a disposição de direitos processuais das partes, são, pois, uma forma útil e efetiva de diminuição de riscos, de incremento da segurança jurídica e de conseqüente melhoria da qualidade da atividade jurisdicional exercida pelo Estado”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 228).

¹⁹⁰⁶ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 376. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese (doutorado). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011. p. 137.

Nessas espécies, basta a manifestação de vontade, não sendo necessária, para a existência do negócio que a manifestação seja dirigida e recebida por alguém (receptícia). No máximo, a receptividade constituirá requisito de eficácia do negócio, mas não de existência¹⁹⁰⁷. São exemplos de negócios jurídicos processuais unilaterais o reconhecimento jurídico do pedido, a escolha do juízo na execução, a desistência da penhora pelo exequente, a desistência do recurso, a renúncia ao direito de recorrer¹⁹⁰⁸ e a escolha do procedimento a ser seguido realizado na petição inicial¹⁹⁰⁹. Talvez o mais emblemático exemplo de ato negocial unilateral é a petição inicial (o ato postulativo, nas palavras de Paula Costa e Silva), a qual, sem dúvida, é um ato de autorregulação, o que fez com que possa ser aproximado ao ato negocial¹⁹¹⁰.

¹⁹⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 257-258. No âmbito do direito civil, podem ser mencionados como exemplos de negócios jurídicos unilaterais as seguintes situações: “a aceitação e a renúncia da herança, a instituição de fundação, a oferta, a aceitação, a promessa de recompensa, a emissão de título de crédito, o testamento, a renúncia, em geral, o exercício de direitos potestativos (embora haja situações que configuram atos jurídicos stricto sensu, como a interpelação para constituir o devedor em mora), entre outros”. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 259).

¹⁹⁰⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 44. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*, Porto Alegre, v. 32, n. 148, p. 314, jun. 2007.

¹⁹⁰⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 86. Registre-se que, conforme o mesmo autor, havia liberdade de pactuação de rito durante a vigência do Regulamento 737 de 1850, o qual expressamente autorizava a convenção das partes sobre a escolha do procedimento sumário para qualquer causa, nos termos do seu art. 245, que assim previa: “esta fórmula de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente”. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 89.

¹⁹¹⁰ Nesse sentido, Paula Costa e Silva leciona que, “não obstante os efeitos que o acto desencadeia no procedimento não dependerem de a parte manifestar qualquer vontade no sentido dessa produção, o acto postulativo é claramente um acto de auto-regulação. Toda a actuação processual da parte será destinada a conseguir que o tribunal profira uma decisão, cujos efeitos se confundem com a solução que a parte, se pudesse impor a sua vontade directamente à parte contrária, ditaria para o caso concreto. E, nessa solução, está implicada não apenas a parte contrária, mas também a parte autora do acto. Os efeitos que ela escolhe vinculá-la-ão a ela e a parte contrária. Seria pouco adequado aos fins do processo afirmar que estes efeitos se justificam independentemente da consideração das finalidades do autor do acto. Porque a solução final apenas pode decretar os efeitos nos exactos termos em que a parte os pede, porque é assim que os quer”. COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 319). Na doutrina brasileira, adere a esse entendimento Fredie Didier. DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 377.

Os *negócios jurídicos bilaterais*, por sua vez, pressupõem “*manifestações de vontades distintas, porém coincidentes, recíprocas e concordantes sobre o mesmo objeto*”¹⁹¹¹. O conceito de negócio jurídico bilateral costuma ser desdobrado em duas possibilidades. Fala-se em contrato quando, no negócio jurídico, concorrem duas declarações de vontade com objetivos diversos. No caso dos negócios jurídicos bilaterais sobre matéria processual, as declarações de vontade emitidas pelo autor e pelo réu têm igual conteúdo, razão pela qual, nesse caso, é mais adequado falar em convenção processual¹⁹¹². Embora constituída por duas declarações de vontade, a convenção processual é ato *uno*, uma vez que emitidas fundem-se para formar uma entidade nova com capacidade para produzir efeitos específicos¹⁹¹³.

Por fim, cabe fazer referência aos *negócios jurídicos plurilaterais*, os quais “*se formam pela coincidência de vontades opostas sobre um mesmo objeto*”¹⁹¹⁴. Nele, vontades distintas convergem para um fim comum¹⁹¹⁵. O grande exemplo acerca do tema no direito privado é o contrato de constituição de sociedade. No direito processual civil também é possível falar em negócios jurídicos plurilaterais, como é o caso da sucessão do alienante ou do cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa, hipótese na qual somente será admitida a sucessão processual se houver convergência de vontades entre o alienante ou cedente, o adquirente ou cessionário e à parte contrária (art. 109, §1.º, NCPC)¹⁹¹⁶. Os negócios plurilaterais (*triangular procedural contracts*)¹⁹¹⁷ podem ser celebrados pelas partes e terceiros,

¹⁹¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 259.

¹⁹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 88.

¹⁹¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 89.

¹⁹¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.

¹⁹¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.

¹⁹¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 44.

¹⁹¹⁷ Com expressa menção ao direito brasileiro, Christoph A. Kern refere: “taking into account the triangular procedural relationship between the parties and the court, it could also be possible to conclude a procedural contract among all three players or to have a contract between two of them – in particular, the parties – ratified by the third one – then, the court. It seems to be logical that, absent further express qualification, in such case, the contract would immediately bind not only the parties, but also the court. An example for such a contract is provided by the new Brazilian Code of Civil Procedure: A timetable for the proceedings agreed upon by the parties and approved of by the court”. KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany*. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 189-190).

bem como pelas partes e pelo juiz da causa. Os exemplos mais notáveis de negócios plurilateral previsto no Novo CPC são o *calendário processual* (art. 191, NCPC) e a *organização compartilhada da causa* (art. 357, §3.º, NCPC).

O negócio jurídico pressupõe manifestação de vontade, e não, necessariamente, vontade declarada. Isso significa que é admissível a existência de *negócios jurídicos processuais tácitos*. Nesses casos, a ação ou omissão do agente serve como manifestação de vontade suficiente para preencher o suporte fático do negócio processual¹⁹¹⁸. O exemplo de mais fácil visualização a respeito do tema é o da ausência de alegação da convenção de arbitragem ou da incompetência relativa. No primeiro caso, a omissão constitui renúncia tácita à convenção de arbitragem, ao passo que, na segunda, há um consentimento tácito por parte do réu em ajustar o juízo competente nos termos em que proposta a ação pelo autor. Trata-se, em ambos os casos, de hipótese de omissão negocial, razão pela qual, em prestígio à autonomia privada, é vedado ao juiz atuar de ofício em relação àquilo que foi omitido pela parte. Esse mesmo raciocínio, inclusive, vale para o descumprimento, por uma das partes, de qualquer negócio jurídico processual bilateral celebrado antes ou durante o processo. Com efeito, “o descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”¹⁹¹⁹. Por outro lado, também o ato comissivo pode constituir uma manifestação de vontade tácita. É o que ocorre quando o réu cumpre a sentença sem reservas e, depois, recorre¹⁹²⁰. Haverá, no caso, ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 1.000, NCPC).

¹⁹¹⁸ Conforme Leonardo Carneiro da Cunha, “há dois tipos de omissão no processo: (a) a omissão contumacial e (b) a omissão negocial. Aquela é um ato-fato, esta um negócio jurídico. E tal diferença é importante. O assistente, por exemplo, não pode atuar contra a vontade do assistido. Significa que, no tocante a omissões, o assistente não pode atuar quando a omissão for negocial. Assim, se o assistido for réu e este não opuser exceção de incompetência ou não suscitar preliminar de convenção de arbitragem, o assistente não poderá fazê-lo, pois, se o fizer, estará a contrariar a vontade do assistido. Se, entretanto, o assistido não contesta ou não recorre, o assistente poderá fazê-lo, sem que esteja a contrariar sua vontade, pois a revelia e a ausência de recurso são atos-fatos, sendo irrelevante a vontade”. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 33-34).

¹⁹¹⁹ Enunciado 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. No mesmo sentido, Didier dá o seguinte exemplo: “imagine-se o acordo de instância única: as partes negociam que ninguém recorrerá. Se, por acaso, uma das partes recorrer, o órgão jurisdicional não pode deixar de admitir o recurso por esse motivo; cabe à parte recorrida e alegar e provar o inadimplemento, sob pena de preclusão. O não-cabimento do recurso em razão do negócio jurídico processual não pode ser conhecido de ofício pelo juiz”. DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 391).

¹⁹²⁰ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 378.

Os negócios jurídicos processuais podem dizer respeito tanto ao objeto litigioso, quanto ao próprio procedimento¹⁹²¹. Em regra, não há grandes dificuldades em visualizar *negócios jurídicos acerca do objeto litigioso*, como o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao próprio direito discutido e a possibilidade de as partes convencionarem acerca da solução do litígio transacionando a seu respeito¹⁹²², hipóteses nas quais haverá resolução do mérito (art. 487, III, “b” e “c”, NCCP). É que, em todos esses casos, o negócio jurídico (unilateral nos dos primeiros casos e bilateral, no segundo) redundará na resolução da questão de direito material.

O incremento da autonomia privada, somado a uma visão participativa de processo, permite que se visualizem negócios jurídicos processuais cujo escopo é *delimitar o objeto litigioso*, o que pode ser feito entre as partes (negócio bilateral) ou entre elas e o juiz (negócio plurilateral). Em tais hipóteses, como será visto mais adiante, o negócio jurídico processual impõe uma adequação da própria cognição judicial em decorrência do caso concreto, o que não somente vem a limitar a atuação do juiz e das partes, mas também conferir a elas um procedimento mais rente ao direito material e mais previsível.

Acompanha esse clima de mudança e de (re)valorização da autodeterminação dos sujeitos a possibilidade de serem celebrados *negócios processuais acerca do procedimento*, seja para adequá-lo às necessidades do caso concreto, seja para redefinirem-se ônus, direitos e deveres dos sujeitos processuais. Esse é, por sinal, o sentido estrito dos “*prozessuale Verfügungsverträge*” do direito alemão, conforme a lição de Christoph A. Kern, para quem “*the effect of such contacts consists in amending or excluding the application of a specific rule or in*

¹⁹²¹ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 377. Também Caponi refere que o tema dos acordos processuais pode ser desenvolvido em pelo menos duas direções: a primeira, tem por objeto os acordos dirigidos à composição da lide e seus reflexos sobre o processo civil; a segunda, tem por objeto os acordos que, segundo uma primeira e genérica definição, incidem sobre o desenvolvimento do processo civil (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 100).

¹⁹²² É controversa a posição da transação como verdadeiro negócio jurídico processual, problemática que remete ao regime de impugnação da sentença prevista no art. 487, III, *b*, NCCP. Conforme Araken de Assis, a transação, a exemplo de outros negócios jurídicos, como o mandato judicial, a outorga da procuração e a vênua conjugal são negócios jurídicos privados mas que entram no processo revestindo-se de processualidade. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 1274.

*creating a rule which does not exist in regular proceedings*¹⁹²³. Também Remo Caponi parece dar ênfase a essa modalidade de *acordos processuais*, vale dizer, àqueles acordos que *“incidono sullo svolgimento del processo civile”*¹⁹²⁴. Todavia, essa classificação não costuma ser muito homogênea, sendo possível dizer que, com exceção daqueles negócios que por si só impõe a resolução do mérito, todos os demais, de certo modo, influenciam no andamento da marcha processual, ainda que tenham por objeto versar sobre o direito material afirmado em causa, razão pela qual costumam ser tratados conjuntamente¹⁹²⁵. Desse modo, o que merece ser ressaltado, nesse propósito, é sempre o incremento da autonomia privada em setores relativos ao direito processual (ainda que estes estejam em diálogo constante com o direito material) que, até então, eram pouco explorados nessa perspectiva.

Cabe destacar, ainda, que os negócios jurídicos processuais, em regra, produzem efeitos imediatos no processo, não dependendo, para tanto, de homologação judicial. Esse entendimento pode ser extraído expressamente do art. 200 do NCP, segundo a qual *“os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”*¹⁹²⁶. A homologação judicial somente será condição de eficácia processual do negócio jurídico processual, portanto, quando expressamente exigida por lei¹⁹²⁷.

Por fim, os negócios jurídicos processuais podem ser típicos ou atípicos. São típicos, quando previstos expressamente em lei. Atípicos, são os negócios jurídicos processuais que não se encaixam nos tipos legais, sendo estruturados de modo a

¹⁹²³ KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 181.

¹⁹²⁴ CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 100.

¹⁹²⁵ Parece seguir essa mesma linha Diogo Assumpção Rezende de Almeida, cujo estudo a respeito do tema “direcionou-se, pois, para a análise de convenções sobre o direito processual, e não para o tratamento da transação (relacionada com o direito material) e tampouco para atos unilaterais de disposição processual (como renúncia ao direito de recorrer, desistência de recurso, desistência da ação etc.)”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2005. p. 17.

¹⁹²⁶ A propósito do tema, o enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

¹⁹²⁷ Nesses termos, o enunciado 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê que “a homologação, pelo juiz, de convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio jurídico”.

atender às conveniências e necessidades das partes¹⁹²⁸. A análise detida dessas duas espécies de negócios jurídicos processuais será realizada no item seguinte.

5.3.5 Dos Negócios Jurídicos Processuais Típicos

A previsão de negócios jurídicos processuais já existia no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, não era comum que se traçassem os contornos dogmáticos dessa categoria jurídica, razão pela qual pouca atenção era dada aos seus aspectos conceituais. É emblemática a mudança dessa postura teórica no importantíssimo e já mencionado ensaio do professor Leonardo Greco a respeito dos atos de disposição processual, publicado em 2007, no qual se chamou a atenção para os seguintes negócios jurídicos processuais previstos na legislação da época: o *pactum de foro prorrogando*, previsto no art. 111 do CPC/73, em que se prevê o acordo de eleição de foro¹⁹²⁹, a *convenção de arbitragem* (art. 1.º, Lei 9.307/96), em que as partes se comprometem a estabelecer o juízo arbitral para a solução de litígios relativos a direitos patrimoniais¹⁹³⁰, a *convenção sobre o ônus da prova* (art. 333, CPC/73)¹⁹³¹, a *suspensão do processo* (art. 265, II, CPC/73), a *modificação de prazos legais dilatatórios* (art. 181, CPC/73), o *adiamento de audiência por convenção das partes* (art. 453, I, CPC/73)¹⁹³², a *possibilidade de substituição do réu na nomeação à autoria* (art. 65 e 66, CPC/73), o *requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais* (art. 565, parágrafo único, CPC/73), as *convenções sobre alegações finais orais de litisconsortes* (art. 454, §1.º, CPC/73), a *liquidação por arbitramento por convenção das partes* (art. 475-C, I, CPC/73), a *escolha do juízo da execução* (art. 475-P, parágrafo único, CPC/73), a *escolha do meio executório pelo exequente* (art. 568, CPC/73), o

¹⁹²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 44.

¹⁹²⁹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 17.

¹⁹³⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 19.

¹⁹³¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 23.

¹⁹³² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 23.

depósito nas mãos do executado com anuência do exequente (art. 666, §1.º, CPC/73) a *desistência da penhora pelo exequente* (art. 667, III, CPC/73), dentre outros¹⁹³³.

Com o Novo Código de Processo Civil houve uma sensível ampliação dos negócios jurídicos processuais típicos, de modo que, sem prejuízo daqueles que já existiam no Código Buzaid – na grande maioria reproduzidos no Novo Código –, foram criados outros negócios jurídicos processuais típicos. Destacam-se, nesse sentido, os seguintes negócios processuais: (i) a *redução convencional dos prazos peremptórios*, que pode ser realizada pelo juiz com a concordância das partes (art. 222, §1.º, NCPC), tratando-se, pois, de um negócio jurídico plurilateral; (ii) a *ampliação convencional dos prazos*; (iii) a *convenção para a escolha do perito pelas partes*, hipótese que rompe com o jargão segundo o qual o perito seria propriedade do juízo¹⁹³⁴; (IV) a organização consensual dos pontos controvertidos (art. 375, §2.º, NCPC) e, por fim, (v) a calendarização do processo (art. 191). Além desses novos casos, dentre os quais destacam-se os dois últimos, o Novo Código passou a permitir a criação de negócios jurídicos processuais atípicos, o que, sem dúvida, representa uma mudança de paradigma bastante significativa, no sentido de colocar a autonomia privada no papel de elemento norteador do novo processo civil brasileiro.

¹⁹³³ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 27. Esses exemplos também são referidos por diversos outros autores que vêm se ocupado no tema atualmente. A menção exclusiva ao ensaio de Leonardo Greco deve-se ao fato de ter sido ele, depois de Barbosa Moreira, o primeiro autor brasileiro a ter dado relevância ao tema dos atos de disposição das partes do processo. Deve-se registrar que, paralelamente, o tema dos negócios jurídicos processuais também foi ganhando relevância no direito brasileiro muito em razão dos esforços da escola baiana de processo, notadamente a partir das pesquisas realizadas pelo grupo de pesquisa “teoria contemporânea da relação jurídica processual: fato, sujeitos e objeto”, formado em 2006, sob a liderança do professor Fredie Didier (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053>). Ainda a respeito dos negócios processuais típicos previstos no Código Buzaid, consultar CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 42-43.

¹⁹³⁴ Conforme Diogo Assumpção Rezenda de Almeida, “essa espécie de convenção afigura-se assaz proveitosa, especialmente nas demandas que envolvam questões técnico-científicas complexas, nas quais as partes conhecem melhor do que o juiz os profissionais capacitados à realização da perícia”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezenda de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 266).

5.3.6 Dos Negócios Jurídicos Processuais Atípicos

Embora estivesse potencialmente consagrada no art. 158 do Código Buzaid¹⁹³⁵ a existência de negócios jurídicos processuais atípicos, raramente eles eram reconhecidos pela doutrina como passíveis de serem celebrados¹⁹³⁶. Pode-se dizer que o entendimento preponderante por muitos anos no direito brasileiro foi o da inexistência de negócios jurídicos processuais cuja pactuação exigisse expressa autorização legislativa¹⁹³⁷. Com certeza, essa barreira à liberdade negocial além das hipóteses abstratamente previstas em lei consistia num empecilho ao reconhecimento do *status* principiológico da autonomia privada no processo civil. Por isso, é acertado dizer que o Novo Código de Processo Civil ao admitir expressamente a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos abre o caminho para uma mudança paradigmática no direito processual civil brasileiro, a qual traz consigo uma mudança cultural no sentido de prestigiar a autonomia das partes como elemento central da noção de processo democrático. Democrático é o processo em que as partes não somente têm direito de participar ativamente da formação dos provimentos jurisdicionais (*roupagem contemporânea do contraditório*), mas também de participar da estruturação do procedimento, de modo a torná-lo mais adequado às suas necessidades concretas. É inegável, pois, que o Novo Código de Processo Civil deu maior estatura ao domínio das partes¹⁹³⁸.

¹⁹³⁵ O art. 158 do Código Buzaid, sendo o qual “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais” foi reproduzido no art. 200 do Novo Código de Processo Civil.

¹⁹³⁶ Excepciona-se, nesse sentido, ainda à luz do Código Buzaid, a dissertação de mestrado de Bruno Garcia Redondo, publicada em 2013, na qual se defende a existência implícita de uma cláusula geral de atipicidade negocial no art. 158 do Código de 1973 (REDONDO, Bruno Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Orientação Teresa Wambier. São Paulo: PUC-SP, 2013). Também Leonardo Carneiro da Cunha refere que “os negócios jurídicos atípicos estão autorizados pelo disposto no art. 158 do CPC de 1973”. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 44).

¹⁹³⁷ Nesse sentido, refere Redondo que “o entendimento que, na época, prevaleceu no plano doutrinário, sustentava que o Código de 1973 teria sido silente quanto à possibilidade de celebração de convenções atípicas pelas partes (sem prévia regulamentação específica), concluindo-se no sentido de sua impossibilidade, não obstante, curiosamente, o art. 158 guardar um significativo potencial de interpretação no sentido de ali estar consagrada, implicitamente, uma cláusula geral de atipicidade de negócios jurídicos processuais”. REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 271).

¹⁹³⁸ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 1275.

Com efeito, o art. 190 do Novo Código de Processo Civil permite que as partes plenamente capazes possam estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição. O dispositivo em questão, sobremaneira inovador¹⁹³⁹, insere-se na tendência do que vem sendo chamado de “contratualização do processo”¹⁹⁴⁰, conceito mais restrito que se insere na expressão francesa, mais ampla e geral, “contractualisation des modes de règlement des litiges”, a qual abarca tanto os “modes de règlement judiciaire” quanto os “modes de règlement extra judiciaire des litiges”¹⁹⁴¹.

A “contratualização do processo” é considerada, no direito francês, como uma consequência lógica “du principe de coopération du juge et des parties”¹⁹⁴² e serve como um importante elemento de flexibilização procedimental (déformalisation)¹⁹⁴³, na medida em que permite às partes (entre elas ou em conjunto com o juiz) adequarem o processo às peculiaridades do caso concreto, pela definição de “normes génératrices de compartements procéduraux (ex: modalités de mise en état) ou d’application même du droit (ex: institution du juge comme amiable compositeur)”¹⁹⁴⁴. Essa perspectiva adotada no direito francês, em que se trata da

¹⁹³⁹ Conforme Paula Costa e Silva, “a regra é absolutamente inovadora ao admitir, *apertis verbis* e no seu segundo trecho – o primeiro, ordenado a admitir as convenções sobre o procedimento, consistirá numa possível mitigação da supressão da projectada regra que atribuía amplos poderes de adequação formal ao juiz, indo, porém, muito mais longe do que fora já proposto – a celebração de negócios jurídicos sobre situações processuais”. COSTA E SILVA, Paula. Pactum de *non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 299.

¹⁹⁴⁰ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, mar. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188.

¹⁹⁴¹ CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 93.

¹⁹⁴² CADIET, Loïc. Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. *Revue française d'administration publique*. n. 125, 2011. p. 141. Disponível em <<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm>>. Acesso em 29 out. 2015.

¹⁹⁴³ CADIET, Loïc. Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. *Revue française d'administration publique*. n. 125, 2011. p. 139. Disponível em <<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm>>. Acesso em 29 out. 2015.

¹⁹⁴⁴ GILLET, Jean-Louis. La contractualisation de la justice. In: PIGACHE, Christian. *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*. Rouen: Université de Rouen, 2004. p. 83.

contratualização como instrumento de *flexibilização*, esta atrelada à concepção presente naquele ordenamento de *contratualização* como gestão processual¹⁹⁴⁵.

Tem-se, com isso, a passagem de uma ordem jurídica imposta para uma ordem jurídica negocial¹⁹⁴⁶, na qual o dissenso entre os agentes processuais a respeito do direito material não pode ser visto como empecilho para que possam acordar acerca dos rumos do processo¹⁹⁴⁷. O direito francês é prenhe de exemplos de negócios processuais, os quais, a despeito de não estarem previstos de forma típica na legislação processual brasileira, podem servir de parâmetro para a criação de negócios atípicos em conformidade com a previsão aberta do art. 190 do NCPD.

Loïc Cadiet, ao tratar dos acordos processuais no direito francês, vem a dividi-los em acordos relativos à ação, ao processo e à prova. Porém, nem todas essas cláusulas seriam aplicáveis ao direito brasileiro. A cláusula que reduz ou prolonga a prescrição, por exemplo, tem assento no art. 2254 do Código Civil francês, segundo o qual a duração da prescrição pode abreviar-se ou ampliar-se por acordo das partes, desde que não seja reduzida por menos de um ano ou ampliada por mais de dez anos¹⁹⁴⁸. Essa regra é incompatível com o direito brasileiro, uma vez que aqui há dispositivo expressamente vedando a alteração dos prazos prescricionais pelas partes (art. 192, CC).

¹⁹⁴⁵ No direito inglês, como será melhor abordado adiante, dá-se ênfase para a expressão *case management* pois a mudança lá ocorrida dá ênfase à postura do juiz no gerenciamento do processo. Nesse sentido, “no direito inglês prefere-se a nomenclatura gerenciamento, porque o juiz se torna o gerente do processo e gestor das vontades das partes, aliadas à vontade do próprio órgão jurisdicional. No direito francês, a decorrência destas reformas como reflexos de *contratualização* do direito levaram a doutrina a valer-se deste nome para indicar o mesmo instituto. Tudo isto porque, no direito francês, as reformas não se resumiram a entregar ao juiz mais poderes na condução do processo, mas, mais que isso, possibilitaram ao juiz que, juntamente com as partes, firmasse as normas de condução do processo, em cooperação”. COSTA, Thais Mendonça Aleluia da. *A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual*. (Dissertação de mestrado). Orientador Fredie Didier. UFBA. Salvador, 2012. p. 62). Também Érico Andrade visualiza a “*contratualização*” do processo surgida no direito francês como um mecanismo de gestão processual. ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘*contratualização*’ do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, mar. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187.

¹⁹⁴⁶ CADIET, Loïc. *Propos introductifs: faire lien*. In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine. HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative* (Actes du colloque), 2007. p. 93. Disponível em <<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/05-13-RF.pdf>>. Acesso em 15 out. 2015.

¹⁹⁴⁷ CADIET, Loïc. *Construire ensemble des débats utiles*. In: *Mélanges Jean-Buffet – La Procédure en tous ses états*. Paris: Petites Afiches, 2004. p. 107.

¹⁹⁴⁸ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3: 3-35, aug.-dec., 2012. Disponível em <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 11 jun. 2015. p. 14.

O direito francês permite que se convençione acerca do direito aplicável (*clauses d'electi juris*). Desse modo, as partes podem condicionar o poder do juiz prevendo o direito que deverá ser aplicado no caso concreto. O art. 12, alinéa 3, do *nouveau code de procédure civile*, estabelece “[Le juge] ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d’un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l’ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat”¹⁹⁴⁹. Isso quer dizer que as partes podem vincular o juiz quanto às qualificações e questões jurídicas, dispositivo que, de certo modo, se assemelha à previsão do art. 357, §2.º, NCPC, que posteriormente será abordado de forma mais detida.

Também se admite, no direito francês, a criação de cláusulas que preveem a obrigação de informar sobre o processo existente com um terceiro (*clausules de révélation d’instance*) ou também de intervenção obrigatória em processo em curso. Igualmente é possível a criação de cláusulas de reembolso dos gastos do processo ou de repartição de despesas com arbitragem ou mediação, as quais se inserem nas modalidades das chamadas *clauses financières*¹⁹⁵⁰. Desse modo, é possível estabelecer que na hipótese de litígio a parte vencida deverá indenizar a parte contrária pelos gastos do processo, como, por exemplo, os gastos com advogado. Seria possível também estabelecer que as despesas do processo serão repartidas de modo igual independente do seu resultado. Há, portanto, um grande número de cláusulas financeiras que poderão ser pensadas para o direito brasileiro.

Por outro lado, nos termos do *article 41, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile*, é possível que as partes, após o litígio, venham a convençionar uma renúncia conjunta ao direito de recorrer (“*convenir en vertu d’un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort*”)¹⁹⁵¹. Por outro lado, seria possível a criação de

¹⁹⁴⁹ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 17, nota 31.

¹⁹⁵⁰ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 18.

¹⁹⁵¹ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008, 27.

acordos com o objetivo de restringir ou ampliar a atividade do juiz¹⁹⁵², limitando-se, por acordo, o debate processual, ou ampliado os poderes do juiz para julgar o litígio também por equidade. Essa última possibilidade é prevista no direito brasileiro somente para a arbitragem (art. 2.º, Lei 9.307/96), e não significa uma limitação ao poder do árbitro, mas, sim, uma ampliação, na medida em que *poderá* afastar o direito positivo quando entender mais adequado julgar por equidade¹⁹⁵³.

A doutrina brasileira, animada pela novidade trazida pelo art. 190 do Novo CPC vem desenvolvendo o tema dos negócios jurídicos processuais atípicos de forma bastante robusta. Vários são os exemplos de negócios atípicos que podem ser extraídos da doutrina e dos enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC. Admite-se, desse modo, o *pacto de impenhorabilidade*, o *acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza*, o *acordo de rateio de despesas processuais*, a *dispensa consensual de assistente técnico*, o *acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso*, o *acordo para não promover execução provisória*, o *pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória (inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334, NCPC)*, o *pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação*, *pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure)* com a estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas, a *previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si*, o *acordo de produção antecipada de prova*, a *escolha consensual de depositário-administrador* (art. 866, NCPC), a *convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal*¹⁹⁵⁴, o *acordo para a realização de sustentação oral*, o *acordo para ampliação do tempo de sustentação oral*, o *juízo antecipado do mérito convencional*, a *convenção sobre prova*, a *redução de prazos processuais*¹⁹⁵⁵, a *estabilização expressamente negociada da*

¹⁹⁵² CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008, 28.

¹⁹⁵³ Conforme Leonardo Faria Beraldo, “equidade não significa julgar sempre contrariamente ao direito positivo, mas, sim, a possibilidade de o árbitro decidir, opostamente ao direito posto, na busca da decisão mais justa possível. Para tanto, deverá o árbitro se valer de sua experiência, sapiência e sensibilidade na busca da justiça no caso concreto”. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. p. p. 20).

¹⁹⁵⁴ Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Redação revista no III FPPC-Rio, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba.

¹⁹⁵⁵ Enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Redação revista no III FPPC-Rio.

*tutela antecipada de urgência antecedente*¹⁹⁵⁶, o *acordo para dispensar a caução no cumprimento provisório da sentença*¹⁹⁵⁷, o *pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva*, o *pacto de alteração de ordem de penhora*, a *pré-indicação de bem penhorável preferencial*, a *pré-fixação de indenização por dano processual* e o *negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento*¹⁹⁵⁸.

Doutrinariamente, tem-se mencionado alguns negócios processuais atípicos. Um deles é o *pactum de non petendo*, através do qual o credor “fica obrigado a não exercer uma posição jurídica emergente de uma relação jurídico-privada”, vale dizer, “a exigibilidade (judicial ou extrajudicial) do direito de credito”¹⁹⁵⁹. Novidade de grande relevo é a *legitimação extraordinária negocial*, que decorre da previsão do art. 18 do Novo CPC, segundo o qual “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo *ordenamento jurídico*”, expressão mais ampla que a palavra “lei”, sendo permitido, pois, que um negócio jurídico processual seja a fonte normativa da legitimação extraordinária¹⁹⁶⁰. Outro tema que vem sendo explorado pela doutrina acerca dos negócios atípicos é o das convenções processuais em matéria probatória. Não se trata, no ponto, de uma *verdade negociada*¹⁹⁶¹, mas, sim, de uma limitação negociada à atividade probatória¹⁹⁶².

¹⁹⁵⁶ Enunciado 32 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Redação revista no V FPPC-Vitória.

¹⁹⁵⁷ Enunciado 262 do IV Fórum Permanente de Processualistas Civis – Belo Horizonte.

¹⁹⁵⁸ Enunciado 490 do VI Fórum Permanente de Processualistas Civis – Curitiba.

¹⁹⁵⁹ (COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 311.

¹⁹⁶⁰ DIDIER, Fredie. Fonte normativa de legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, v.39, n.232, jun. 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 72. Com efeito, “a partir do texto do art. 18, em consonância com o contexto do CPC de 2015 e com a finalidade e valores que lhe são subjacentes, chega-se à conclusão de que o sistema jurídico processual decorrente do novo Código deixou aos sujeitos o espaço para o autorregramento da vontade no que concerne à legitimidade *ad causam*. É possível, assim, haver negócio jurídico processual que tenha como objeto a atribuição de legitimidade extraordinária a um determinado sujeito que, em princípio, não a teria”. BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 352).

¹⁹⁶¹ Expressão cunhada por Michele Taruffo, que faz uma aguda crítica aos negócios processuais em matéria probatória (TARUFFO, Michele. *Verità negoziata?*. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 69-98. Bastante contundente é a crítica formulada por Beclaute Oliveira Silva ao texto de Tarruffo: “algo deve ficar registrado. Não se está a dispor sobre a verdade, mas dos meios para estabelecer o fato, enquanto antecedente da norma de decisão. Se o critério de aferição for a verdade, que esta seja medida pelo meio adequado fixado em lei ou pelas partes. Estipular, por exemplo, que a quitação de um débito deve ser demonstrada por documento escrito em nada fere a cláusula do devido processo legal. Pelo contrário, tal critério de prova irá compor o antecedente da norma

Diante desse quadro, podem ser mencionadas algumas possíveis convenções em matéria de prova tendo por objeto a exclusão ou inclusão de meios de prova, a permissão ou proibição de certas provas atípicas, o testemunho por escrito, a exclusão da prova testemunhal, a hierarquização de provas e a colheita de provas orais de maneira extrajudicial¹⁹⁶³.

Como se vê, a possibilidade de serem instituídos negócios jurídicos processuais com o objetivo de manejar os ônus, direitos (faculdades e poderes) e deveres das partes no processo é muito amplo, assim como a possibilidade de serem realizadas mudanças procedimentais pelas vontades das partes. Os negócios jurídicos processuais atípicos, sem dúvida, constituem o exemplo emblemático da consagração do princípio da autonomia privada no processo civil brasileiro. A questão que daí surge, porém, é a dos limites desses negócios. Até que ponto vai a liberdade das partes no estabelecimento de mudanças no procedimento? Qual o tratamento jurídico que deverá ser dado a essas questões? No próximo item será feita uma breve análise do tema, sem pretensão nenhuma de esgotá-lo tendo em vista a sua complexidade.

5.3.7 A Questão da Validade (e dos Limites) dos Negócios Jurídicos Processuais

Tema sobremaneira complexo é o da questão da validade e dos limites dos negócios jurídicos processuais. O Novo Código de Processo Civil brasileiro cuida do tema no parágrafo único do seu art. 190, o qual prescreve que o juiz, de ofício ou a

jurídica. No caso, o fato é o pagamento demonstrado através de documento. O modo de demonstrar constitui o fato. Este é que irá ter por consequência a quitação. Se o indivíduo alega que pagou mas traz outro tipo de prova para demonstrar o alegado, tem-se que o fato não se deu conforme o previamente estipulado, logo, é outro fato, no caso, inapto a funcionar como antecedente da norma de decisão”. BECLAUTE, Oliveira Silva. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 402).

¹⁹⁶² De acordo com Robson Renault Godinho, “a atividade probatória é, portanto, essencialmente limitada, de modo que o estabelecimento de limitações consensuais é apenas mais uma possibilidade autorizada pelo ordenamento. O rechaço aos acordos probatórios enseja na realidade uma recusa a admitir o autorregramento da vontade no processo e revela a exacerbação do protagonismo judicial”. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 413).

¹⁹⁶³ Esses e outros exemplos podem ser encontrados em GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 415-416.

requerimento, controlará a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. O dispositivo é bastante amplo e isso não é algo negativo, uma vez que os limites dos negócios processuais não podem ser estabelecidos de maneira estanque. Afinal, como já dizia Betti, “a linha de delimitação das respectivas esferas, entre competência dispositiva (autonomia) e competência normativa (soberania), não se mantém rigidamente imóvel e fixa, uma vez para sempre, mas apresenta-se historicamente variável através das fases de uma mesma ordem jurídica”¹⁹⁶⁴.

Seguindo uma ordem lógica a respeito das questões abordadas no parágrafo único do art. 190 do NCPC, cumpre, primeiramente, descortinar o significado do poder atribuído ao juiz para *recusar aplicação*, inclusive *de ofício*, aos negócios jurídicos processuais. Conforme referido anteriormente, os negócios jurídicos processuais somente terão a homologação como condição de eficácia quando a lei assim estabelecer. Do mesmo modo, o descumprimento do negócio processual é matéria que o juiz não pode conhecer de ofício. Consequentemente o juiz somente poderá recusar a aplicabilidade do negócio processual quando este for nulo.

O negócio jurídico processual submete-se às regras de validade dos negócios jurídicos em geral, aplicando-se a eles as hipóteses de nulidade do art. 166 do Código Civil. Por outro lado, cabe ao juiz conhecer da nulidade do negócio jurídico processual de ofício, seja por força do que estabelece o art. 190, parágrafo único, do NCPC, seja em face da previsão do art. 168, parágrafo único, do Código Civil, o que “deverá ocorrer incidentalmente no processo em que o conteúdo do negócio for apresentado ao magistrado, isto é, do processo que deveria ser regido pelo ato das partes”¹⁹⁶⁵. Seja como for, o negócio processual submete-se, quanto à decretação

¹⁹⁶⁴ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 184-185.

¹⁹⁶⁵ Conforme Yarshell, “a vida autônoma é necessária porque o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material)”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 77. Ao tema, portanto, aplica-se o art. 177 do Código Civil, que assim estabelece: “a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade”.

da sua invalidade, à regra segundo a qual não há nulidade sem prejuízo¹⁹⁶⁶ e poderá ser invalidade total ou parcialmente¹⁹⁶⁷. Por outro lado, a anulabilidade do negócio jurídico processual, a exemplo do que ocorre nos negócios jurídicos regidos exclusivamente pelo direito civil¹⁹⁶⁸, razão pela qual o seu conhecimento dependerá de provocação do interessado¹⁹⁶⁹ em ação desconstitutiva autônoma¹⁹⁷⁰.

A nulidade do negócio jurídico processual é tema que se desdobra em vários aspectos, como a capacidade dos agentes, a forma do ato, a natureza do direito sobre o qual versa o processo e a licitude do objeto. A questão da licitude do objeto e, pois, dos seus limites “é o ponto mais sensível e indefinido na dogmática da negociação processual atípica”, razão pela qual será abordado ao final deste tópico.

O art. 190 do NCPC atribui às *partes plenamente capazes* a possibilidade de celebrar negócios processuais atípicos. Questiona-se o conceito de capacidade previsto no referido artigo: seria a capacidade civil ou a capacidade processual? Sobre o tema, ainda não há consenso doutrinário. Flávio Luiz Yarshell entende que se trata da capacidade civil, razão pela qual se excluiria a possibilidade do absolutamente incapaz ou do relativamente incapaz celebrar negócio jurídico processual, ainda que, respectivamente, representado ou assistido¹⁹⁷¹. Diogo Assumpção Rezende de Almeida adota uma posição intermediária, ao considerar que a capacidade é regida pelo direito material quando a convenção é pré-processual, sendo regida pelo direito processual quando celebrada no curso do processo¹⁹⁷². Fredie Didier fala em uma *capacidade processual negocial* indistintamente aplicável aos negócios celebrados antes ou durante o processo. Assim, uma pessoa casada não pode regular uma futura ação real imobiliária sem a

¹⁹⁶⁶ O enunciado 16 do FPPC prescreve que “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de invalidade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

¹⁹⁶⁷ Nesse sentido o enunciado 134 do FPPC, segundo qual o “negócio jurídico processual pode ser invalidade parcialmente”.

¹⁹⁶⁸ Consoante o enunciado 133 do FPPC, “além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

¹⁹⁶⁹ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 390.

¹⁹⁷⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 77.

¹⁹⁷¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 73.

¹⁹⁷² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 228.

participação do seu cônjuge, em que pese seja materialmente capaz¹⁹⁷³. Nessa mesma linha, também o incapaz poderá celebrar negócio jurídico processual desde que devidamente representado ou assistido, conforme for o grau de incapacidade¹⁹⁷⁴. A presença obrigatória no Ministério Público no feito, sem dúvida, servirá para evitar que o menor venha a ser prejudicado em decorrência do negócio processual. Igualmente, admite-se que o Poder Público celebre negócio jurídico processual¹⁹⁷⁵, assim como o Ministério Público, nos termos do que expressamente é previsto pela resolução 118 do CNMP¹⁹⁷⁶.

Importante caso de *incapacidade processual negocial* é o da *vulnerabilidade*¹⁹⁷⁷. Tal elemento, inserido no parágrafo único do art. 190 do NCPD como balizador da validade dos negócios jurídicos processuais decorre da premissa de que a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada, dentre outros fatores, “ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa”¹⁹⁷⁸. Tem-se, com isso, que a tutela da parte *vulnerável* no processo civil é uma imposição direta do princípio da igualdade¹⁹⁷⁹, o qual tem assento no art. 5.º da CF e

¹⁹⁷³ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 385. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 278.

¹⁹⁷⁴ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 385. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 277.

¹⁹⁷⁵ Nesses termos, o enunciado 256 do FPPC. Sobre o tema, ver CIANCI, Mirna. MENGA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 481-506. Ainda sobre a possibilidade celebração de negócios processuais pela Fazenda, ver SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 507-520.

¹⁹⁷⁶ Sobre o tema, ver CABRAL, Antônio do Passo. A resolução nº 18 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 541-558.

¹⁹⁷⁷ Conforme Didier, “a vulnerabilidade é caso de *incapacidade processual negocial* [...] que a princípio não atinge a *capacidade processual geral* – um consumidor é processualmente capaz, embora possa ser um *incapaz processual negocial*”. DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 385).

¹⁹⁷⁸ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 11.

¹⁹⁷⁹ Também vinculando a vulnerabilidade à tutela da igualdade, porém no âmbito do direito do consumidor, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

é consagrado no art 7.º do Novo CPC¹⁹⁸⁰. O princípio da igualdade, no bojo do processo civil, pode ser encarado em um caráter estático, a partir regras jurídicas que conferem prerrogativas a certos sujeitos para reduzir a desigualdade fática existente ou que evitam situações de vantagem a uma das partes em relação a outra sem nenhum critério justificável de discriminem, ou em um caráter dinâmico, seara na qual se fala em um dever de garantir a *paridade de condições entre as partes*, de modo que ambas tenham as mesmas possibilidades de atuar e também de estarem sujeitas às mesmas limitações¹⁹⁸¹. É nítido que, nessa segunda concepção, torna-se

¹⁹⁸⁰ Prescreve o referido dispositivo que “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”. O que fez o Novo Código foi reconhecer a igualdade processual também numa perspectiva abstrata, como na dinâmica processual. É inegável que a igualdade tem repercussão já na estruturação do processo, na medida em que não é dado ao legislador fazer distinções entre sujeitos, salvo quando houver algum elemento discriminatório que as justifiquem. As regras processuais não podem se traduzir em privilégios para uma das partes em detrimento da outra. Avultam muitos exemplos nesse sentido, como as regras sobre impedimento e suspeição, cujo propósito é evitar que relações objetivas ou subjetivas permitam a um dos litigantes gozar de favorecimento por parte do órgão jurisdicional, as regras sobre a distribuição do ônus da prova, e as regras que garantem o exercício do contraditório (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: Temas de direito processual: terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984). Também as regras que garantem o acesso à justiça pensado em sua dimensão subjetiva ligam-se diretamente à concretização da igualdade no processo. O benefício da gratuidade, por exemplo, nada mais é do que um modo de garantir acesso à justiça, mediante um tratamento diferente para pessoas com situações financeiras diferentes. Também as previsões postas no Novo Código a respeito da possibilidade de prática de atos processuais por videoconferência ou outro recurso de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 236, §6º., NCPC) constituem um instrumento muito importante para reduzir as desigualdades geográficas, liberando, por exemplo, os ônus e o custos impostos aos advogados e às partes para a realização de uma sustentação oral perante o STJ ou STF. Também é um nítido exemplo de promoção da igualdade processual a interpretação dos depoimentos das partes e testemunhas com deficiência auditiva que se comuniquem por meio da Língua Brasileira de Sinais, ou equivalente (art. 162, III, NCPC). Por fim, a regra da tramitação prioritária (art. 1048, NCPC), agora aplicável não somente às pessoas com mais de 60 anos, mas, também, ao portado de doença grave, nada mais é do que um meio de promoção da igualdade processual.

¹⁹⁸¹ Sobre o tema, escrevemos em outra oportunidade que “nesse perfil dinâmico, costuma-se referir à igualdade como *direito fundamental à paridade de armas*, que, na lição de Trocker, constitui nada mais que um aspecto da noção mais ampla de um processo *équo* frente a um tribunal independente e parcial. Parece mais adequada, de qualquer sorte, a adoção do termo *paridade de condições*, dada a advertência de Barbosa Moreira, no sentido de que a expressão paridade de armas denota, com força demasiada, uma concepção de processo como duelo. Exige-se, nessa linha, que as partes sejam postas em absoluta paridade de condições, de modo que ambas tenham as mesmas possibilidades de atuar e também de estarem sujeitas às mesmas limitações. Não significa, entretanto, paridade absoluta, mas, sim, na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade, igualdade de situações processuais. O importante é que diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: Temas de direito processual: terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984. p. 58.

importante o papel do juiz para garantir, no caso concreto, a igualdade entre os litigantes.

Por vulnerabilidade entende-se a suscetibilidade que alguém tem de ser atingido em razão de ser a parte mais fraca em determinada relação¹⁹⁸². No processo, a vulnerabilidade consiste na “suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”¹⁹⁸³. É importante deixar claro que a vulnerabilidade deve ser aferida no caso concreto, sendo possível, no máximo, presumi-la, como ocorre com o incapaz, com o consumidor e com o empregado. Ademais, o Novo CPC admite que se recuse a aplicação de negócio jurídico processual em que uma das partes encontre-se em *manifesta situação de vulnerabilidade*, o que significa dizer que a análise da vulnerabilidade não somente deverá ser aquilatada *in concreto*, mas, também, que deverá pressupor uma situação em que é nítido que uma das partes é suscetível de ser atingida em razão da sua desigualdade frente a outra.

Nada impede, pois, que negócios jurídicos processuais sejam celebrados no âmbito consumerista ou trabalhista¹⁹⁸⁴. Igualmente, é plenamente cabível a celebração de negócio jurídico pré-processual sem o acompanhamento de advogado. É claro que, aqui, entra em jogo a questão da *vulnerabilidade técnica*, uma vez que o conteúdo dos negócios jurídicos processuais diz respeito a matérias

¹⁹⁸² Conforme Paulo Valério Dal Pai de Moraes “vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação”. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125).

¹⁹⁸³ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 184.

¹⁹⁸⁴ Conforme Fredie Didier “nada impede, em tese, a celebração de negócios processuais no contexto do processo consumerista ou trabalhista. Caberá ao órgão jurisdicional, em tais situações, verificar se a negociação foi feita em condições de igualdade; se não, recusará eficácia ao negócio”. DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 386). Em profundo estudo sobre o tema, refere Antônio do Passo Cabral que “é errado pensar que todo consumidor é inabilitado para compreender o ter das cláusulas contratuais, ou supor que toda parte em uma relação de consumo não aderiu às cláusulas voluntariamente”. Segundo o autor, “não se pode reduzir a capacidade negocial do consumidor como se este fosse um incapaz. Devem ser consideradas *circunstâncias concretas* para avaliar a vulnerabilidade. Não se trata de uma questão de inadmissibilidade, mas sim do controle a respeito das convenções inseridas nestes tipos de contrato”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 323.

de natureza processual cuja compreensão pressupõe conhecimento jurídico. Para um leigo, por exemplo, é incompreensível uma cláusula que retira dos recursos interpostos no processo o efeito suspensivo. Daí o acerto do enunciado 18 do FPPC, segundo o qual “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. A ausência de advogado redundará na presunção de vulnerabilidade, que, certamente, não é absoluta, uma vez que dependerá da natureza da cláusula e dos sujeitos por ela atingidos¹⁹⁸⁵. Uma cláusula que somente gera benefícios à parte que celebrou o negócio jurídico sem a presença de advogado não poderá ser considerada nula, assim como a ausência de advogado não poderá induzir à presunção de vulnerabilidade de alguém que, a despeito de não exercer a advocacia, presume-se conhecedor das questões jurídicas, como um juiz ou promotor que vem a celebrar negócio jurídico processual na condição de trabalhador ou consumidor.

Por outro lado, o conteúdo do negócio poderá até ser prejudicial a uma parte e favorável a outra, sem que isso importe em violação ao princípio da igualdade. Uma cláusula que visa a facilitar a citação do réu, estabelecendo que ele deverá informar qualquer mudança de endereço por carta registrada, sob pena de ser considerado citado no endereço indicado no contrato, não será nula por beneficiar apenas o autor e onerar o réu. Embora seja prejudicial ao réu, a referida cláusula prestigia o princípio da boa-fé processual, a qual em hipótese alguma pode ser afastada por negócio processual¹⁹⁸⁶. Se o réu está, por exemplo, acompanhado de advogado e tem ciência dos riscos que essa cláusula lhe impõe, dificilmente poderá sustentar a sua nulidade posteriormente em razão de ter lhe acarretado um prejuízo processual¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸⁵ Daí a advertência de Cabral no sentido de que, “embora não seja necessário sempre, o patrocínio por advogado é *recomendável*, até para que se assegure que o consentimento seja livre e esclarecido, para que exista previsibilidade sobre o vínculo assumido e para neutralizar as desigualdades que se possam verificar quando da formação da avença”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 280.

¹⁹⁸⁶ Conforme o enunciado 6 do FPPC, “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”. Cabe registrar, no ponto, que a impossibilidade de serem celebrados negócios jurídicos processuais tendentes a afastar deveres processuais não significa que seja vedada a celebração de convenções processuais que deliberem a respeito de deveres processuais. Como bem destaca Antônio do Passo Cabral, “o acordo das partes pode *criar novas obrigações* processuais para além daqueles deveres legalmente disciplinados. Os acordos podem também forçar os deveres previstos na legislação, p. ex. ampliando as sanções para a prática da conduta indesejada”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 293.

¹⁹⁸⁷ Registre-se que “a igualdade que se pretende tutelar é aquela no momento do conhecimento dos riscos inerentes ao negócio e a sua lavratura (mas não a igualdade após o insucesso da

Muito similar à problemática da vulnerabilidade é a *inserção de negócios processuais em contratos de adesão*. Não é por acaso que os dois temas são tratados em sequência no parágrafo único do art. 190 do NCPC. Regra geral, quando se pensa num negócio jurídico processual celebrado no âmbito do direito do consumidor, pensa-se em contratos de adesão, vale dizer, naqueles contratos em que as partes deixam de negociar as cláusulas contratuais, as quais são preestabelecidas por uma das partes e impostas a outra¹⁹⁸⁸. Certamente, a legislação consumerista deverá servir como um importante instrumento para delimitar o regramento dos negócios processuais em contratos de adesão, sem prejuízo, quando for o caso, da aplicação da legislação civil sobre a matéria (art. 423 e 424, CC). Entende-se, nesse sentido, que tais contratos, quando estipularem convenções processuais, deverão fazê-lo com destaque, de maneira a permitir a fácil e imediata compreensão pela outra parte (art. 54, §4º., CDC). Nessa ótica, sequer é vedado que o contrato de adesão limite direitos processuais, desde que não venha a fazê-lo onerando excessivamente uma das partes. Segue-se daí o parâmetro para verificar a nulidade da inserção de negócios processuais em contratos de adesão¹⁹⁸⁹.

Não há dúvida que o Novo CPC, ao regulamentar os negócios processuais, dá muito mais ênfase à autonomia privada do que ao poder regulamentador do Estado. Tanto é assim que, da análise do art. 190 do Novo CPC e do seu parágrafo único, a regulamentação dos negócios processuais (e, conseqüentemente, as

estratégia traçada). Isso significa que o controle dos negócios processuais deve levar em conta a plena capacidade das partes em exercitar o contraditório, mantendo-se como hígidas as manifestações de vontade que derivem de estratégias processuais (ainda que mal sucedidas) nas quais se permitiu a compreensão dos riscos. O tão só fato de que tenha resultado em desequilíbrio entre sujeitos processuais em termos de desempenho futuro de suas posições processuais não significa que a manifestação de vontade seja inválida. Se as partes podem, por meio de omissões, não desempenhar certas posições processuais durante o processo, igualmente podem abdicar dessas posições por meio de negócios processuais, sem que isso signifique qualquer afronta aos direitos fundamentais processuais. Omissões conscientes não devem ser tuteladas pelo judiciário apenas porque significam más escolhas estratégicas". ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais". In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 210-211.

¹⁹⁸⁸ DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 9. São Paulo: Atlas, 2014. p. 171.

¹⁹⁸⁹ Nesse mesmo sentido, refere Fredie Didier que "é possível inserir negócio processual em contrato de adesão, mas ele não pode ser abusivo. Não pode, por exemplo, onerar excessivamente uma das partes. Se abusivo, será nulo. Generaliza-se aqui o raciocínio desenvolvido para o foro de eleição e para a distribuição convencional do ônus da prova, negócios processuais típicos. É por isso que o parágrafo único do art. 190 fala em nulidade por 'inserção abusiva em contrato de adesão'". DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 389.

limitações à autonomia privada) fica adstrita aos seguintes elementos: *partes plenamente capazes, casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão, manifesta situação de vulnerabilidade e processo que versa sobre direitos que admitam autocomposição*. Na verdade, em sentido *lato*, todos esses elementos inserem-se no conceito de nulidade do negócio jurídico processual, sendo que, em todos esses casos, poderá o juiz recusar-lhe aplicação. Para avançar no tema, pois, é preciso verificar em quais casos se admite a negociação e processual e, posteriormente, os limites do seu objeto.

O Novo Código admite a celebração de negócios processuais – antes ou depois do processo – quando estes versarem sobre direitos que admitam autocomposição. O legislador teve o cuidado na escolha na expressão “direitos que admitam autocomposição”, a qual não deve ser confundida com direitos indisponíveis¹⁹⁹⁰, uma vez que estes também podem ser objeto de transação¹⁹⁹¹. É certo que as convenções processuais, a despeito de não terem por objeto o direito material, poderão impactar na solução final do processo em relação a ele¹⁹⁹². Daí que a “indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais”¹⁹⁹³. Isso porque, em que

¹⁹⁹⁰ Nesse equívoco incorreu o legislador brasileiro ao estabelecer, a partir da Lei 8.952/94, que a audiência preliminar seria designada quando a causa versasse sobre direitos disponíveis, o que foi corrigido pela Lei 10.444/2002, que substituiu a expressão “direitos disponíveis” por “direitos que admitam transação”. Ateendo a mudança legislativa ocorrida em 2002, Darci Guimarães Ribeiro teceu as seguintes críticas à redação do art. 331 do CPC/73 introduzida com a Lei 8.952/94: “tal redação faz parecer, à primeira vista, que as causas que versem sobre direitos indisponíveis, por não admitir transação, estariam fora do campo da audiência, uma vez que a lei utilizou a conjunção aditiva ‘e’ entre o julgamento conforme o estado do processo e os direitos disponíveis, permitindo, com isso, o entendimento de que seriam necessários os dois requisitos para que o juiz pudesse realizar a audiência. Nada mais falso, à medida que existem direitos indisponíveis que possibilitam a transação, e.g., a ação de natureza alimentar, onde se pode transigir sobre o *quantum debeatur*, a ação de filiação, em que pode ser reconhecida a paternidade na audiência preliminar, ou até mesmo extrajudicialmente, quando se comparece voluntariamente no Ofício de Registro Civil, em testamento ou em escritura pública, ou também como diz Luiz Rodrigues Wabier, ‘nas ações de anulação de casamento, em que a jurisprudência anota ser possível sua transformação, por acordo, em separação consensual’”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 181.

¹⁹⁹¹ A Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) utiliza o conceito “direitos indisponíveis que admitem transação”, com o objetivo de deixar claro que também esses podem ser objeto de autocomposição. Nesse sentido, reza o art. 3º da referida lei que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

¹⁹⁹² CABRAL, Antônio do Passo. A resolução nº 18 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 551.

¹⁹⁹³ CABRAL, Antônio do Passo. A resolução nº 18 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral,

pese seja indisponível o direito material¹⁹⁹⁴, é possível que o negócio jurídico processual venha a reforçar o âmbito de proteção conferido processualmente àquele afirmado direito¹⁹⁹⁵.

Conforme já referido, o tema mais complexo no tocante à nulidade dos negócios processuais é o do seu objeto e, por conseguinte, dos limites da autonomia privada no âmbito da negociação processuais. O Código de Processo Civil confere ampla margem de liberdade às partes para estabelecerem negócios processuais, deixando de traçar precisamente os seus limites.

Remo Caponi, ao tratar do tema no direito italiano, refere que os negócios processuais encontram limites nas normas imperativas, nas normas de ordem pública e dos bons costumes, todos eles colocados em defesa de uma alocação proporcional dos recursos estatais, de modo a assegurar a todos um serviço de Justiça Civil eficiente¹⁹⁹⁶. De modo mais específico, tem-se falado numa limitação da *autonomia privada no processo pelo que se denomina “ordem pública processual”*, vale dizer, por um conjunto de “princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto”¹⁹⁹⁷, que materializam, no processo, “*interesses públicos inafastáveis*, seja

Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 551. Nesse sentido, o enunciado 135 do FPPC estabelece que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

¹⁹⁹⁴ Deve-se, no entanto, registrar que é muito difícil precisar conceitualmente os direitos indisponíveis e, mais ainda, aqueles que não admitem transação ou os limites para tanto. Sobre o tema a excelente tese de doutoramento de Letícia Campos Velho Martel procura deixar claro que “os direitos não são, estruturalmente, nem disponíveis, nem indisponíveis”, sendo, pois, *normativa* a indisponibilidade (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese (doutoramento). UERJ. Orientador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro, 2010, 420.

¹⁹⁹⁵ CABRAL, Antônio do Passo. A resolução nº 18 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 551. No mesmo sentido, DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 387. De forma ainda mais detida, refere Antônio do Passo Cabral que “os interesses materiais em disputa podem ser indisponíveis, mas ainda assim as partes podem acordar sobre inúmeros aspectos processuais, como a eleição do foro, redistribuição de ônus da prova, suspensão do processo, dilação de prazos, preclusões e formalidades dos atos do processo. Pensemos em um litígio envolvendo um incapaz: seria inadmissível uma convenção processual que alterasse prazos para ampliá-los em favor do incapaz? Ou uma cláusula de eleição de foro ou um contrato sobre os custos que alterassem as regras legais de maneira a facilitar o acesso à justiça de uma parte hipossuficiente econômica? Parece certo que sim”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 298-299.

¹⁹⁹⁶ CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 1189.

¹⁹⁹⁷ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 11.

pela vontade do juiz, seja pela vontade das partes”¹⁹⁹⁸. Essa pauta mínima de direitos visa a garantir justamente que o processo atinja na melhor medida os resultados esperados sem deixar, com isso, de ser um processo *devido*. Afinal, conforme Cadiet, “l’efficience processuelle ne peut donc pas se faire au prix de l’équité procédurale”¹⁹⁹⁹.

Tendo como pressuposto que o conceito de processo deve ser desenhado a partir do núcleo de princípios constitucionais que formam a noção de *devido processo* – também denominado *processo justo*, *processo equo* ou *processo democrático* – pode-se traçar um primeiro elemento para limitar o objeto dos negócios jurídicos processuais. A concepção de processo desenvolvida ao longo do presente trabalho, segundo a qual o processo é demarcado por um procedimento estruturado por regras que visam a densificar toda a principiologia constitucional que fundamenta a noção de processo democrático, permite que se estabeleça uma sutil distinção em relação ao objeto do negócio jurídico processual: *não é lícito às partes negociarem sobre o processo (entendido como estrutura procedimental alicerçada por direitos fundamentais processuais mínimos); é lícito negociar acerca do procedimento*. Dito de outro modo, não é possível que, por um negócio jurídico processual, as partes desnaturem a própria concepção democrática de processo, sepultando princípios constitucionais como, por exemplo, os princípios do contraditório, da fundamentação, da publicidade, do juiz natural dentre outros. As partes têm ampla margem de liberdade para regradar o procedimento desde que não venham a reestruturá-lo de modo desconforme ao núcleo de princípios que fundamenta a concepção constitucional e democrática de processo²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 153.

¹⁹⁹⁹ CADIET, Loïc. Pour une “théorie générale du procès”. *Ritsumeikan Law Review*. n. 28. Kyoto: Ritsumeikan University, 2011. p.144. Nesse sentido, “une justice de qualité, qui est au coeur de la mission d’évaluation des systèmes judiciaires confiée, en Europe, à la Commission européenne pour l’efficacité de la justice, la CEPEJ, est une justice qui parvient à combiner ces deux exigences”. CADIET, Loïc. Pour une “théorie générale du procès”. *Ritsumeikan Law Review*. n. 28. Kyoto: Ritsumeikan University, 2011. p.144.

²⁰⁰⁰ Essa proposição, de certo modo, não destoa do posicionamento doutrinário segundo o qual o limite dos negócios jurídicos processuais é estabelecido pela *ordem pública processual*. Tal conceito, no entanto, é sobremaneira amplo e volátil. Basta ver, nesse sentido, que os elementos da ordem pública processual trazidos por Diogo Assumpção Rezende de Almeida não são idênticos àqueles mencionados por Leonardo Greco. No entanto, estamos de acordo com Diogo Assumpção Rezende de Almeida, quando este diz que “no Estado democrático de direito, no qual se objetiva assegurar aos litigantes direitos e garantias fundamentais no processo, esses interesses públicos preservados encontram-se na lei constitucional”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 153.

Avançando no tema, deve-se deixar claro que, embora a autonomia das partes quanto ao procedimento encontre sua primeira limitação nos princípios constitucionais do processo, isso não significa que as partes não possam renunciar, conjuntamente, às faculdades que esses princípios – os quais assumem as vestes de direitos fundamentais – conferem às partes²⁰⁰¹. A propósito, é exatamente importante a lição de Luis María Díez-Picazo, para quem enquanto a renúncia em geral dos direitos fundamentais é inadmissível, mostra-se possível renunciar ao exercício, em um caso concreto, das faculdades que são outorgadas por um determinado direito fundamental²⁰⁰². Isso tem levado inclusive alguns autores a sugerirem o abandono do termo “renúncia à direitos fundamentais” na medida em que ela, ao contrário do que ocorre no direito civil, não se traduz, normalmente, na extinção do próprio direito, mas no comprometimento do indivíduo em não invocar temporariamente uma determinada posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental²⁰⁰³. Consequentemente, não podem as partes renunciar ao direito fundamental ao contraditório ou ao direito fundamental à prova de um modo geral, mas podem, *conjuntamente*, renunciar à determinado meio de prova ou à interposição de determinados recursos. Nesses casos, desde que ambas as partes renunciem a essas posições jurídicas que lhe são outorgadas pelos direitos fundamentais processuais, não haverá nenhuma espécie de nulidade. Para resolver a questão, deve-se perguntar se era lícito à parte, no curso do processo, fazer igual

²⁰⁰¹ Dogmaticamente, para melhor compreensão do ponto, deve-se ter presente que os poderes e faculdades compõe o conteúdo dos direitos processuais conferidos às partes ao longo do processo. Como bem notou Araken de Assis, “as partes desenvolvem atividades interligadas no curso do processo. Essas atividades geram situações jurídicas ativas e passivas. As partes adquirem direitos processuais. O conteúdo desses direitos engloba uma ou mais faculdades (ou poderes), por sua vez dotados de pretensão (v.g., a pretensão recursal, aludida no art. 1.109, I), e, correlatamente, exaustivos e rígidos deveres”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 892. É possível encontrar, em sede doutrinária, autores que estabelecem uma distinção mais rigorosa entre os termos. Antônio do Passo Cabral, por exemplo, entende que os *poderes jurídicos*, assim como os direitos subjetivos, são atributos da vontade, porém implicam domínio da vontade alheia, sendo, de alguma forma, contrários à liberdade de outrem, que se encontra na correlata situação de sujeição. A *faculdade*, por sua vez, seria uma situação jurídica neutra, “definida como a possibilidade de agir no campo da autonomia, através de condutas cuja prática encontra total liberdade no sujeito legitimado. O ato facultativo é permitido, no sentido de que não é obrigatório ou devido”. Nessa senda, “a distinção dos direitos para as faculdades reside no fato de que estas não se colocam em dualidade num conflito de interesses, não fazem referência a um determinado sujeito ‘devedor’, e até por essa razão são qualificadas de situações ‘neutras’”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 291-292.

²⁰⁰² Díez-PICAZO, Luis María. Notas sobre la renúncia a los derechos fundamentales. *Persona y derecho*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. v. 45. Universidad de Navarra: Servicio de publicaciones, 2001. p. 134.

²⁰⁰³ Conforme relata CRORIE, Benedita Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 25.

renúncia. Caso positiva a resposta, não há óbice a que ela seja feita antes do processo, mediante negócio jurídico processual, desde que a parte contrária, do mesmo modo, renuncie. Fora das hipóteses em que a renúncia a certas faculdades decorrentes de direitos fundamentais processuais se dê de modo paritário, a questão deve ser analisada com extremo cuidado, exigindo-se, no mínimo, que a renúncia em questão tenha ocorrido de maneira livre, esclarecida e inequívoca²⁰⁰⁴.

Essa solução, todavia, não serve para aquelas faculdades processuais que, no bojo do processo, cabem somente ao autor ou ao réu. Por exemplo, somente o réu pode reconvir e somente o autor pode requerer a concessão de uma tutela provisória. Diante desse quadro, seria lícito um negócio processual cujo objeto fosse limitar as matérias de defesa do réu? Parece que aqui a resposta, em princípio, será negativa, pois a limitação dos poderes e faculdades conferidos pelo direito ao contraditório e pelo direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva estariam sendo renunciados unilateralmente, de modo que, por outro lado, o princípio da igualdade restaria violado. Especificamente, nada impede que certo negócio processual limite as matérias que poderiam ser deduzidas em determinado processo, garantindo, por outra via, que possam ser discutidas em outra demanda. Seria possível, por exemplo, que se vedasse a reconvenção em prol da efetividade e da razoável duração do processo, desde que aquela matéria pudesse ser deduzida em outro feito em que o réu anterior viesse a figurar como autor. Igualmente, não é adequado que se possa estipular, via negócio processual, a vedação do requerimento de tutela provisória de urgência em futura demanda, pois embora seja certo que o autor pode deixar de requerê-la em juízo, não há como antever a inexistência de eventual situação de urgência capaz de justificar que, numa futura demanda, tal pedido torne-se imprescindível para assegurar a tutela do direito afirmado pelo autor.

Do mesmo modo, a autonomia privada encontra limites na impossibilidade de as partes disporem sobre a obrigatoriedade ou não de pressupostos processuais cujo afastamento possa redundar na violação de algum princípio constitucional do processo, os quais, na maioria das vezes, já são impostos por regras imperativas. Não é possível que um negócio processual afaste a exigência de advogado em

²⁰⁰⁴ Nesse último ponto, segue-se a linha adotada por Antônio do Passo Cabral com base na jurisprudência da Corte Europeia de direitos Humanos, a qual “decide reiteradamente que as partes podem sempre renunciar aos seus direitos processuais desde que o façam de maneira livre e esclarecida”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 178-179.

futura demanda, ainda que para ambas as partes – salvo no juizado especial nos limites em que a lei assim admite – pois se estaria afastando um pressuposto processual imprescindível para garantir a igualdade entre as partes. O mesmo raciocínio vale para as hipóteses em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, as quais não podem ser modificadas por negócio jurídico processual. Nesses casos, o afastamento de certas regras procedimentais é vedado por redundar indiretamente no enfraquecimento de princípios que devem ser respeitados para garantir um processo democrático.

Por fim, os negócios processuais encontram limites naquelas matérias cuja regulamentação está exclusivamente reservada à lei. A legislação processual, por exemplo, estabelece um rol taxativo de recursos, de modo que as partes não poderiam convencionar a criação de novos recursos²⁰⁰⁵. Na verdade, os casos em que há reserva legal podem ser amoldados num padrão mais amplo que é o da vedação de negócios processuais que modifiquem as atribuições funcionais do órgão julgador. Isso significa que as partes não podem criar recursos novos nem atribuir novas hipóteses de cabimento para recursos existentes, ampliando, por exemplo, a utilização do agravo de instrumento para qualquer decisão interlocutória. Os negócios processuais não podem ser utilizados de modo a tornar menos eficiente a prestação jurisdicional, pois tem como escopo permitir que as partes criem um processo melhor para os seus interesses. Aqui o caráter público do processo e da regulamentação estatal assume maior relevância que a autonomia privada. Nessa linha, é questionável a validade de convenção processual que, por exemplo, amplia o tempo para a sustentação oral, uma vez que ela interferirá diretamente na atividade jurisdicional. Nesse caso, a liberdade das partes depende também da concordância do órgão jurisdicional, devendo ainda ser justificada a ampliação do tempo da sustentação oral em face da complexidade do caso concreto. Ao que tudo indica, situações como essa trazem consigo uma limitação ao objeto dos negócios processuais na medida em que interferem diretamente na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. No entanto, como se trata de um tema novo, somente com a aplicação prática do instituto será possível delimitar de modo mais preciso os contornos da liberdade atribuída às partes e o controle do órgão jurisdicional quanto ao objeto dos negócios jurídicos processuais.

²⁰⁰⁵ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 388.

A despeito dessas incertezas que somente o tempo poderá extirpar, o tratamento da matéria, em razão de toda a envergadura constitucional atribuída ao princípio da autonomia privada, deverá ser pautado pelo critério *in dubio pro libertate*. Vale dizer, a regra é o prestígio à liberdade e à autonomia privada²⁰⁰⁶. Essa é a tônica decorrente do modelo de processo desenvolvido na presente investigação.

5.4 A FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: FASE PREPARATÓRIA E ALTERNATIVAS PARA UMA CONSTRUÇÃO COMPARTILHADA DO CASO CONCRETO

A tendência de valorização do domínio das partes no processo, com a conseqüente possibilidade de adaptações procedimentais pela via dos negócios jurídicos processuais, pode ser encarada, também, na perspectiva de uma flexibilização procedimental que, na dinâmica processual, ocorre a partir de um possível incremento de poderes do juiz, o que, no direito comparado, vem sendo agasalhado na expressão *case management*. Essa forma de pensar a questão da adequação do processo afigura-se extremamente relevante pois não parte da tipologia do direito material, mas, sim, das peculiaridades do caso concreto – do qual a tipologia do direito material é apenas um dos seus elementos – e permite, ademais, que a adaptação se dê diante do caso, e não de antemão como ocorre nos procedimentos especiais. A grande questão é como compatibilizar esse ideal de adaptação procedimental com o poder de autodeterminação das partes e com os demais direitos fundamentais processuais. A solução para o problema e seus possíveis pontos de equilíbrio podem servir para desvendar a questão da divisão de trabalhos entre o juiz e as partes no processo civil contemporâneo. Cumpre, pois, aprofundá-las.

²⁰⁰⁶ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 387. A expressão foi cunhada por Peter Schlosser conforme indicado por Remo Caponi (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 1183). De forma mais detida, Antônio do Passo Cabral refere que “Schlosser estabeleceu uma preferência normativa do ordenamento em favor da liberdade de conformação do processo à vontade das partes. Para inverter essa prioridade sistêmica, tem o juiz o ‘ônus argumentativo’ em sentido contrário, exigindo-se dele uma fundamentação mais intensa e específica, à luz das circunstâncias concretas, que pudesse infirmar a liberdade e autonomia dos sujeitos do processo para convencionar”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 115.

5.4.1 O Problema da Delimitação do Caso Concreto Diante da Dinamicidade do Processo e do Sentido Hermenêutico do Direito: a Proposta de uma Fase Preparatória nos Sistemas de Direito Comparado e a Construção Compartilhada do Caso Concreto

A partir do final dos anos noventa os principais sistemas processuais europeus foram alvo de profundas reformas processuais, fruto de uma espécie de “diálogo a distanza tra legislatori attenti a cogliere ciò che avviene altrove e ad utilizzare l’esperienza altrui in vista di una risposta ai propri problemi”²⁰⁰⁷. Esse diálogo entre os diversos sistemas jurídicos europeus mostrou-se decisivo para que, no âmbito das reformas, fossem abandonadas as contraposições entre modelo *adversarial* e *inquisitorial* bem como entre as anacrônicas contraposições ideológicas que ora consideram o processo como coisa das partes, ora como coisa do juiz²⁰⁰⁸. Nesse quadro de equilíbrio, a primeira grande tendência que perpassa o panorama das reformas processuais europeias, segundo Trocker, é a constatação de que o objetivo de garantir a efetividade da tutela jurisdicional através de um processo capaz de se desenvolver em tempo razoável sem sacrificar a exigência de um adequado debate da causa não pode ser perseguido de maneira eficaz desenhando um esquema rígido de processo concebido como universalmente válido para todos os tipos de controvérsias, o que exige *uma estrutura elástica*, no interior da qual haja espaço para “*la differenziazione dei modelli di trattazioni delle cause in funzione dei loro caratteri peculiari*”²⁰⁰⁹.

Note-se que tal “proposta de adequação procedimental” não se confunde com a perspectiva abstrata presente nos procedimentos especiais. Aqui, cuida-se da “*possibilità di modellare il procedimento sulle controversies in virtù delle*

²⁰⁰⁷ TROCKER, Nicolás. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de “Il Giusto processo civile” 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 175.

²⁰⁰⁸ TROCKER, Nicolás. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de “Il Giusto processo civile” 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 176.

²⁰⁰⁹ TROCKER, Nicolás. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de “Il Giusto processo civile” 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 178.

*caratteristiche peculiari di ciascuna*²⁰¹⁰. Não se trata, pois, de predispor um rito abstratamente idôneo a oferecer uma tutela efetiva para uma determinada classe de direitos subjetivos²⁰¹¹, mas, sim, de predispor um modelo de processo formalmente disciplinado de forma elástica e, portanto, capaz de adaptar-se às características concretas de cada controvérsia, independentemente do tipo de direito afirmado²⁰¹².

Com efeito, enquanto nos procedimentos especiais a diferenciação de rito ocorre *antes* do processo e, conseqüentemente, de maneira rígida e indiferente às circunstâncias do caso concreto, o modelo de *elasticidade procedimental* desenvolvido nas reformas do processo civil europeu permite uma diferenciação ritual *durante* o desenvolvimento do processo²⁰¹³. Esse ideal de adequação e elasticidade, que vem sendo desenvolvido no processo civil contemporâneo, é algo que há muito era reivindicado por Carnelutti, o qual já defendida um processo com uma *struttura elastica*, que permitisse *adequar a estrutura do processo à estrutura da "lide"*, tendo em vista uma espécie de "princípio" da *elasticità*²⁰¹⁴. Não se trata, portanto, de um conceito novo na história do direito processual²⁰¹⁵. Porém, é certo

²⁰¹⁰ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 29.

²⁰¹¹ TROCKER, Nicólo. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de "Il Giusto processo civile" 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 180.

²⁰¹² TROCKER, Nicólo. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de "Il Giusto processo civile" 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 181.

²⁰¹³ DONZELLI, Romulo. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di "case management" giudiziale. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, a. XXIV, n. 24, jan.jun/2007. p. 43. TROCKER, Nicólo. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de "Il Giusto processo civile" 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 181. Conforme Ficcarelli, "ciò che importa non è tanto predisporre un rito che si presenti come astrattamente idoneo ad offrire una tutela giurisdizionale effettiva per una data classe di diritti soggettivi, quanto stabilire un modello di processo dalla disciplina formale particolarmente elastica, ovvero capace di adattarsi alle caratteristiche concrete della singola controversia, anche indipendentemente dalla tipologia del diritto fatto valere, con la conseguenza che la differenziazione del rito avviene *durante* lo svolgimento del processo e non prima che esso inizi". FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 171).

²⁰¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione. *Rivista di diritto processuale civile*. Anno 1929, I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1929, p. 55. Para uma análise do pensamento de Carnlutti acerca do tema, consultar NICORA, Attilio. *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1977, p. 105-107.

²⁰¹⁵ BIAVATI, Paolo. Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana. Traduzido por Gabriela Kazuel Ferreira Eberhardt Francisco. In: *I Colóquio Brasil-Itália de Direito*

que a tendência do processo civil contemporâneo parece ser a de prestigiá-lo como nunca antes se viu. Ademais, deve-se deixar claro, antes de avançar no tema, que “a elasticidade não é discricionariedade, nem mero capricho que dobra a regra à situação; não é patrimônio somente do juiz, mas instrumento comum e compartilhado com as partes”²⁰¹⁶.

Característica notada nos sistemas processuais que dão ênfase à elasticidade procedimental é a adoção de um esquema procedimental bifásico, o qual se divide em uma fase destinada à preparação da causa e outra destinada à assunção da prova e à decisão²⁰¹⁷. Tal modelo, conforme tem mostrado a experiência do direito comparado, “possibilita a melhor compreensão dos contornos do litígio e facilita a definição do que se quer ver provado, maximizando a atividade na fase instrutória e afastando-se o ir e vir que a atual fragmentação possibilita”²⁰¹⁸. Isso se dá, principalmente, pelo modo como se organiza o processo através da importância conferida à chamada “fase preparatória”²⁰¹⁹, cuja disciplina tem sido o centro das reformas processuais tanto nos países de *civil law* quanto naqueles de *common law*²⁰²⁰. É na fase preparatória que se abrem as portas para adaptação do

Processual Civil. Coordenadores: Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. 2014. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em 14/06/2015.

²⁰¹⁶ BIAVATI, Paolo. Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana. Traduzido por Gabriela Kazuel Ferreira Eberhardt Francisco. In: *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Coordenadores: Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. 2014. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em 14/06/2015. Também Araken de Assis apresenta semelhante preocupação com a flexibilidade procedimental, reivindicando que ela seja subordinada ao prévio consenso das partes, na medida em que “o processo civil há de satisfazer as aspirações legítimas das partes, e, nesse sentido, a elasticidade talvez seja bem vinda: a velocidade do movimento processual precisa atender as necessidades dos protagonistas”, que, no caso, são as partes, e não o órgão jurisdicional. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos., p. 289).

²⁰¹⁷ TROCKER, Nicólo. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de “Il Giusto processo civile” 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 183.

²⁰¹⁸ ARAUJO, José Aurélio. Procedimento probatório extrajudicial. Capítulo VI do Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais” da faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, intitulado “a reforma do direito probatório no processo civil brasileiro”, coordenado pelo professor Leonardo Greco. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII. Rio de Janeiro: UERJ, 2014. p. 393.

²⁰¹⁹ Sobre o tema, no direito brasileiro, ver ARAUJO, José Aurélio de. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. *Revista de Processo*, v.40, n.241, p. 369-410, mar. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁰²⁰ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 12.

procedimento às exigências do caso concreto, de modo a atingir o ideal de elasticidade na gestão da controvérsia por parte do juiz²⁰²¹.

Sobre o tema, a experiência do direito inglês e do direito francês é bastante rica, na medida em que a centralidade conferida à fase preparatória para uma adequada flexibilidade procedimental²⁰²² e gestão da causa pressupõe uma participação ativa do juiz – traduzida na expressão *case management*²⁰²³ – em conjunto com as partes, a partir do ideal de colaboração em que o protagonismo judicial cede espaço a uma ideia de processo “*chose des parties et chose du juge*”. Daí a opção por fazer um breve estudo desses dos sistemas para, posteriormente, compará-los com o modelo brasileiro de adaptação procedimental.

Assim, a adaptação do procedimento às circunstâncias do caso concreto deve ocorrer de modo compartilhado, sem desconsiderar a possibilidade de vir a ocorrer por iniciativa das próprias partes pela via dos acordos processuais. De qualquer sorte, o poder de autodeterminação das partes é respeitado, de modo que o juiz não se torna dono do procedimento, sendo-lhe vedado manejá-lo ao seu bel prazer.

Essa forma de lidar com a relação entre o procedimento e o caso concreto é a que mais se afeiçoa às bases teóricas que alicerçam a presente investigação, na

²⁰²¹ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 171.

²⁰²² O termo flexibilidade procedimental é utilizado como sinônimo de elasticidade procedimental, a exemplo do que é feito por Paolo Biavati em texto já referido. Costuma-se referir à flexibilidade procedimental como alternativa ao sistema procedimental rígido e, por conseguinte, como um conjunto de técnicas que permite uma maior adaptação do procedimento às necessidades do caso concreto. Sobre o tema, Fernando Gajardoni refere que “inexistindo procedimento ideal para a tutela de dada situação, seja no plano prático, seja simplesmente no plano normativo, compete ao juiz, com a participação efetiva das partes em contraditório útil, adequar o procedimento às peculiaridades da causa, criando ou mesclando ritos”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 105).

²⁰²³ A expressão flexibilização procedimental não se confunde com a expressão *case management*, que tem origem na ideia de gestão judicial do direito inglês, embora ambas tenham elementos afins. Nesse sentido, Camilo Zufelato refere que “a primeira conecta-se com a ideia de alterações, adaptações ou até mesmo criações de *modelos procedimentais* previamente estabelecidos em lei, ao passo que a segunda se volta a uma atuação judicial do próprio processo, englobando as flexibilizações de rito, mas abarcando também outras soluções não necessariamente procedimentais *stricto sensu*, como por exemplo o reforço às medidas ditas alternativas de solução de conflitos ou mesmo a valorização de atividades cartorárias e de gerenciamento planejado de feitos. Não obstante tais distinções, o fundamento comum que as une é preponderante e muito forte, qual seja, a busca por uma tutela jurisdicional efetiva é justificadora de uma atuação judicial incisiva, visando dar o tratamento processual mais rente possível às peculiaridades do conflito de interesses posto em causa”. ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro atual e projetado. In: I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Coordenadores: Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. 2014. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

medida em que ambos (procedimento e caso concreto) são construídos conjuntamente. Isso quer dizer que o procedimento vai se adaptando ao caso na medida em que ele é desvelado e deixa mostrar suas peculiaridades. O procedimento não é um método prévio que o juiz e as partes utilizam para resolver um caso abstrato ou para chegar a um resultado pré-determinado; ele – procedimento – é construído de acordo com o caso e para o caso. Daí a grande vantagem do modelo de flexibilização procedimental aqui defendido. Ele é avesso ao método, no sentido que a modernidade forjou ao termo.

No entanto, deve-se deixar claro que nem o modelo inglês, nem o modelo francês chegam a constituir um modelo de flexibilização procedimental ideal. Isso ficará evidenciado mais adiante, quando tais modelos forem contrastados com o modelo do Novo CPC brasileiro. No entanto, como se tratam de experiências amadurecidas e de grande sucesso, seu estudo, ainda que superficial, é de grande relevância para a compreensão do sistema do Novo CPC.

5.4.1.1 O Modelo de Fase Preparatória no Processo Civil Inglês

A organização de uma fase preparatória é estabelecida, no direito inglês, no bojo de uma série de mudanças introduzidas pela *Civil Procedure Rules* de 1998, a qual é considerada “*l’evento più spettacolare*” do movimento de reformas processuais no processo civil europeu²⁰²⁴. O “passo decisivo” para a reforma do processo civil inglês foi dado em 1994, quando o Lord Chancellor²⁰²⁵, Lord Mackay of Clashfern, incumbiu o futuro *Master of Rolls*²⁰²⁶, Lord Woolf²⁰²⁷, a empreender

²⁰²⁴ TROCKER, Nicólo. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de “Il Giusto processo civile” 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 173.

²⁰²⁵ Até a reforma constitucional de 2005, o Lord Chancellor era a “cabeça” do judiciário na Inglaterra, Wales e Irlanda do Norte, membro do gabinete e presidente da House of Lords. Trata-se de um posto que tem origem na idade média, quando o Lord Chancellor era uma espécie de secretário do Rei. Para uma consulta mais profunda acerca do papel do Lord Chancellor na história constitucional inglesa, ver HORNE. Alexander. *The role of Lord Chancellor*. Disponível em <<http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN02105/SN02105.pdf>>. Acesso em 15/06/2015.

²⁰²⁶ Conforme informações obtidas diretamente do site do judiciário inglês, “the Master of the Rolls was originally responsible for the safe-keeping of charters, patents and records of important court judgments written on parchment rolls. He still has responsibility for documents of national importance, being Chairman of the Advisory Council on Public Records and Chairman of the Royal Commission on Historical Manuscripts. The Master of the Rolls is, by virtue of his office, a judge of the Court of Appeal and is the President of its Civil Division. He is responsible for the deployment and organisation of the work of the judges of the division as well as presiding in one

uma pesquisa relativa à situação da Justiça civil inglesa²⁰²⁸ e oferecer sugestões para melhorar o acesso à justiça, reduzir o custo do processo, bem como remover a sua desnecessária complexidade²⁰²⁹. Um ano depois foi produzido um relatório interino e, no ano seguinte, o relatório final, nos quais Lord Woolf identificou alguns princípios que o sistema de justiça civil deveria satisfazer para assegurar o acesso à justiça. Desse modo, o sistema deveria ser (a) justo nos resultados que ele oferece; (b) justo na forma com trata os litigantes; (c) oferecer procedimentos adequados com custos aceitáveis; (d) tratar os casos com duração razoável; (e) ser compreensível para àqueles que o utilizam; (f) dar respostas às necessidades dos jurisdicionados; (g) fornecer tanta certeza quanto a natureza do caso concreto permitir e (h) ser eficaz, devidamente organizado e estruturado²⁰³⁰.

Em 1997, Sir Peter Middleton elaborou um novo relatório em que se recomendava a adoção das soluções propostas por Lord Woolf, com algumas modificações, o que acabou redundando na *Civil Procedural Rules (CPR)*²⁰³¹, a mais ampla fonte das regras processuais na Inglaterra em 26 de Abril de 1999, quando entrou em vigor²⁰³². Trata-se de um verdadeiro código de processo civil²⁰³³, como

of its courts. He normally sits with two Lords Justices of Appeal and there is occasionally a third member such as a retired Lord Justice. The most complex cases traditionally come before the Master of the Rolls. The Master of the Rolls is second in judicial importance to the Lord Chief Justice. He is consulted on matters such as the civil justice system and rights of audience". Disponível em <<https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/profile-mor/>>. Acesso em 15/10/2015.

²⁰²⁷ Harry Kenneth Woolf foi *master of rolls* de 1996 e 2000 e *Lord Chief Justice* da Inglaterra e de Wales de 2000 a 2005. A reforma constitucional de 2005 fez dele o primeiro Chief Justice a presidir as cortes da Inglaterra e de Wales. Desde 2003 ele também tem sido juiz não permanente da corte final de apelação de Hong Kong. Conforme informações disponíveis em <<http://worldjusticeproject.org/bio/honorary-chair/right-honorable-harold-woolf>>. Acesso em 15/10/2015.

²⁰²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 180.

²⁰²⁹ ZUCKERMAN, Adrian. Lord Woolf's access to justice: plus a change... *The modern law review*. v. 59. n. 6. November 1996. Oxford: Blackwell Publishers, 1996. p. 773. Conforme Gerlis e Loughlin, os objetivos da reforma eram especificamente os seguintes: "to improve the access to justice and reduce the cost of litigation; to reduce the complexity of rules and modernize technology; and to remove unnecessary distinctions of practice and procedure". GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001. p. 1).

²⁰³⁰ *Acess to justice (final report) Lord Woolf*. Julho de 1996. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>>. Acesso em 15/06/2015.

²⁰³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 180.

²⁰³² ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41. Como destaca Neil Andrews, "até abril de 1999, havia dois conjuntos de regras: o RSC (do inglês *Rules of the Supreme Court*), lidando com assuntos da *High Court of Appeal*, e o CCR (do inglês *County Court Rules*). Porém, desde 26 de abril de

indica textualmente o item 1.1. das *CPR* – “these Rules are a new procedural code”, pautado pelos seguintes objetivos (*overriding objective*) para lidar com os casos de forma justa e com custos proporcionais: (a) garantir que as partes estejam em pé de igualdade; (b) economizar despesas; (c) lidar com os casos de modo proporcional relativamente às quantias envolvidas, a importância da causa, a complexidade das questões e a posição financeira de cada parte; (d) assegurar que o caso seja tratado de forma célere e justa; (e) atribuindo a ele uma parte adequada dos recursos dos tribunais levando em conta a necessidade de distribuir os recursos em outros casos e (f) fazer respeitar as regras, instruções práticas e ordens²⁰³⁴. O conceito de *objetivos fundamentais* foi recebido com entusiasmo, sendo rotineiramente invocado pelos juízes ao interpretar as normas das *CPR*²⁰³⁵.

A principal mudança introduzida pelas *CPR* foi, segundo Neil Andrews, “conferir amplos *poderes de gestão* aos tribunais”²⁰³⁶. Isso porque, “até as *CPR* entrarem em vigor, os processos ingleses baseavam-se no *adversarial principle*”²⁰³⁷,

1999, passou a existir um único conjunto de regras, as *CPR*, aplicáveis à *High Court*, às *county courts* e à *Court of Appeal*”. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41).

²⁰³³ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

²⁰³⁴ *Civil procedure rules*. Disponível em <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>. Acesso em 15/06/2015. A letra “f” foi acrescentada em 2013 em virtude da Civil Procedure (Amendment) Rules 2013.

²⁰³⁵ LEGG, Michael. HIGGINGS, Andrew. Responding to cost and delay through overriding objectives – successful innovation? In: PICKER, Colin B. SEIDMAN, Guy I. *The dynamism of civil procedure – global trends and developments*, *Ius Gentium: Comparative perspectives on law and justice*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016. p. 160.

²⁰³⁶ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46.

²⁰³⁷ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46. No mesmo sentido, Barbosa Moreira refere que “o nó vital da reforma situa-se na mudança que ela imprime à rota do processo civil inglês, riscada até há pouco, segundo linha de vetusta tradição, no território central do *adversary system*. Conforme bem se sabe, a quinta-essência de tal modelo consiste, em última análise, no maior relevo atribuído ao papel das partes, em comparação com o do órgão judicial, relativamente ao controle exercido sobre o processo. No presente contexto, merece realce o ponto, sobretudo, no que concerne à atividade probatória e ao andamento do feito, antes da sessão de julgamento (*trial*) – uma e outra deixados até há pouco, em medida larguíssima, à discricção dos litigantes (*rectius*: de seus advogados)”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 182-183). Sobre a origem do *adversary system*, cabe transcrever a lição de Sir Jack Jacob, no seguinte sentido: “This system has been the traditional, cardinal basis for the conduct of civil procedure in England since about the middle of the thirteenth century, and it is well settled and deeply rooted. It was not the creation of statute nor was it implanted as the result of a doctrinal choice of other methods of procedure but rather it grew and developed out of the soil, responding in a practical

causa, segundo muitos, do trinômio custo – lentidão – complexidade²⁰³⁸. Nesse sentido, muito antes da reforma processual inglesa, Sir Jack Jacob já apontava que “the adversary system inevitably creates avoidable delays and increases both the labour and the costs”²⁰³⁹, razão pela qual, em razão das dificuldades práticas e

way to the social, political and cultural needs of the people. It was probably the product which stemmed from the fortuitous conjunction in 1215 of the promise in Magna Carta of the right to “trial by peers”, and of the prohibition by the Lateran Council forbidding the clergy to take part in trials by ordeal. It followed the adoption on a general basis of the method of trial by jury by the Superior Common Law Courts, which at about that time replaced other modes of trial, such as trial by battle, by oath or compurgation and by ordeal. It enabled the English legal system to escape the new procedure by ‘inquisition’ introduced by Pope Innocent III. It affords strong evidence of the historical continuity of the system of English civil justice, which has been capable of surviving great political, social and constitutional crises and of absorbing and adapting radical and fundamental changes in procedure. It also underscores the extensive and widespread influence of English civil justice, for almost all the countries in which English law was introduced have continued to operate their civil procedure, with appropriate modifications to meet their separate national and local conditions and social aspirations, on the model of the English adversary system”. JACOB, Sir Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. London: Stevens & Sons, 1987, p. 5-6).

²⁰³⁸ Conforme Barbosa Moreira, “essa característica era vista por muitos como o fator principal das mazelas de que se ressentia o processo na Inglaterra, sintetizadas com insistência dentro e fora dos relatórios de Lord Woolf, no trinômio custo – lentidão – complexidade”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 183). Esse trinômio, referido por Lord Woolf no seu *interim report* foi considerado como um “ clichê ” por seus críticos. Nesse sentido: “Lord Woolf’s *Interim Report* takes as its starting point the proposition that the principal problems with civil litigation are excessive cost, excessive delay and excessive complexity. Interestingly enough, this starting point, conventional as it is, has not been universally regarded as self-evident. Professor Zander, for example, critic of the Woolf proposals, has characterized references in the *Interim Report* to costs, delays and complexities as ‘ clichés ’. He has also argued that there is too little empirical information to know whether the complaints about the civil justice system are well founded”. SACKVILLE, Justice Ronald. Reforming the civil justice system: the case for a considered approach. In: STACY, Helen. LAVARCH, Michael. *Beyond the adversarial system*. Sydney: The federation press, 1999. p. 36). Um bom panorama da crítica realizada no direito australiano aos *reports* de Lord Woolf pode ser visualizado no texto de BROWNE-WILKINSON, Nicolas. The UK access to justice report: a sheep in woolf’s clothing. *Western australian law review*. v. 28, July 1999. p. 181-191). No direito inglês, ver ZUCKERMAN, Adrian. Lord Woolf’s access to justice: plus ça change... *The modern law review*. v. 59. n. 6. November 1996. Oxford: Blackwell Publishers, 1996.

²⁰³⁹ JACOB, Sir Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. London: Stevens & Sons, 1987, p. 16. A propósito, Diogo Assumpção Rezende de Almeida também refere que “o papel ativo da corte já inha sendo discutido e estava amadurecendo desde a década de 1970 na Inglaterra. Sir Jacob, falecido juiz e professor da *University College London*, em conferências realizadas nos anos de 1979 e 1980, publicadas posteriormente em 1982, já defendia a *court active role* como forma de combater os males da justiça civil, como atraso na solução dos casos e complexidade excessiva”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 34). Registre-se que em 1992, Jolowicz já falava em uma possível “derrogação do adversary system”, considerando difícil de acreditar que “the old philosophy of the adversary system and the refusal to acknowledge that there may be value in a judicial attempt to find the truth, can survive much longer”. JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 385). O texto de Jolowicz com essas ideias for publicado, primeiramente, em 1992, com a seguinte referência: La reforme de la procédure civil anglaise: une dérogation au système adversatif?, publicada em P. Legrand (ed.), *Common law d’un siècle l’auteur* (1992). Há versão desse mesmo texto em português, cuja tradução é de Barbosa Moreira: JOLOWICZ, J A. A reforma do processo civil

culturais de uma simples e imediata adoção do sistema inquisitorial²⁰⁴⁰, veio a defender uma remodelação do sistema adversarial a partir do incremento dos poderes das cortes “to be more active and responsible, would also help to promote equality in procedure, especially where one party is not legally or even competently represented”²⁰⁴¹. Nos seus *reports*, Lord Woolf apontava, como um dos principais problemas do sistema inglês, ser “*too adversarial*”, com os casos conduzidos pelas partes com desprezo às regras do tribunal²⁰⁴². Frente a isso, no modelo da justiça implementado pelas *CPR*, “*litigation will be less adversarial and more co operative*”²⁰⁴³, cenário no qual tanto o papel das partes quanto o papel do juiz deveria ser redimensionado a partir de uma mudança cultural²⁰⁴⁴.

inglês: Uma derrogação ao adversary system? Revista Forense. Rio de Janeiro, 1994. v.328, p.61-68.

²⁰⁴⁰ Nesse sentido, refere Sir Jack Jacob: “the obvious solution which springs to mind, that the English adversary system should be replaced by the Continental inquisitorial system, is wholly misconceived both in principle and in practice (JACOB, Sir Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. London: Stevens & Sons, 1987, p. 17)

²⁰⁴¹ JACOB, Sir Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. London: Stevens & Sons, 1987, p. 18. Nesse sentido, “the active role of the court would enable it to monitor the progress of the proceedings, to control their future conduct, to formulate the real issues or questions between the parties, to determine that there has been full disclosure of documents between them, to ensure the exchange of experts' reports and if and when this power is introduced the exchange of the statements of the witnesses of the parties, to increase the powers of the court to act of its own motion as, for example, to appoint a court expert and to enable the trial court to call a witness not called by the parties”. JACOB, Sir Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. London: Stevens & Sons, 1987, p. 18-19).

²⁰⁴² *Acess to justice (final report) Lord Woolf*. Julho de 1996. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>>. Acesso em 15/06/2015. Conforme Gerlis e Loughlin, “Lord Woolf concluded that the unrestrained adversarial culture of the former civil justice system was largely to blame for the fact that system did not conform with the basic principles he believed were necessary to ensure access to justice. Under the operation of the old civil procedure rules, our adversarial system placed responsibility for the conduct of proceedings with the parties to the case. The judge acted solely in the role of umpire adjudicating on the issues selected by the parties when they chose to present them to the court. Lord Woolf believed that where only the parties are in control of the pace and conduct of litigation, ‘the litigation process is too often seen as a battlefield where no rules apply. In this environment, questions of expense, delay, compromise and fairness may have only low priority. The consequence is that expense is often excessive, disproportionate and unpredictable; and delay is frequently unreasonable’. Examples cited of the resulting evils were the failure to establish the real issues in dispute in the case, excessive and inefficient disclosure of documents and the exertion of partisan pressure on experts”. GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001. p. 3).

²⁰⁴³ *Acess to justice (final report) Lord Woolf*. Julho de 1996. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>>. Acesso em 15/06/2015. Conforme Ficarelli, “il legislatore inglese è consapevole che la semplice attribuzione al giudice del potere di direzione del processo non è uno strumento sufficiente. Il processo deve essere l’attuazione di un progetto razionale basato sulla condivisione di responsabilità di tutti gli operatori delle giustizia in riferimento alla efficienza del servizio”. Desse modo, “anche nell’ordinamento in questione, pertanto, la *cooperazione* tra le *parti* e tra queste ed il *giudice* è considerato l’elemento essenziale per il buon funzionamento del processo e, di conseguenza, per il perseguimento degli obiettivi che tramite lo stesso ci si ripropone di

É assim que ingressa no modelo inglês o *case management*²⁰⁴⁵, fórmula geral com a qual são indicados os poderes de intervenção atribuídos à autoridade judiciária, a fim de reduzir a duração da causa e estabelecer a estrita proporcionalidade entre os instrumentos processuais e as despesas, de um lado, e o valor e a complexidade da causa, de outro²⁰⁴⁶. Trata-se, nas palavras de Woolf, de um meio de promover o que deve ser o objetivo de qualquer sistema processual, que é lidar com os casos com justiça²⁰⁴⁷. O *judicial case management* constitui uma resposta à cultura adversarial inglesa²⁰⁴⁸ e impõe ao juiz uma postura ativa, a fim de alcançar os objetivos fundamentais (*overriding objective*) da CPR. Nesse intento, o *active case management* inclui os deveres de (a) encorajar as partes a cooperar umas com as outras na condução do processo; (b) identificar as questões do caso no num estágio inicial do processo, decidindo prontamente quais necessitam uma investigação completa, excluindo sumariamente as demais, decidindo, ainda, a ordem em que serão resolvidas; (c) encorajar as partes a utilizar meios alternativos

conseguire”. FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 95).

²⁰⁴⁴ Nesse propósito, Lord Woolf tem plena ciência que o sucesso da reforma processual inglesa depende de uma mudança cultural, o que deixa bem claro em seus *reports*. A propósito, referem Gerlis e Loughlin que “in order to give full effect to the reforms, Lord Woolf believed it was necessary not only to reform the rules and procedures, but also to bring about a fundamental change in the culture civil litigation. In place of the tradicional adversarial approach to litigation, there would be an expectation of traditional adversarial approach to litigation, there would be an expectation of openness and co-operation between the parties from the outset and a principle that litigation would be a last resort for the resolution of a dispute”. GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001. p. 7).

²⁰⁴⁵ Tem-se dito que “case-management and co-operation might well currently be called the ‘common core’ of civil procedural law in Europe and, perhaps, they may be viewed as an attempt to reach a compromise between liberal and social conceptions of civil litigation. The changes in English civil procedure have made the English system the focus of attention in many Continental European States. This development does not, of course, mean that case-management and co-operation are understood in the same way in Europe; to the contrary, there are different understandings of the practical meaning of, for example, the principle of the active judge: the English judge’s power are mainly procedural ones while the French judge’s powers focus on both procedure and the substance of the case (facts and law). Isso tudo, inclusive, tem reduzido de tamanho “the gap between the Civil Law and Common Law countries”. RHEE, C.H. van. Introduction. In: RHEE, C.H. van. *European traditions in civil procedure*. Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005. p. 22. Em sentido similar, falando de uma convergência dos sistemas processuais modernos em razão dos problemas comuns de complexidade das causas, ver HAZARD JR., Geoffrey C. DONDI, Angelo. Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingerig Misconceptions Concerning Civil Lawsuits. *Cornell international law journal*. v. 39. New York: Cornell University, 2006. p. 68.

²⁰⁴⁶ GIORGIANTONIO, Cristina. Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management. *Questione giustizia*. Fascicolo 1/2010. Roma: Associazione Magistratura Democratica, 2010. p. 10.

²⁰⁴⁷ *Acess to justice (final report) Lord Woolf*. Julho de 1996. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>>. Acesso em 15/06/2015.

²⁰⁴⁸ GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001. p. 5.

de solução de conflitos sempre que entender apropriados, facilitando o seu uso; (d) ajudar as partes a resolver a totalidade ou parte do caso; (e) fixar calendário processual ou outros meios de controle do progresso do caso; (f) considerar se os prováveis benefícios de um passo determinado no caso justifica o custo de dá-lo; (g) lidar com diversos aspectos do caso sempre que possível na mesma ocasião; (h) lidar com o caso sem que as partes precisem ir até a corte; (i) fazer uso das tecnologias e (j) dar instruções para que o julgamento do caso ocorra de modo rápido e eficiente²⁰⁴⁹.

A importância atribuída ao *case management* no direito inglês é sentida de modo ainda mais forte no momento em que o juiz, em colaboração com as partes, passa a atribuir à controvérsia um “procedimento” mais apropriado, de acordo com elementos do caso concreto²⁰⁵⁰. Trata-se, aqui, do chamado *allocation case management*, que é, sem dúvida, um dos elementos essenciais da proposta de *case management* formulada por Lord Woolf, e consiste, simplificadamente, na alocação

²⁰⁴⁹ CPR 1.4 (1) e (2). Neil Andrews agrupa esses deveres de gestão atribuídos ao juiz do seguinte modo: “9.11 *Maintaining Impetus*: The court must fix (in consultation with the parties and their lawyers) timetables. More generally, it should control the progress of the case. It must give directions which will bring the case to trial as quickly and efficiently as possible. 9.12 *Co-operation and Settlement*: The courts should: encourage the parties to co-operate; help them to settle all or part of the case; and promote alternative dispute resolution, where it is appropriate. For this last purpose, the court has power to stay the action to enable such extra-curial negotiations or discussions to be pursued. 9.13 *Determining Relevance and Priorities*: The court must help to identify the issues in the case. This includes power to exclude issues from consideration because they are irrelevant. The court should decide the order in which the issues are to be resolved. It must try to determine as early as possible which issues need a full trial and which can be dealt with summarily”. ANDREWS, Neil. *Andrews on civil processes*. Volume I. Court Proceedings. Cambridge: Intersentia Publishing, 2013. p. 200). As CPR fazem referência aos deveres que englobam o *active case management* na regra 1.4, os quais tem por escopo implementar os objetivos fundamentais das CPR. Porém, também em outras regras são encontrados poderes de gestão atribuídos ao juiz. Merece destaque, nesse sentido, a parte 3 das CPR trata dos poderes gerais de gestão, que não exclui aqueles previstos em outras regras, prevendo que a corte pode “(a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (c) require a party or a party’s legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay(GL) the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide the order in which issues are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective”. Além disso, quando a corte emite uma ordem, pode “(a) make it subject to conditions, including a condition to pay a sum of money into court; and (b) specify the consequence of failure to comply with the order or a condition”. Outros poderes de gestão podem ser encontrados espalhados por toda a terceira parte das CPR.

²⁰⁵⁰ DONZELLI, Romulo. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di “case management” giudiziale. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, a. XXIV, n. 24, jan./jun/2007. p. 28.

de cada caso a um procedimento (*track*) ao qual ela poder ser tratada do modo mais apropriado²⁰⁵¹. Para tanto são previstos três procedimentos: o *small claims track*, o *fast track* e o *multi-track*²⁰⁵².

A “*allocation*” é um dever da autoridade judiciária que é desenvolvido com base em informações fornecidas pelas partes, mediante uma espécie de questionário (*allocation questionnaire*)²⁰⁵³, no qual as partes devem informar todos os elementos relevantes para a escolha do percurso adequado para a causa²⁰⁵⁴, cooperando com o juiz, para que seja escolhido o caminho mais adequado para o caso concreto²⁰⁵⁵. É possível, no entanto, que seja designada uma audiência para realizar a alocação da causa a um determinado procedimento (*allocation hearing*), sempre que for necessário²⁰⁵⁶.

De modo geral, a abrangência de cada um dos três *management tracks* é baseada no valor financeiro do pedido²⁰⁵⁷. Porém, diversas outras circunstâncias

²⁰⁵¹ *Access to justice (final report) Lord Woolf*. Julho de 1996. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>>. Acesso em 15/06/2015.

²⁰⁵² *CPR*, 26.1 (2).

²⁰⁵³ Conforme Gerlis e Loughlin, “the allocation questionnaire consists of 8 sections designed to provide the court with enough information to allocate the claim to a track. The information that a party must provide is as follows: whether a party would like a stay of proceedings in order to attempt to settle the case by ADR or other means; which track the party considers is most suitable for the case [...], whether the party has complied with any applicable pre-action protocol and if not, why not, and if no pre-action protocol applies to the claim whether the party has exchanged information and documents in order to assist in settling the claim; whether the party intends to make any application, for example, for summary judgment or permission to join another party [...], the identity of the party’s witnesses of fact and the facts they will give evidence of [...], whether a party would like permission to use expert evidence at trial, and if so whether that should be oral or written evidence, if oral the reason why such evidence is necessary and whether the party considers the case suitable for a single joint expert, a figure for the amount of the claim in dispute, whether the party would like the case heard at a court in a particular location [...], an estimate of the length of the trial and trial dates to avoid, an estimate of costs incurred to date and to be incurred, a copy of suggested directions and an indication whether they are agreed, other information which may assist the court to manage the claim”. GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001. p. 156-157).

²⁰⁵⁴ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 114.

²⁰⁵⁵ GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001. p. 157.

²⁰⁵⁶ *CPR 26.5 (4)*. Conforme Gerlis e Loughlin, “the circumstances when the court is likely to hold an allocation hearing are if, for example, one of the parties has failed to file an allocation questionnaire or failed to provide further information after being ordered to do so by the court, or if the parties have requested the case be allocated to different tracks and it is no clear which track is the most appropriate”. GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001. p. 158.

²⁰⁵⁷ VORASSI, Kenneth M. England’s reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States. *Journal of legislation*. v. 30: Iss. 2, Article 8. University of Notre Dame, p. 372. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol30/iss2/8/?utm_source=scholarship.law.nd.edu%2Fjleg%2F

podem ser relevantes para a escolha do percurso mais adequado ao caso concreto, como (a) a natureza do remédio pretendido, (b) a complexidade provável dos fatos, do direito ou das provas, (c) o número de litigantes, (d) a quantidade de provas orais que podem ser exigidas, (e) a importância do crédito para pessoas que não são parte no litígio, (f) as opiniões das partes e (g) as circunstâncias das partes²⁰⁵⁸. A diversidade ritual prende-se, desse modo, ao ideal de proporcionalidade e de elasticidade, na medida em que as características estruturais de cada controvérsia, notadamente o seu valor e a sua complexidade, tornam-se decisivas para estabelecer o rito mais adequado para resolvê-la²⁰⁵⁹. Busca-se, com isso, atender aos objetivos fundamentais das *CPR*, notadamente tratando o caso com justiça e com custos proporcionais, atribuindo a ele uma parte adequada de recursos do tribunal, tendo em conta a necessidade de alocar recursos a outros casos²⁰⁶⁰.

O *small claims track* é projetado para disputas simples, que não requerem um grande esforço probatório e de preparação, podendo ser resolvidas em uma única audiência²⁰⁶¹. Ele constitui o primeiro caminho para aumentar o acesso à justiça para as pessoas comuns²⁰⁶², abarcando controvérsias cujo valor financeiro não supera

vol30%2Fiss2%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 16 jun. 2015.

²⁰⁵⁸ *CPR 26.8 (1)*

²⁰⁵⁹ DONZELLI, Romulo. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di "case management" giudiziale. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, a. XXIV, n. 24, jan.jun/2007. p. 28-29.

²⁰⁶⁰ Ao tratar da elasticidade procedimental no direito inglês, Ficcarelli refere que "una gestione efficiente della lite consiste, in altre parole, prima di tutto, nell'economia ed efficiente allocazione delle risorse processuali. L'idea che sta alla base dell'obiettivo dominante della normativa inglese è che l'investimento delle risorse in una data controversia non deve essere superiore a quanto una giusta e celere risoluzione della questione richiede. Il procedimento adottato per la risoluzione delle controversie, deve essere proporzionato alle esigenze della causa e, l'esigenza di un'adeguata trattazione delle cause non può essere efficacemente perseguita disegnando uno schema rigido di processo concepito come universalmente valido per tutti i tipi di controversie. Quell'obiettivo esige strutture elastiche al cui interno vi sia spazio per la differenziazione dei modelli di trattazione delle cause in funzione dei loro caratteri peculiari. L'elasticità dunque come strategia (o scelta) fondamentale per avere un processo che funzioni". FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 112.

²⁰⁶¹ VORASSI, Kenneth M. England's reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States. *Journal of legislation*. v. 30: Iss. 2, Article 8. University of Notre Dame, p. 372. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol30/iss2/8/?utm_source=scholarship.law.nd.edu%2Fjleg%2Fvol30%2Fiss2%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 16 jun. 2015.

²⁰⁶² *Access to justice (interim report) Lord Woolf*. Junho de 1995. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

5.000 libras²⁰⁶³. Trata-se de um procedimento no qual se desenvolve um processo rápido e informal, desprovido de tecnicismo e que pode ser iniciado sem a presença de um advogado²⁰⁶⁴.

O *fast track* consiste num percurso rápido para controvérsias com valor não superior a 15.000 libras suscetíveis de serem tratadas em uma audiência de debates cuja duração não seja superior a um dia²⁰⁶⁵. Quando atribuído um caso ao *fast track*, o tribunal deverá dar instruções sobre a condução do caso e definir um calendário para os passos a serem tomados entre a entrega das instruções (*directions*)²⁰⁶⁶ e o julgamento (*trial*)²⁰⁶⁷, cuja data poderá ser desde já definida ou, pelo menos, definido o período (*trial window*) dentro do qual deverá ser realizado²⁰⁶⁸. O período que medeia as *directions* e o *trial* não poderá ser nunca superior a 30 semanas²⁰⁶⁹. É justamente nesse ínterim que serão desenvolvidas as várias atividades preparatórias da causa previstas nas *directions*. A fim de atender aos *overriding objective*, tanto no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade e bom andamento da causa, quanto no que diz respeito ao dever de colaboração das partes, elas devem ser envolvidas na maior medida possível nas atividades de preparação da causa²⁰⁷⁰. A última fase do procedimento é dada pela *listing questionnaire* também denominada de *pre-trial check list*, que deve ser depositado em até 8 semanas antes do *trial* ou do início do *trial period*²⁰⁷¹. Sua função consiste em oferecer ao juiz informações sobre

²⁰⁶³ Mais especificamente, a regra 27.1, prescreve que “the small claims track will be the normal track for the small claims track will be the normal track for any claim which has a financial value of not more than £5,000 subject to the special provisions about claims for personal injuries and housing disrepair claims; any claim for personal injuries which has a financial value of not more than £5,000 where the claim for damages for personal injuries is not more than £1,000; and any claim which includes a claim by a tenant of residential premises against his landlord for repairs or other work to the premises where the estimated cost of the repairs or other work is not more than £1,000 and the financial value of any claim for damages in respect of those repairs or other work is not more than £1,000”.

²⁰⁶⁴ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 112.

²⁰⁶⁵ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 113.

²⁰⁶⁶ As questões que poderão ser tomadas incluem “(a) disclosure documents; (b) service of witness statements; and (c) expert evidence”. *CPR* 28.3).

²⁰⁶⁷ *CPR* 28.2 (1)

²⁰⁶⁸ *CPR* 28.2 (2)

²⁰⁶⁹ *CPR* 28.2 (4)

²⁰⁷⁰ DONZELLI, Romulo. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di “case management” giudiziale. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, a. XXIV, n. 24, jan./jun/2007. p. 34. No mesmo sentido, FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 11

²⁰⁷¹ *CPR* 28.5 — (1) The court will send the parties a listing questionnaire for completion and return by the date specified in the notice of allocation unless it considers that the claim can be listed for trial

o estado de maturação alcançado pelo caso até aquele momento a fim de que possa determinar ou confirmar definitivamente a data do *trial*²⁰⁷².

O *multi-track* é previsto para os casos de maior valor, complexidade ou importância que, em relação às variáveis que se deve ter em conta para a alocação do percurso, não poderia ser tratados com justiça em qualquer um dos percursos inferiores²⁰⁷³. Desse modo, o *multi-track* tem caráter residual, sendo aplicável àqueles casos cujo valor financeiro é superior a 15.000 libras e que não podem ser adequadamente resolvidos no *small claims track* e no *fast track*²⁰⁷⁴. É nele que se verifica o maior grau de amplitude da atividade de *case management*²⁰⁷⁵, permitindo-se que o tribunal discricionariamente decida o quanto de *case management* o caso requer²⁰⁷⁶. Desse modo, fala-se que o *multi-track* confirma uma característica do processo civil inglês consistente numa relação de progressão geométrica entre, de um lado, a complexidade da causa e, de outro, a articulação e a elasticidade do *case management*. Assim, quanto maior a complexidade das questões relevantes para a decisão da causa, maior o número de instrumentos abstratamente previstos de gestão e maior a sua utilização²⁰⁷⁷.

without the need for a listing questionnaire. (2) The date specified for filing a listing questionnaire will not be more than 8 weeks before the trial date or the beginning of the trial period.

²⁰⁷² FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 120.

²⁰⁷³ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 113.

²⁰⁷⁴ CPR 26.6 (6) The multi-track is the normal track for any claim for which the small claims track or the fast track is not the normal track.

²⁰⁷⁵ DONZELLI, Romulo. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di "case management" giudiziale. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, a. XXIV, n. 24, jan.jun/2007. p. 35.

²⁰⁷⁶ GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001. p. 167.

²⁰⁷⁷ Nesse sentido, refere Donzelli: "in altri termini ciò che emerge chiaramente dall'esame di queste due *species* di tracks è che sussiste, nella disciplina della fase preliminare del nuovo processo civile inglese, un rapporto di progressione geometrica tra, da un lato, la 'complessità' del caso e, dall'altro, l' 'articolazione' e l' 'elasticità' del *managment*: 'complessità', nel significato chiarito addietro, ovvero non solo elevato valore della controversia, ma innanzitutto complessità delle questione rilevanti ai fini della decisione; 'articolazione', intesa nel senso di numero astrattamente previsto di strumenti di gestione; ed 'elasticità', intesa nel senso di graduazione del loro utilizzo, sia per quanto attiene all'*an* sia per quanto attiene al *quomodo*". DONZELLI, Romulo. La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di "case management" giudiziale. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, a. XXIV, n. 24, jan.jun/2007. p. 36). Em similar perspectiva, C.H. van Rhee afirma que a reforma inglesa está pautada numa relação de equilíbrio entre a importância e a complexidade do caso, de um lado, e as técnicas processuais aplicadas e os custos, de outro (RHEE, C.H. van. The development of civil procedural law in twentieth century europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency. In: RHEE, C.H. van. *Judicial case management and efficiency in civil litigation*. Oxford: Intersentia Antwerpen, 2007. p. 21).

Com efeito, uma vez alocada a controvérsia ao *multi-track* a corte poderá dar as direções (*directions*) para a gestão do caso e fixar um calendário com os passos que serão tomados entre as *directions* e o julgamento, tal qual coorre no *fast track*²⁰⁷⁸. No entanto, é possível que a corte venha a fixar uma *Case Management Conference* - *CMC*, uma *pre-trial review* ou ambas e ainda dar as direções para as direções para a gestão da causa²⁰⁷⁹. Pressupõe-se, aqui, que o juiz não esteja em condições de desenvolver de modo suficiente o próprio papel de direção do processo sem a fixação de uma audiência. Merece destaque no ponto a *Case Management Conference*, a qual, segundo Ficarelli, “consiste in un ‘incontro’ tra le parti ed il giudice durante il quale le questioni principali della controversia vengono identificate e il giudice impartisce le direttive per lo svolgimento della fase pre-dibattimentale”²⁰⁸⁰. Tão importante é essa audiência para o sucesso das *CPR* que ela vem sendo considerada a chave para tornar os litígios menos complexos, tendo em vista o seu aparente sucesso²⁰⁸¹. Também os custos dos litígios têm sido reduzidos no contexto do *CMC*. Isso levou o Lord Justice Jackson a afirmar que “both costs and time are saved by good case management”, vale dizer, pelo juiz que, com relevante expertise, “takes a grip on the case, identifies the issues and gives directions which are focused upon the early resolution of those issues”²⁰⁸². A *Case Management Conference* assume um papel importantíssimo nesse sentido, uma vez que o seu “*vero scopo*” consiste em “*individuare le questioni effettivamente controverse rilevanti per la decisione della causa*”²⁰⁸³.

Após a realização da *Case Management Conference* o percurso *mult-track* permanece bastante flexível, sendo possível que o tribunal, caso entenda necessário, envie às partes um questionário (*listing questionnaire*), cujo objetivo é fornecer ao juiz os elementos necessários para designar as atividades preparatórias

²⁰⁷⁸ *CPR* 29.2 (1) (a).

²⁰⁷⁹ *CPR* 29.2 (1) (b) (i) e (ii).

²⁰⁸⁰ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 120.

²⁰⁸¹ Lord Chancellor’s department. Further Findings: A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms. August 2002. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/reform/ffreform.htm>>. Acesso em 18/10/2015.

²⁰⁸² JACKSON, Rupert (Lord Justice). *Review of civil litigation: final reports*. United Kingdom: Crown, 2009, p. 394.

²⁰⁸³ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 120.

do *trial*²⁰⁸⁴. No entanto, em razão da complexidade da causa ou da omissão das partes, o juiz também poderá designar uma audiência (*listing hearing*) para a prática dos atos previstos no questionário²⁰⁸⁵. Admite-se, ainda, a designação de uma outra audiência, a *pre-trial review*, em que se verificará se as partes delimitaram as questões controversas, preparando a causa para o *trial*.

De tudo isso, pode-se dizer que, no direito inglês, reconhece-se ao juiz e às partes uma ampla gama de poderes para, em colaboração, flexibilizar o procedimento, adequando-o às necessidades do caso concreto, tendo em vista, principalmente, o seu valor financeiro, a sua complexidade e outras circunstâncias que poderão se apresentar no caso concreto²⁰⁸⁶. Nesses termos, o processo civil inglês representa “un bell’ esempio di *processo flessibile*”²⁰⁸⁷, que não pode ser, no panorama das mudanças ocorrida no processo civil brasileiro, de maneira algum ignorado.

5.4.1.2 O Modelo de Fase Preparatória no Processo Civil Francês

A incorporação do *case management* no direito francês não se apresenta com ares tão revolucionários como na Inglaterra²⁰⁸⁸. Antes mesmo da *CPR* inglesa, o

²⁰⁸⁴ CPR 29.6 (1).

²⁰⁸⁵ CPR 29.6 (3).

²⁰⁸⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law. *Revista de Processo*. v.33, n.163, set. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 166. Ainda sobre o procedimento do processo civil inglês, refere Barbosa Moreira que, “dentro de certos limites, e levando em consideração os elementos indicados no texto, o órgão judicial goza de alguma latitude no determinar o procedimento aplicável a cada causa (veja-se, por exemplo, a *rule* 26.7 (2), atinente a causas sem valor financeiro) e pode até substituir por outro o procedimento adotado de início (*rule* 26.10). Mais: de acordo com a *rule* 27.8 (1), no *small claims track* o juízo é livre de estabelecer o procedimento que lhe pareça ‘to be fair’ para a audiência preliminar (*preliminary hearing*); aliás, fica em parte a critério do órgão judicial realizar ou não a audiência (*rule* 27.6)”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 185).

²⁰⁸⁷ Conforme Ficcarelli, “il processo inglese rappresenta così un bell’ esempio di *processo flessibile*, un processo cioè che non persegue l’idea di un sentiero processuale, unico, rigido e predeterminato ma che consente al giudice, fin dal suo inizio – segnatamente dopo lo scambio degli atti introduttivi – di modellare, in collaborazione con le parti, il procedimento *sulla* controversia in dipendenza delle sue caratteristiche strutturali, tra cui, anzitutto, l’importanza economica della causa stessa e la sua complessità”. FICCARELLI, Beatrice. Fase preparatoria del processo e ruolo del giudice civile: principi ed esperienze a confronto. In: SCARSELLI, Giuliano (*a cura di*). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de “Il Giusto processo civile” 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 85).

²⁰⁸⁸ Nesse sentido, refere De Cristofaro que “il *case management* – pur rivoluzionario all’interno di una concezione *adversarial* del processo – non appare uno strumento particolarmente inovativo nella prospettiva del diritto continentale”. DE CRISTOFARO, Marco. *Case management* e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista*

direito francês conheceu uma variedade de percursos estabelecidos em razão da complexidade do caso²⁰⁸⁹. Conforme Cadiet, as atividades de gestão do processo são preocupações conhecidas no sistema judiciário francês há bastante tempo, assim como uma série de elementos introduzidos no direito inglês a partir dos relatórios de Lord Woolf, como o dever de colaboração do juiz e das partes, que corresponde exatamente à filosofia dos princípios diretivos do *code de procédure civile* francês²⁰⁹⁰. Na verdade, a codificação processual civil francesa constitui um trabalho de composição, por não se tratar de uma legislação adversarial, nem inquisitorial, qualificações que não traduzem o que é o processo civil francês, que, nas palavras de Cadiet, “it is a work in composition, because it must conciliate the liberal principles of French tradition which make parties the owners of the lawsuit, and the affirmation of the powers of the judge”, o qual deve realizar a missão de buscar a solução mais justa (*fairest*) para a disputa, de acordo com um interesse público, o que significa dizer que a justiça é um serviço público e imparcial, mas não é passivo²⁰⁹¹.

Afirma-se, nesse sentido, que a gestão do processo – o qual, cada vez mais, encontra-se sujeito a pressões econômicas e a uma retórica da qualidade – vem renovando a tradicional questão dos papéis das partes e do juiz com base em um princípio da cooperação, o qual aparece como resultado da preocupação por um equilíbrio permanente entre eficiência e exigência de equidade²⁰⁹². Isso fica bastante evidente nos três primeiros artigos do *code de procédure civile*, os quais, ao mesmo tempo em que incumbem às partes o ônus de conduzir o processo, com responsabilidade pela prática de todos os atos, na forma e tempo necessário, atribuem ao juiz o dever de garantir o bom andamento do processo, gerindo o tempo

di diritto processuale. Anno LXV (seconda serie). N. 2. Marzo-Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 297).

²⁰⁸⁹ DE CRISTOFARO, Marco. *Case management* e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (seconda serie). N. 2. Marzo-Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 298. Nesse sentido, CADIET, Loïc. *Complexità e riforme del processo civile francese*. DONDI, Angelo. *Elementi per una definizione di complessità processuale*. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 118.

²⁰⁹⁰ CADIET, Loïc. *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*. *Revue française d'administration publique*. n. 125, 2011. p. 134. Disponível em <<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm>>.

²⁰⁹¹ CADIET, Loïc. *The new french code of civil procedure (1975)*. In: RHEE, C.H. van. *European traditions in civil procedure*. Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005. p. 57-58.

²⁰⁹² CADIET, Loïc. *Quelle procédure civile pour quelle société civile? Point de vue français*. In: RHEE, C.H. van. HERBAUT, D. STORME, Marcel. *The French Code of civil procedure (1806) after 200 years. The civil procedure tradition in France and abroad*. Mechelen, Belgium: Kluwer, 2008. p. 369.

e ordenando as medidas necessárias²⁰⁹³. Nesse sentido, Loïc Cadiet refere que o elemento definidor das disposições dos artigos 1 e 24 do *Code de procédure civile* – os quais estão localizados no capítulo intitulado “les principes directeurs du procès” – “c’est un *principe de coopération du juge et des parties*”²⁰⁹⁴. De tudo isso, pode-se afirmar que, no direito francês, nem tanto foram aumentados os poderes do juiz, mas redimensionada a divisão de trabalho entre o juiz e as partes numa linha de equilíbrio pautada por um ideal de colaboração entre todos os sujeitos processuais para o bom andamento do processo.

Inserir-se, nesse contexto, a questão envolvendo o papel do juiz e do processo na preparação da causa, temática que está no coração dos atuais debates a respeito de qualquer concepção de processo civil e na tão sonhada “outra justiça possível”, deixada inteiramente nas mãos das partes²⁰⁹⁵. O direito francês concilia essas duas perspectivas: ao mesmo tempo em que, historicamente, tem valorizado os denominados *contrat de procédure*²⁰⁹⁶, prevê um modelo elástico de processo,

²⁰⁹³ Nesse sentido, refere Ficcarelli que “si, di conseguenza, i tradizionali orientamenti della procedura civile francese appaiono rispettati, la nuova fisionomia del processo è tuttavia facilmente delineata: il potere di iniziativa delle parti rimane sostanzialmente inalterato ma, dopo la fase della messa in moto iniziale, la prospettiva muta rispetto all’impulso originario. Determinante non è più l’iniziativa privata, bensì l’adempimento degli oneri gravanti sulle parti ed il concreto esercizio dei poteri attribuiti al giudice per il “buon” svolgimento del processo”. FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 67.

²⁰⁹⁴ CADIET, Loïc. *Quelle procédure civile pour quelle société civile? Point de vue français*. In: RHEE, C.H. van. HERBAUT, D. STORME, Marcel. *The French Code of civil procedure (1806) after 200 years. The civil procedure tradition in France and abroad*. Mechelen, Belgium: Kluwer, 2008, 370.

²⁰⁹⁵ CADIET, Loïc. *The new french code of civil procedure (1975)*. In: RHEE, C.H. van. *European traditions in civil procedure*. Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005. p. 65.

²⁰⁹⁶ O calendário processual, que será mencionado posteriormente, está no germe da contratualização do processo civil francês, sendo possível visualizar a utilização da expressão *contrat de procédure* em pelo menos três momentos, referindo-se, conforme Diogo Assumpção Rezende de Almeida, a mecanismos semelhantes, mas não idênticos: “surgiu primeiramente, na década de 1980, com (i) a possibilidade de acordos entre advogados para a fixação de um calendário processual. Mais tarde, no início dos anos 2000, os contratos de procedimento serviram para nomear (ii) os protocolos estabelecidos entre os tribunais e a ordem dos advogados, elaborados com o intuito de solucionar questões pontuais no processamento dos casos em cada corte. A expressão é, ainda, encontrada na doutrina quando são tratados (iii) os negócios jurídicos travados entre as partes e que contêm cláusulas atinentes ao procedimento – futuro ou já instaurado –, como a modificação de regra de ônus da prova, a eleição de perito, a previsão de cláusula de foro, a determinação de mediação prévia ou incidental obrigatória etc.”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 41-42. Registre-se, no entanto, que os protocolos coletivos para a regulamentação da fase instrutória embora não fosse nominados como *contrat de procédure*, já estavam presentes no direito francês desde a década de 1980. Nesse sentido, ver CANELLA, Maria Giulia. *Gli accordi processuali francesi volti alla regolamentazione collettiva del processo civile*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LXIV, Fasc. 2, junho 2010, Milano: Giuffrè, 2010. p. 549-550. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 118-120.

capaz de se adaptar às circunstâncias do caso concreto, o que pressupõe um juiz com poderes de gestão da causa.

Um bom exemplo disso é a introdução formal do *calendrier du procès* no código de processo civil francês a partir do *Décret* n. 2005-1678 de 208 de dezembro de 2005²⁰⁹⁷, espécie de *contrat de procédure*, cuja utilização já vinha ocorrendo na prática judiciária francesa desde a década de 80²⁰⁹⁸ e que tem por escopo conferir às partes a possibilidade de prever os estágios temporais do processo até a sentença, em atenção à lógica de que uma duração previsível, recortada de acordo com as peculiaridades da causa, é uma duração mais bem aceita pelas partes²⁰⁹⁹.

Por outro lado, a fase preparatória no direito francês, a semelhança do que ocorre no direito inglês, desenvolve-se no sentido de permitir que se possa, ao seu final, adaptar o processo a um dos três percursos (*circuits*) possíveis, de acordo com a complexidade da controvérsia²¹⁰⁰: o *circuit court* ou *ultracourt*, o *circuit moyen* e o *circuit long*. A alocação da causa a um desses circuitos é realizada numa audiência preliminar e preparatória, comumente denominada *Conférence du Président*, em que o presidente da câmara ou seção para qual a causa foi distribuída, examina o seu estado em colaboração com as partes²¹⁰¹.

²⁰⁹⁷ O calendário processual está previsto nos parágrafos 3, 4 e 5 do art. 764 do *code de procédure civile*, nos seguintes termos: “Il peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision. Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée”.

²⁰⁹⁸ A propósito, refere Ficcarelli que “nel contesto collaborativo che si è venuto a delineare in ordine alla conduzione dell'iter processuale si inserisce anche la figura del '*calendrier du procès*'. Fruto della prassi emersa intorno agli anni ottanta in alcuni tribunali e corti d'appello consistente nell'elaborare *in limine* un 'programma' delle attività processuali, mediante un cd. '*contrat de procédure*' avente ad oggetto la gestione temporale del processo, il *calendrier du procès*' costituisce la fase più recente dell'evoluzione della disciplina francese in tema di scansione temporale del rito; una fase caratterizzata dall'intento di giungere, mediante un dialogo costruttivo fra tutti gli 'attori' principali del processo, a una determinazione condivisa dei tempi del processo stesso, pianificando *ex ante* la collocazione temporale di un'ampia serie di attività processuali. Di qui l'efficace riferimento a una nozione di tempo processuale di origine negoziale o, più precisamente, a un tempo negoziato”. FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 69-70.

²⁰⁹⁹ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 71.

²¹⁰⁰ CADIET, Loïc. Complessità e riforme del processo civile francese. DONDI, Angelo. *Elementi per una definizione di complessità processuale*. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 118. O mesmo texto pode ser encontrado na *rivista trimestrale di diritto e di procedura civile*: CADIET, Loïc. Complessità e riforme del processo civile francese. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v.62, n.4, p. 1303-1326, dic. 2008.

²¹⁰¹ BONATO, Giovanni. I poteri i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005. In: CARRATA, Antonio. *La tutela sommaria in europa* –

Com efeito, caso se verifique, após as explicações dos advogados, e levando em consideração as conclusões apresentadas, que a causa está pronta para julgamento, ou ainda nos casos em que o réu não se defende, o *Président* considera encerrada a instrução e designa uma audiência para julgamento, que poderá ocorrer ainda no mesmo dia. Trata-se, aqui, do denominado *circuit court*²¹⁰². Há, porém, um caminho intermediário, chamado *circuit moyen*, a ser tomado sempre que o juiz entender necessária mais uma audiência – na qual as partes apresentarão novos arrazoados e elementos probatórios – para que a causa esteja madura para julgamento²¹⁰³. Por fim, é previsto um *circuit long* para as causas mais complexas, em que o *Président* remete o andamento do processo a um juiz instrutor (*juge de la mise en état*), encarregado de velar pelo andamento leal do processo, estando munido de todos os poderes necessários para tanto²¹⁰⁴.

O *juge de la mise en état*²¹⁰⁵ dispõe, dentre os seus variados poderes, competência para decidir incidentes processuais, exceções processuais e para

studi. Napoli: Jovene Editore, 2012. p. 291. Nesse sentido, prescrevem os parágrafos 1º. e 2º. do art. 759 do Code de procédure civile: Au jour fixé, l'affaire est obligatoirement appelée devant le président de la chambre à laquelle elle a été distribuée. Celui-ci confère de l'état de la cause avec les avocats présents.

²¹⁰² Nesse sentido, prescreve o art. 760 do *code de procédure civile*: “le président renvoie à l'audience les affaires qui, d'après les explications des avocats et au vu des conclusions échangées et des pièces communiquées, lui paraissent prêtes à être jugées sur le fond. Il renvoie également à l'audience les affaires dans lesquelles le défendeur ne comparaît pas si elles sont en état d'être jugées sur le fond, à moins qu'il n'ordonne la réassignation du défendeur. Dans tous ces cas, le président déclare l'instruction close et fixe la date de l'audience. Celle-ci peut être tenue le jour même”.

²¹⁰³ No *circuit moyen* “continua a non aversi la nomina di un giudice istruttore ed il Presidente, in considerazione della probabile utilità di ulteriori scambi difensivi, alla prima udienza ne fissa una seconda per eventuali repliche sul merito e per la formulazione di nuove istanze istruttorie; ivi la causa viene avviata all'udienza conclusiva, salva la possibilità di un trasferimento al percorso più articolato ove la controversia si riveli più complessa del previsto”. DE CRISTOFARO, Marco. *Case management* e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (seconda serie). N. 2. Marzo-Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 298).

²¹⁰⁴ DE CRISTOFARO, Marco. *Case management* e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (seconda serie). N. 2. Marzo-Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 298. Nesses termos, dispõe o art. 763 do *code de procédure civile*: “l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle a été distribuée. Celui-ci a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces. Il peut entendre les avocats et leur faire toutes communications utiles. Il peut également, si besoin est, leur adresser des injonctions. Il peut ordonner le retrait du rôle dans les cas et conditions des articles 382 et 383”.

²¹⁰⁵ Conforme Ficcarelli, “in ogni camera (o sezione) del *Tribunal de grande instance* è designato almeno un giudice de *la mise en état* (abituamente denominato *JME*) incaricato di presiedere all'istruzione delle cause che gli vengono assegnate dal presidente. Il *JME* ha anzitutto, conformemente al dettato dell'art. 763 che riprendere quasi testualmente la disposizione dell'art. 3 delle *dispositions liminaires*, il dovere generale di vigilare sul leale andamento del processo e in particolare sul puntuale scambio delle memorie tra avvocati e sulla comunicazione dei

preferir provimentos cautelares ou sumários²¹⁰⁶. Há, no incremento dos poderes do juiz instrutor uma clara opção legislativa no sentido de liberar o processo, na fase da *mise en état de l'affaire* das questões processuais para concentrar a fase decisória somente nas questões mais relevantes²¹⁰⁷. Toda essa gama de atribuições conferida ao *juge de la mise état* somente confirma a opção francesa por um processo elástico, que não é rígida e abstratamente cadenciado, mas que permite uma constante adequação à realidade mutável das situações controversas e da complexidade da causa²¹⁰⁸.

Tudo isso vem a reforçar uma tendência nas legislações processuais contemporâneas, que é a construção de um modelo procedimental elástico, dotado de mecanismos que permitam adaptá-lo às circunstâncias do caso concreto. Essa breve incursão nos modelos inglês e francês permitirá uma melhor compreensão do modelo de fase preparatória do direito brasileiro e sua importância para uma construção compartilhada do caso concreto.

documenti". FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 76-77).

²¹⁰⁶ DE CRISTOFARO, Marco. *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (seconda serie), N. 2. Marzo-Aprile 2010. Padova: CEDAM, 2010. p. 298. É o que prevê o art. 771 do *code de procédure civile*: Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour: 1. Statuer sur les exceptions de procédure, les demandes formées en application de l'article 47 et sur les incidents mettant fin à l'instance ; les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge; 2. Allouer une provision pour le procès; 3. Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l'exécution de sa décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522; 4. Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées; 5. Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction.

²¹⁰⁷ BONATO, Giovanni. I poteri i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005. In: CARRATA, Antonio. *La tutela sommaria in europa – studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012. p. 307-308. Conforme Bonato, “tale ripartizione di poteri decisorii tra il JME e il collegio del tribunale deriva dall’idea di scomporre, ancora più nettamente, il processo in due fasi: la prima dedicata all’istruzione della causa e alla decisione delle questioni pregiudiziali di rito, di sola competenza del JME; la seconda, affidata al collegio, destinata esclusivamente alla decisione del merito in senso stretto della controversia”. BONATO, Giovanni. I poteri i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005. In: CARRATA, Antonio. *La tutela sommaria in europa – studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012. p. 307).

²¹⁰⁸ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011. p. 78.

5.4.2 Flexibilidade Procedimental no Novo CPC: Autonomia Privada, Poderes do Juiz e Construção Compartilhada do Procedimento Adequado Ao Direito Material e ao Caso Concreto

A compreensão das exigências de uma fase preparatória do processo realizada a partir da experiência do direito comparado se apresenta como um excelente ponto de partida para a exploração do tema no direito brasileiro. Na medida em que essa fase preparatória se presta para adequar o procedimento às vicissitudes do caso concreto, torna-se possível enxergá-la como uma alternativa robusta para superar tanto a rigidez procedimental que permeou o procedimento comum do Código Buzaid, quanto a insuficiência dos procedimentos especiais e tutelas diferenciadas historicamente concebidos como uma espécie de válvula de escape diante do mito da ordinariedade. Nesse caminho, deve-se acrescentar que o modelo democrático de processo – pautado tanto no prestígio à autonomia privada quanto na concessão de maiores poderes (e responsabilidades) ao juiz – oferece um novo colorido à fase preparatória do processo, que além de teoricamente esquecida na vigência do Código Buzaid, era totalmente ignorada na prática, sendo o exemplo mais emblemático disso o desprestígio que a audiência preliminar do art. 331 do Código de 1973 recebeu após ter sido remodelada pela Lei 10.444 de 2002.

O problema da preparação da causa e, conseqüentemente, dos desvios percorridos no procedimento-padrão, pode ser solucionado, segundo Barbosa Moreira, a partir de dois “métodos”²¹⁰⁹, quais sejam, o método “concentrado” e o método “difuso”²¹¹⁰. No primeiro, destaca-se um momento ou uma fase do procedimento para a prática de atos relativos à preparação da causa, como a solução de preliminares, o esclarecimento de pontos obscuros e a determinação de provas a serem produzidas, dentre outros; no segundo, tal atividade é exercida de maneira descontínua ao longo do *iter* processual, sem prejuízo de fixação de

²¹⁰⁹ A expressão é utilizada como sinônimo de “mecanismo”, não sendo a ela aplicável às críticas anteriormente formuladas ao conceito moderno de método.

²¹¹⁰ Registre-se, no entanto, que “a oposição entre os dois métodos não deve ser superestimada. Como bem se compreende, os critérios do legislador não costumam apresentar rigidez absoluta: assim um ordenamento que opte pelo sistema ‘concentrado’, não ficará de todo excluída, em geral, a possibilidade de que se pratiquem atos do gênero de que estamos cogitando, eventualmente, fora do momento (ou da fase) que em princípio se reserva para tal fim. Feita essa ressalva, parece-nos legítimo e útil insistir na distinção, relevante por mais de um aspecto”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 112, out. 1985.

oportunidades específicas para a apreciação de certas matérias²¹¹¹. Partindo-se da premissa de que a tendência moderna é o predomínio do método “concentrado”²¹¹², cabe referir que ele pode se desenvolver adotando tanto a técnica escrita quanto a técnica oral, prevendo-se, respectivamente, a prática de um ato ou de uma série de atos por escrito ou a realização de uma audiência especial²¹¹³.

O direito brasileiro, que sempre foi pautado pelo modelo normativo luso-brasileiro do “despacho saneador”²¹¹⁴, foi alvo de uma notável ruptura quando, em

²¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 111-112, out. 1985.

²¹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 120, out. 1985.

²¹¹³ Conforme Barbosa Moreira, “para atingir os fins a que se visa, pode a lei prever um ato (ou uma série de atos) praticado (s) por escrito; ou pode ordenar a realização de uma audiência especial. A primeira técnica acha expressão vigorosa – sem prejuízo do que se vai expor no item subsequente sobre a evolução do Direito português – no modelo normativo luso-brasileiro, conhecido principalmente pelo *nomen iuris* ‘despacho saneador’, com que a tradição, já larga, e em certa medida diferente a objeções de índole terminológica, designa uma das figuras de pronunciamentos judiciais passíveis de emissão nesse contexto. A outra, que tem na *erste Tagsatzung*’ do Direito austríaco sua mais conhecida versão, acaba de ver-se assimilada pelo ordenamento espanhol”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 113, out. 1985.

²¹¹⁴ Segundo lição de Celso Barbi, “êsse despacho foi introduzido no Brasil pelo art. 19 do decreto-lei n. 960, de 17 de novembro de 1938, que regulou os executivos fiscais. Apesar de não lhe dar nome, o decreto determinou que, após a fase de defesa, o juiz deveria proferir despacho sobre as nulidades e decidir qualquer matéria estranha ao mérito da causa. Outras funções tinha ainda o despacho, como a determinação de provas e o julgamento do mérito, se o réu fôsse revel ou a defesa tivesse sido apresentada fora do prazo. Pouco tempo após, o Código de Processo Civil de 1939, nos arts. 293 e 294, ao tratar do processo ordinário, inscreveu o despacho em exame, com o nome de despacho saneador, a ser proferido após a fase da defesa, com as finalidades descritas no art. 294, ns. I a V” X”. Ainda conforme o referido autor, a origem do despacho saneador está no decreto n. 3, de 29 maio de 1907, que “criou em Portugal, para certos processos, um despacho destinado a conhecer das nulidades, o qual deveria ser proferido após a fase dos articulados, mas antes da colheita das provas. A jurisprudência e a doutrina lusitanas lhe deram o nome de despacho regulador do processo, e o legislador o aplicou, posteriormente, em vários decretos, a outras causas”. BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. *Revista dos tribunais*. v. 391. São Paulo: 1968. p. 9-10). Araken de Assis vai ainda mais longe na pesquisa histórica acerca do tema, referindo que a origem genuinamente portuguesa do despacho saneador tem como antecedente próximo a “recomendação feita aos magistrados portugueses do Ministério Público, em 1841, que cuidassem de evitar ou de suprir nulidades, sob pena de responsabilidade, antes de o Procurador Régio, oficiando na apelação, delas tomasse conhecimento”. Nesses termos, “o Decreto n.º 3, de 19.05.1907, adotou o então chamado ‘despacho regulador’ no processo sumário português. Posteriormente, o art. 24 do Decreto n.º 12.353, de 22.09.1926, introduziu a novidade no procedimento comum. Esses diplomas alteraram o CPC português de 1876 – o movimento reformista é tão antigo, quanto retardada a respectiva eficácia -, e seus frutos foram considerados suficiente maduros para consagrar a figura definitivamente no art. 514 do CPC luso de 1939”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada), p. 427-428. Fiel à tradição, a redação original do art. 331 do Código de 1973 assim previa: “se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I - deferirá a realização de exame pericial, nomeado o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II - designará a audiência de instrução e julgamento, determinando o comparecimento das partes, perito, assistentes técnicos e testemunhas”.

1994, inseriu-se, ao lado da previsão “do despacho senador”²¹¹⁵ a previsão de uma audiência de conciliação²¹¹⁶, símbolo principal da técnica oral no modelo concentrado de preparação da causa. O nome audiência de conciliação, equivocadamente atribuído ao ato processual em questão, foi um dos fatores do seu insucesso na época. Muito mais do que uma audiência de conciliação, prestava-se a audiência então prevista no art. 331 do Código de 1973 para a preparação da causa, na medida em que nela, uma vez infrutífera a tentativa de conciliação, deveriam ser praticados outros atos, notadamente a fixação dos pontos controvertidos, a resolução das questões processuais pendentes e a determinação das provas a serem produzidas, com a designação de audiência de instrução quando necessária²¹¹⁷. Esse equívoco terminológico foi sanado em 2002, pela Lei Lei 10.444, que substituiu o termo audiência de conciliação por audiência preliminar. Além disso, na redação conferida pela Lei 8.952/94 o cabimento da referida audiência era restrito aos direitos disponíveis, equívoco que também foi corrigido em 2002, quando se passou a falar em “direitos que admitam transação” ao invés de “direitos disponíveis”.

²¹¹⁵ Fala-se na instituição de uma audiência preliminar ao lado do despacho saneador pois, a despeito de não ser dito no texto normativo como proceder na hipótese de não caber a audiência de conciliação porque indisponível o direito “na prática do foro, continuou-se a observar, em tal hipótese, a ‘técnica escrita’: o órgão judicial proferia nos autos o ‘despacho saneador’, à semelhança do que se fazia antes da reforma”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Vicissitudes da audiência preliminar. *Revista forense*. v. 374. Julho/Agosto de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 143).

²¹¹⁶ A redação do art. 331 e dos seus parágrafos 1º e 2º após a Lei 8.952/94 passou a ser a seguinte: “art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

²¹¹⁷ Conforme Luiz Rodrigues Wambier, “a denominação equivocada - audiência de conciliação – ‘colaborou’ para o insucesso do novo momento de aproximação das partes no processo, pois favoreceu a que se formulassem interpretações no sentido de empobrecer seu conteúdo, como se apenas de momento para a tentativa de conciliação se tratasse. Isso, todavia, nunca correspondeu à interpretação que devesse ser tida como correta, nem mesmo antes da reforma de 2002. Mesmo em sua redação original, inserida no Código de Processo Civil em 1994, a audiência ‘de conciliação’ já se prestava, além de se constituir no momento oportuno para a tentativa de conciliação, a ser a sede de uma série de atos tendentes a facilitar o curso do procedimento, desse momento em diante. Essa circunstância, todavia, foi extremamente mal compreendida, especialmente por aqueles que da nova audiência deveriam extrair o maior rendimento possível, ou seja, os próprios magistrados”. 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. *Revista de Processo*. n. 118, nov/dez, 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 138).

Todas essas mudanças não foram suficientes para uma efetiva implementação da audiência preliminar na prática jurídica brasileira. Para isso, muito contribuiu também a falta de técnica legislativa na redação do art. 331 do Código de 1973, cujo teor deixou muito a desejar. O emprego do verbo “poder” no §3.º do dispositivo passou a ser uma fonte de perplexidades, na medida em que dava margem ao entendimento de que constituía uma *faculdade* do juiz designar a audiência, o que foi defendido por doutrinadores de escol²¹¹⁸ e acabou se confirmando na jurisprudência²¹¹⁹. Na verdade, o sucesso da audiência preliminar

²¹¹⁸ Sobre o tema, cabe registrar o entendimento de Barbosa Moreira a respeito do dispositivo em questão: “fonte de possíveis perplexidades é o emprego do verbo ‘poder’ na oração principal. Sanear o processo e ordenar (ou indeferir) a produção de prova constituirão meras *faculdades* do juiz/ Abre-se aqui, também, alternativa? A interpretação sistemática aponta em sentido contrário. Nessa altura do itinerário processual, excluída que seja a audiência preliminar, que restará ao órgão judicial fazer, senão sanear o processo por ato escrito, decidindo sobre prova e, se for o caso, marcar audiência de instrução e julgamento? Sempre sustentamos que não é dado ao juiz, salvo quando expressamente lhe permita a lei, diferir para outra oportunidade o exame das questões que integram o objeto do despacho saneador. Seria contravir, mais que à pura letra do texto legal, ao princípio da economia processual, que o aplicador da lei nunca deve perder de vista. O ‘poderá’, no texto de que se cuida, como em tantos outros, cria para o órgão judicial autêntico poder-dever. Com isso não se nega o caráter *facultativo* que passou a ter a audiência preliminar, em causas atinentes a direito suscetíveis de transação, desde a entrada em vigor da Lei 10.444. Não é lícito ao juiz, deixando de realizar a audiência, manter-se omissos no tocante aos pontos mencionados na parte final do §3º. Sem dúvida lhe é lícito, no entanto, deixar de realizar a audiência, ‘se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável’ a solução consensual. Merece a cláusula que nela se detenha o olhar do intérprete; mas – por motivos que ficarão evidentes – primeiro vamos considerar a opção da Lei nº 10.444 pela facultatividade da audiência à luz do panorama legislativo contemporâneo”. Nesse sentido, continua Barbosa Moreira, após discorrer sobre o caráter facultativo da audiência em outros sistemas legislativos, que “mais próximo da verdade estará quem afirmar que o abandono da obrigatoriedade da audiência e a concessão de maior latitude ao juiz na matéria refletem dois aspectos bem nítidos da evolução contemporânea do processo civil, perceptíveis até no mundo anglo-saxônico: o reforço dos poderes judiciais de direção formal do processo e certo declínio da oralidade”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Vicissitudes da audiência preliminar. *Revista forense*. v. 374. Julho/Agosto de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 145-147). Em sentido contrário, Darci Guimarães Ribeiro afirmava que “omitir essa audiência é omitir um ato indispensável do procedimento e da adequada prestação jurisdicional, podendo o estado responder por danos morais, na medida em que existindo uma norma capaz de abreviar, drasticamente, o tempo da prestação jurisdicional, a sua não utilização, por parte do Estado, gera um desserviço às partes e à sociedade, causando, indiscutivelmente, um prejuízo injustificado, porque permite a demora desnecessária do processo”, de modo que o seu desrespeito geraria uma nulidade absoluta”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 172).

²¹¹⁹ Nesse sentido: “PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - FALTA DE COTEJO ANALÍTICO - AUDIÊNCIA PRELIMINAR - NÃO REALIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE NULIDADE - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. 1 - Quanto à divergência jurisprudencial, a recorrente limitou-se no recurso especial a transcrever ementas, deixando de proceder ao cotejo analítico com a finalidade de demonstrar as circunstâncias que assemelham os casos confrontados. 2 - Não importa nulidade do processo a não realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no artigo 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento. Precedentes. 3 - No que se refere à apontada ofensa aos artigos 234 e 330, I, do CPC, relativa ao julgamento antecipado

dependia de uma “mudança de postura”²¹²⁰ e de um novo panorama cultural em que alguns requisitos fossem implementados, como, por exemplo, o conhecimento da causa antes do início da audiência²¹²¹.

O Novo Código de Processo civil remodelou a fase preparatória do processo estabelecendo um método concentrado mais flexível em que as técnicas da oralidade e da escritura se apresentam como possíveis instrumentos a serem utilizados na organização do processo de acordo com as circunstâncias do caso concreto. No ponto, mais importante ainda é a mudança da atmosfera trazida pelo novo código, exigência essencial, segundo Barbosa Moreira, para o sucesso do modo concentrado de saneamento e organização do processo, o qual, para vingar, reclamaria “oxigênio espiritual”²¹²². A ênfase dada à autonomia privada e o espírito “cooperativo” trazido pelo Código – em termos semelhantes ao dos sistemas inglês e

da lide, o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização audiência para produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide. 4 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 693.982/SC, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 20/11/2006. p. 316)”.
²¹²⁰ Nesse sentido, escreveu Darci Guimarães Ribeiro, no final da década de 90, que “a audiência preliminar, pela inovação que apresenta, exige uma mudança de postura por parte dos operadores do Direito, acostumados a trabalhar sobre um processo de conhecimento anacrônico, calcado em princípios que já não espelham a realidade da moderna ciência processual. É sabido que, pelo hábito, o processo mesmo educa ou deseduca, pois, como bem disse alhures Calamandrei, *a praxe do foro é mais forte que a lei*”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 169). O artigo mencionado foi publicado no volume 759 da *Revista dos Tribunais* em 1998 e é fruto de uma palestra proferida pelo seu autor no *Encontro de Magistrados* realizado na cidade de Bento Gonçalves – RS em 13-11-1997.

²¹²¹ A propósito, refere Darci Guimarães Ribeiro: “pode parecer desnecessário mencionar-se esse requisito implementador da audiência, mas não o é, uma vez que a praxe aponta em sentido contrário. O acúmulo de serviço hoje no Brasil é tamanho, que o magistrado não possui tempo para preparar o processo antes da audiência, resumindo-se a ler o processo no início da sessão, o que prejudica totalmente o saneamento e a fixação dos pontos controvertidos; pois, como pode o magistrado sanear algo que não conhece? Como pode fixar os pontos controvertidos, sem conhecer pormenorizadamente os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos? Esse, *data venia*, parece ser o maior empecilho para uma real implementação da audiência preliminar. Aconselha-se, mediante uma leitura atenta do processo, que o magistrado selecione aquelas causas que apontam para uma maior possibilidade de acordo e designe uma pauta preferencial ou no início do expediente ou num único dia da semana. Essa atitude, indiscutivelmente, reduzirá a vida útil do processo”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 171).

²¹²² Conforme Barbosa Moreira, “o método ‘concentrado’, para vingar, reclama um oxigênio espiritual. A falta de atmosfera favorável pode asfixiá-lo, por mais requintada que seja a respectiva disciplina nos textos legais”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 129, out. 1985.

francês – afiguram-se decisivos para o êxito do seu novo modelo de organização do processo²¹²³.

Nesse caminho, buscou-se deixar claro que o momento processual em questão não tem por objetivo, unicamente, o saneamento do processo. Fala-se, pois, do saneamento e também da *organização do processo*²¹²⁴, objetivo que já estava contemplado, ainda que de modo implícito, nos escopos da audiência preliminar do Código Buzaid²¹²⁵. Com efeito, sempre que, após o prazo para o réu oferecer sua defesa tiverem sido adotadas as providências preliminares e, ato contínuo, não seja o caso de extinção ou de resolução do mérito, passar-se-á à fase de saneamento e organização do processo, cuja finalidade principal é justamente preparar a causa para que ela se desenvolva de modo eficiente, num prazo razoável e sem surpresas – o que, sem dúvida, é um elemento decisivo para que o direito fundamental à razoável duração do processo e ao contraditório não sejam violados na futura sentença²¹²⁶.

²¹²³ Há muito Barbosa Moreira preconizava que “para o êxito da audiência [preliminar] importa muito que ela se realize em ambiente tranquilo e agradável, que permita aos interessados sentir-se à vontade e os predisponha à colaboração”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 129, out. 1985.

²¹²⁴ A seção IV do capítulo X do título I do livro I da parte especial do Código é designada “do saneamento e da organização do processo”. Como bem adverte Araken de Assis, “evitou o NCPC a designação dessa audiência pelo nome próprio: audiência preliminar. Concentrou-se, ao invés, no conteúdo – dever de cooperação (*retro*, 955) – e nos fins da audiência”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada), p. 389.

²¹²⁵ A doutrina que se debruçou sobre o tema da audiência preliminar a partir de 1994 já reconhecia isso, porém nunca se deu tal ênfase prática à referida audiência, bem como não havia previsão legislativa que expressasse tal sentido. A propósito, Luiz Rodrigues Wambier, ainda em 1995, escreveu que “na realidade, a nova audiência do art. 331 é uma oportunidade criada pelo legislador para que o juiz possa, antes da audiência de instrução e julgamento, se não houver conciliação, organizar o feito, de molde a evitar discussões desnecessárias, na fase de produção das provas orais, que freqüentemente implicam a protelação do julgamento do processo de conhecimento. Além disso, a audiência preliminar objetiva proporcionar um contacto mais direto do Juiz com as partes e seus procuradores, exatamente na delicada fase do saneamento, em que, com a verificação da ausência de vícios processuais relevantes, ou com sua correção, se definem os limites dentro dos quais deve permanecer a discussão no processo, mediante a fixação dos pontos sobre os quais incidirá a atividade probatória. Na sistemática revogada, o saneamento do processo era um ato solitário do Juiz, realizado independentemente de qualquer contacto com as partes e por escrito. Da mesma maneira, a tarefa de fixar os pontos controvertidos, que no sistema revogado estava entregue unicamente ao Juiz, que a realizava logo ao início da audiência de instrução e julgamento, a teor do que dispunha o antigo art. 451”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. A nova audiência preliminar (art-331 do cpc). *Revista de Processo*. n.80, outubro/dezembro de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31).

²¹²⁶ Em sentido semelhante, Fredie Didier refere que a decisão de saneamento “é uma das mais importantes decisões proferidas pelo órgão jurisdicional. A boa organização do processo interfere diretamente na duração razoável do processo e na proteção ao contraditório”. DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 691). Pode-se dizer que o sucesso da fase de saneamento e organização do processo repercute diretamente no possível equilíbrio entre os princípios da razoável duração do processo e do contraditório, nos

Três são as técnicas de organização do processo adotadas pelo Novo Código de Processo Civil. *Em todas elas a participação das partes é fator decisivo para a sua legitimação.* Uma boa organização da causa com a participação das partes não somente é decisiva para o bom andamento do processo, mas também é indispensável para que o caso concreto seja construído sem desprezo de todas as suas peculiaridades.

Na medida em que o fraco desempenho prático da audiência preliminar prevista no art. 331 do Código Buzaid tinha como um dos seus principais fatores a aposta na oralidade, modelo cuja preponderância se tornou impraticável em razão do exacerbado número de processos no Brasil²¹²⁷, o novo Código de Processo Civil

moldes em que foram preconizados pelo NCPC. Isso porque, se é verdade que a decretação da invalidade de uma sentença surpresa, apesar de prestigiar o respeito ao contraditório, constitui um fator nefasto à razoável duração do processo, também é verdade que uma boa e adequada organização da causa evitará futuras decisões surpresa e permitirá que o processo se desenvolva em prazo razoável, na medida em serão evitadas discussões desnecessárias sobre fatos e questões jurídicas incontroversas, bem como a fase instrutória ficará adstrita aos fatos controvertidos. A propósito, refere Araken de Assis: “a qualificação do material de fato alegado e debatido pelas partes integra o ofício do órgão judiciário. Exprime-se essa atividade, todavia mais complexa, porque a seleção e interpretação da norma porventura aplicável ao litígio envolve operações mentais delicadas e, em boa medida, inescrutáveis, no velho adágio *iura novit curia*. Eventualmente, no momento de proferir a sentença definitiva, após a formulação do juízo de fato, a motivação do pronunciamento surpreendia as partes, embora o deleite do vencedor, apresentando questão de direito inédita e, nessa perspectiva, decidindo o litígio. Aos formuladores do NCPC essa dimensão dos poderes do órgão judicial pareceu pouco harmonizável com a melhor interpretação do direito fundamental ao contraditório. Portanto, o art. 357, IV, impõe ao órgão judiciário, em contato direto com os procuradores das partes, na audiência preliminar, ou na decisão de saneamento e de organização do processo, explicitar claramente os rumos do seu pensamento, ha hipótese desta ou daquela questão de fato, anteriormente delimitada, confirmar-se à luz da produção da prova [...] Logo se percebe a antecipação do trabalho mental da pessoa investida na função judicante, em geral relegado à oportunidade da decisão da causa, para o momento da decisão de saneamento e de organização do processo. Eis o motivo por que na decisão do art. 357 localiza-se o núcleo do procedimento comum, exigindo profundas mudanças no método de trabalho do juiz, atualmente inclinado a ignoar até mesmo a fixação do tema da prova (*infra*, 1.819.3)”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada), p. 423.

²¹²⁷ É de se registrar que o saneamento oral esbarra em alguns obstáculos, como o congestionamento das pautas de audiência, a falta de conhecimento do debate escrito pelo juiz e pelos advogados e o tempo excessivo no deslocamento das partes e dos advogados à sede do juízo, o que levou Araken de Assis a compará-lo “ao piano de cauda que ornamenta a sala de estar e no qual um dos cônjuges, ou ambos, nos saraus domésticos executam sofríveis dotes musicais adquiridos na juventude: estimula o imaginário, mas ocupa muito espaço físico, surte efeitos modestos, e o uso acontece em ocasiões especiais”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada), p. 390-391). Com bastante otimismo, pode-se acreditar na superação dos referidos obstáculos, num futuro talvez não muito distante, em duas frentes: de um lado, a redução do movimento forense e, conseqüentemente, das pautas, hoje congestionadas e da falta de tempo dos juizes para se prepararem para as audiências, através dos mecanismos vinculantes tendentes a resolver o problema da litigiosidade em massa; de outro, a implementação cada vez mais veloz do processo eletrônico e, por sua vez, a possibilidade de serem realizadas audiências por meio eletrônico (art. 236, § 3.º, art. 334, § 7.º, NCPC), tende a reduzir as distâncias

passou a prever uma *decisão de saneamento e organização do processo*, a qual sem obnubilar a efetiva participação das partes, deverá constituir um espaço de construção do caso concreto e preparação da causa. Com efeito, na referida decisão, deverá o juiz (i) resolver as questões processuais pendentes, (ii) delimitar as questões sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, (iii) definir a distribuição do ônus da prova, (iv) delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito e (v) designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. Após a decisão, as partes têm o *direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes*, o qual deverá ser exercido no prazo de cinco dias. Embora nesse caso a participação das partes não se apresente de modo tão expressivo como na audiência – em que o diálogo e a colaboração são ampliados – ainda assim não se pode dizer que a organização e o saneamento do processo seja uma atividade isolada a ser praticada pelo juiz. Pelo contrário, a previsão de um *direito* à solicitação de ajustes e esclarecimentos na decisão, faz-se com que as partes tenham um verdadeiro *direito de contribuir na organização do processo e, conseqüentemente, na construção do caso concreto*, mormente no que tange à delimitação das questões sobre as quais recairá a atividade probatória e à delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

O direito de participação das partes na construção do caso concreto pode, por outro lado, ganhar uma amplitude muito maior se pensado à luz do princípio da autonomia privada, hipótese, para a qual, o novo Código de Processo Civil reserva outra técnica de organização do processo, que é a sua parcial realização por meio de um negócio jurídico processual. Nessa perspectiva, o §2º. do art. 357 do novo Código de Processo Civil permite que as partes apresentem ao juiz, para homologação, “delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”. Justamente por se encontrar vinculado à convenção de organização do processo é que cabe ao juiz homologá-la. Isso não significa que ele possa se sobrepor à autonomia privada das partes, impondo outras questões jurídicas ou fatos a servir de objeto da fase instrutória. Na verdade, a homologação torna-se necessária para que

geográficas, acabando, com isso, com o problema da perda de tempo decorrente do trâfego, notadamente nas grandes cidades, imputado às partes e advogados para comparecerem à audiência.

o juiz possa, de antemão, verificar que é possível julgar a causa dentro das limitações impostas pelas partes²¹²⁸.

Além dessas duas modalidades de organização do processo, o novo Código de Processo Civil admite uma terceira alternativa, na qual o juiz irá designar uma audiência para que o saneamento e a organização do processo sejam realizados em cooperação com as partes, hipótese que, de certo modo, se afeiçoa ao modelo da *Conférence du Président* do direito francês. Embora o art. 357, §3º., do Novo CPC estabeleça que referida audiência tem vez nas causas complexas, nada impede que ela venha a ser designada em outras circunstâncias²¹²⁹. Afinal, é sempre preferível que a organização da causa ocorra num espírito cooperativo, permitindo o diálogo entre as partes e o juiz de modo que a adequada construção do caso concreto possa contribuir para uma futura sentença sem vícios ou surpresas para as partes²¹³⁰.

Nas três possíveis modalidades de saneamento e organização do processo, ficam as partes e o juiz vinculados ao que restou decidindo, seja no tocante ao que estritamente pode ser designado de saneamento, seja no que diz respeito propriamente à organização do processo. Assim, a decisão de saneamento se torna estável após o prazo para o exercício do pedido de ajustes e esclarecimentos (art. 357, §1º., NCPC), e a convenção de organização do processo vincula as partes e o juiz (art. 357, §2º., NCPC). No caso de ser designada audiência de saneamento e organização do processo, os ajustes e esclarecimentos pertinentes serão realizados em audiência, de modo que também se tornará estável o que nela for decidido (art. 357, §3º., NCPC). O alto grau de estabilidade da fase de saneamento e organização do processo não somente enfatiza a adoção do método concentrado, mas também faz surgir algumas questões extremamente importantes.

²¹²⁸ Em sentido similar, DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 695

²¹²⁹ Nesse sentido, o enunciado 298 do FPPC estabelece que “a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

²¹³⁰ Não é por acaso que Araken de Assis prefere dar primazia à forma oral de saneamento e organização do processo (audiência preliminar), ao invés de desenvolver o tema pensando, primeiramente, na modalidade escrita. Segundo o autor, “no plano ideal, sem prejuízo da ojeriza da pessoa investida na função judicante ao contato com os advogados das partes, as atividades do art. 357, I a V, só realizar-se-ão de modo satisfatório na audiência preliminar. É o contato do juiz com os advogados, a troca de opiniões acerca do debate prévio, a única maneira de fixar o tema da prova e delimitar as questões de direito sem desvios e surpresas ulteriores”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada), p. 389.

A primeira delas está na possibilidade de enxergar a adequada organização do processo como uma técnica para evitar uma futura violação ao princípio do contraditório. Isso porque, uma vez encarado o contraditório como proibição de decisões surpresa, o modo mais eficaz de evitar a sua violação na futura sentença é delimitar, antes da fase instrutória, quais são os pontos controvertidos. Assim, tanto o juiz quanto as partes sabem quais serão as questões a serem decididas na sentença e quais os possíveis caminhos a serem seguidos na decisão da causa. Conseqüentemente, o esforço comum das partes e do juiz será, até a sentença, em prol do caso concreto, e não de um possível “caso secreto” a ser desvendado pelo juiz na sentença. Dito de outro modo, a introdução de questões novas na sentença – salvo aquelas decorrentes de fatos supervenientes e que, portanto, não poderiam ter sido decididas na fase de saneamento a organização do processo²¹³¹.

A segunda questão diz respeito à eficácia preclusiva do juízo de admissibilidade positivo e negativo do processo realizado na decisão de saneamento e organização do processo. Sob a ótica do Código Buzaid, que não fazia expressa menção à estabilidade da decisão de saneamento, parcela significativa da doutrina defendia que o juízo de admissibilidade positivo do processo, por versar sobre questões de ordem pública (condições da ação e pressupostos processuais) não seria objeto de preclusão para o juiz, o qual, poderia revê-la na sentença²¹³². Inclusive, defendia-se a inaplicabilidade da vetusta súmula 424 do STF, cujo verbete enuncia que “transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”. Porém, esse não parece ser o melhor entendimento à luz da sistemática do Novo

²¹³¹ Nesse sentido, o art. 493 do NCPC estabelece que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. Nesse caso, porém, o juiz ouvirá as partes sobre o fato novo antes de sobre ele decidir (art. 493, parágrafo único).

²¹³² LACERDA, Galeno Vellinho de. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 161. No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci fazia uma defesa veemente do entendimento de Galeno Larceda, afirmando que “a matéria relativa aos pressupostos processuais e às condições de admissibilidade da ação extravasa do poder de disposição das partes e subordina-se à ‘investigação de ofício pelo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder, correspectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu’ (CRUZ E TUCCI. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Revista dos tribunais*. v. 640. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 24). Em sentido contrário, pode-se mencionar os seguintes doutrinadores: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil*. O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento). 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 54-55. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5, p. 211.

Código de Processo Civil, o qual empresta grande relevância à estabilização das posições jurídicas processuais na medida em que pautado pelo princípio da boa-fé objetiva. O sucesso da fase preparatória do processo – concentrada no saneamento e organização do processo – está na sua aptidão para gerar previsibilidade às partes acerca dos caminhos a serem percorridos no processo. Na medida em que o direito brasileiro não trabalha com caminhos tão bem pré-definidos como ocorre na experiência do direito comparado – o que, como será visto adiante, é bastante positivo – ele necessariamente deve ser capaz de gerar confiança nas partes acerca dos rumos do processo. O princípio da boa-fé objetiva, uma das normas fundamentais do novo CPC, opera, aqui, como um forte balizador da atuação do juiz²¹³³.

Além dos cinco itens previstos no art. 357 do Novo CPC, que vão desde o saneamento do processo à delimitação do caso concreto, passando pela distribuição do ônus da prova e designação da audiência de instrução e julgamento, é neste momento que, caso determinada a produção de prova testemunhal, será fixado prazo de quinze dias para a apresentação do rol de testemunhas, isso se não for realizada audiência de saneamento e organização do processo, hipótese em que o rol deverá ser apresentado em audiência (art. 357, §§4º. e 5º., NCPC).

Também é este um momento propício para que seja estabelecido o calendário processual²¹³⁴, técnica de governança judicial adotada pelo novo Código de Processo Civil brasileiro com base na experiência positiva da sua utilização no

²¹³³ Segundo Didier “a função principal da decisão de saneamento e organização do processo é a estabilização desse mesmo processo. Ela serve exatamente para evitar futura marcha-a-ré processual. Negar eficácia preclusiva à decisão que reputa presentes pressupostos processuais de validade é interpretar o Código de modo disfuncional: dá-se ao texto normativo interpretação normativa interpretação posta à função que o instituto a ser aplicado busca alcançar”. DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 701). Contribui para o entendimento de que há preclusão em torno das questões decididas na decisão de saneamento, a previsão dos arts. 507, segundo o qual “é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão” e 505 do NCPC, que veda ao juiz decidir novamente questões já decididas relativas à mesma lide. Se a tônica do novo Código é prestigiar a análise do mérito (art. 4º., NCPC), não há nenhum sentido em conferir-se tratamento diferenciado para as questões processuais, ainda mais quando já superadas em momento anterior, obstaculizando-se, com isso, aquilo que realmente deveria ser almejado, ou seja, a apreciação do mérito. Em sentido contrário, exigindo, porém, que revisão da decisão de saneamento e organização esteja subordinada ao prévio debate das partes, a fim de evitar a surpresa do interessado, ver ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada), p. 414.

²¹³⁴ Embora seja também possível que a calendarização do processo se dê em outro momento do processo. Nesse sentido, o enunciado 299 do FPPC estabelece que “o juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão).

direito inglês e francês²¹³⁵. A exemplo do que ocorre no direito francês, o calendário processual brasileiro é um negócio jurídico processual plurilateral, que depende, para a sua celebração, da concordância das partes e do juiz. Nesse sentido, o art. 191 do Novo CPC estabelece que o calendário será fixado “de comum acordo” pelas partes e pelo juiz, ficando todos eles vinculados ao modo de gestão do tempo do processo estabelecido no calendário, somente podendo ser modificados os prazos nele fixados em casos excepcionais devidamente justificados (art. 191, §1º., NCPC). Uma vez fixado o calendário, é dispensada a intimação das partes acerca da prática de ato processual ou de audiência cuja data tiver sido designada no calendário (art. 191, §2º., NCPC), o que evita as chamadas etapas mortas do processo ou “buracos negros” (black holes), que consomem cerca de 70% do tempo do processo²¹³⁶.

Note-se que o calendário processual brasileiro, ao mesmo tempo em que se liga aos poderes de *gestão da causa* atribuídos ao juiz, também constitui um reforço à autonomia privada no processo, na medida em que as partes irão, juntamente com o juiz, determinar as datas e prazos para que o processo se desenvolva de modo eficiente. Verifica-se, no modelo brasileiro de calendarização, uma importância muito maior às partes que no direito italiano, no qual o calendário é determinado pelo juiz sem a participação delas²¹³⁷.

Embora o Código não tenha previsto nenhuma sanção ao juiz pelo descumprimento do calendário, tal deficiência na prestação da tutela jurisdicional poderá ensejar representação à corregedoria do tribunal ou ao CNJ contra o juiz por exceder os prazos previstos no calendário (art. 235, NCPC). Espera-se do juiz que ele seja fiel em cumprir o calendário, uma vez que se trata de uma técnica

²¹³⁵ No direito italiano, o calendário processual foi inserido em 2009 através da Lei 69 de junho de 2009, sendo previsto no art. 81-bis do *Código de Procedura italiano*. Sobre o tema, consultar FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 66, 2009 ; PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo. *Rivista di diritto processuale*. v. 64, n. 6. nov. /dez. 2009. Padova: CEDAM, 2009. No direito italiano, ao contrário do que ocorre no direito francês, o calendário processual não tem natureza contratual, consistindo na adoção de um “protocolo”, vale dizer, numa espécie de codificação de práticas autorregulamentadas e compartilhadas que visam a promover a eficiência na gestão do processo. Nesse sentido, ver CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla regolamentazione collettiva del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 64, n. 2, p. 553, giug. 2010.

²¹³⁶ A respeito, consultar CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010. p. 260-261.

²¹³⁷ BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo cpc brasileiro. In: *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Coordenadores: Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. 2014. p. 18-19. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em 14/06/2015.

processual nova no direito brasileiro, cuja confiança nela depositada pelos jurisdicionados e advogados dependerá muito do bom uso que dela seja feito pelo próprio Poder Judiciário.

O calendário processual do art. 191 não se confunde com o calendário para a realização da prova pericial previsto no art. 357, §8º., do NCPC. Referido calendário, por não contar com a efetiva participação das partes na fixação das suas datas não tem efeito vinculante. O ideal é que ele seja ajustado dentro do próprio calendário processual, com a concordância das partes, de modo a vinculá-las, dispensando-se, com isso, a intimação para o acompanhamento da perícia, do seu resultado, da apresentação de quesitos, de esclarecimentos e manifestação a respeito do laudo pericial. A prática judiciária brasileira vem se valendo, ainda que sem regulamentação legal, da calendarização da prova pericial, especialmente na Justiça do Trabalho, porém sem a participação efetiva das partes na fixação das suas datas, mas, ainda assim, vinculando-as e dispensando-se a intimação acerca dos atos pré-determinados.

Deve-se registrar que o direito brasileiro procurou conjugar a autonomia privada atribuída às partes para celebrar negócios jurídicos processuais acerca do procedimento, o perfil cooperativo de processo essencial para a construção compartilhada do caso concreto e para o sucesso da fase preparatória do processo, com um modelo de juiz ao qual foram conferidos diversos poderes de gestão da causa²¹³⁸. Isso fica bastante evidente não somente ao se verificar as atribuições previstas no saneamento e organização do processo e na sua respectiva calendarização, mas também da análise do art. 139, que impõe ao juiz o dever de dirigir o processo, incumbindo-lhe, ainda, (i) assegurar às partes igualdade de tratamento, (ii) velar pela duração razoável do processo, (iii) prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias, (iv) determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais

²¹³⁸ Nesse sentido, refere Leonardo Greco: “com a crise de autoridade que se verifica no Estado Moderno, não se pode mais recusar a gestão cooperativa ou compartilhada do processo, com fundamento nos deveres acima indicados (cooperação e boa-fé). A completa desvinculação do juiz das deliberações que as partes entre si ou em conjunto com ele próprio tenham adotado é uma visão anacrônica e autoritária do processo. A expansão dos espaços de autonomia das partes e de respeito às deliberações adotadas em conjunto com o juiz é uma expressão da tendência de flexibilização da marcha do processo, para melhor adequá-lo às necessidades de preparação de uma decisão justa, reflexo do dever de colaboração imposto a todos os sujeitos do processo e inscrito no artigo 6º do Código de 2015”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: 2015. v. 1, p. 82.

ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, (v) promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais, (vi) dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, (vii) exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais, (viii) determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso, (ix) determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais e, (x) quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º. da Lei da Ação Civil Pública e o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Feito esse breve panorama acerca da fase preparatória do novo processo civil brasileiro, torna-se possível compreender a sua real importância para uma proposta de construção compartilhada do caso concreto. A primeira premissa para tanto, se comparado o sistema brasileiro com os sistemas inglês e francês, é a de que modelo brasileiro não dispõe de percursos procedimentais previamente estabelecidos para que neles seja encaixada a causa. A previsão do art. 139, VI, do NCPC, apresenta-se, por sinal, muito mais ampla em relação à previsão genérica de um percurso a ser seguido de acordo com a complexidade e o valor da causa²¹³⁹. O modelo de flexibilidade procedimental do Novo Código é, sem dúvida, de grande latitude, na medida em que não é fundado em esquemas legalmente preestabelecidos.

Isso faz com que ele, para ter sucesso, dependa de um fator muito consistente de legitimação, no caso, participação das partes na escolha dos caminhos a serem seguidos após a fase preparatória do processo. Do contrário a flexibilidade procedimental pode redundar em arbítrio judicial. O diálogo entre o juiz e as partes em tal momento do processo afigura-se, pois, imprescindível, na medida em que, do contrário, estar-se-ia conferindo ao juiz um poder muito amplo para

²¹³⁹ Isso talvez seja uma decorrência do insucesso do procedimento sumário do Código Buzaid, que se apresentava com um procedimento mais simples e concentrado a ser utilizado de acordo com o valor da causa ou da natureza do direito material afirmado pelo autor.

flexibilizar o procedimento sem o devido controle como contrapartida. Ademais, na medida em que as partes podem flexibilizar o procedimento pela via dos negócios jurídicos processuais não seria crível admitir que, na flexibilização operada pelo juiz, a sua participação fosse simplesmente ignorada. Na verdade, a flexibilização procedimental por ato do juiz – sem a participação das partes – deve ser visualizada como uma exceção, tendo vez somente quando a própria lei instituir previamente alternativas a serem seguidas ou conferir ao órgão jurisdicional técnicas que possam servir para adaptar o procedimento às necessidades do caso concreto²¹⁴⁰.

Ao que tudo indica, o modelo brasileiro de flexibilidade procedimental parece ser o mais adequado para a sociedade atual, em que “os conflitos pululam em uma velocidade não acompanhada simultaneamente por alterações legislativas e implementação de ritos especiais”²¹⁴¹. Na cultura pós-moderna da sociedade contemporânea²¹⁴², o estabelecimento de regras procedimentais que visem tão-somente a uma adequação em abstrato do processo frente ao futuro caso concreto estará, na maioria das vezes, fadado ao insucesso²¹⁴³. A flexibilidade procedimental deve ser pensada como uma alternativa ao modelo abstrato de adequação procedimental, até porque, como bem destacou Paolo Biavati, “na realidade, o objetivo de um direito processual moderno é fazer com que o julgamento seja o mais apropriado para a lide concreta singular, a única real e a única em que estão em

²¹⁴⁰ Nesse sentido, Trícia Navarro Xavier Cabral refere que “a flexibilização por ato do juiz pode ocorrer em duas situações: a) quando a lei fixa previamente alternativas ao magistrado, ficando a critério deste escolher o procedimento a seguir, citando-se como exemplos a faculdade da audiência preliminar (art. 331, §3º, do CPC), o julgamento monocrático dos recursos (arts. 527, II, e art. 544, §1º e §1º-A, do CPC), e a conversão legal dos recursos (ars. 527, II, e art. 544, §3º, do CPC); e b) quando o juiz, em razão de seus próprios poderes diretivos e de gestão, tem a autonomia de adaptar o procedimento, mesmo na falta de previsão legislativa específica, como acontece no caso dos direitos difusos e coletivos, nos procedimentos diferenciados, na fungibilidade entre procedimentos liquidatórios, na fungibilidade entre as cautelares típicas e atípicas, etc.”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 219).

²¹⁴¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 85.

²¹⁴² Sobre o conceito de pós-modernidade com vistas ao direito processual civil, ver JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. rev. atual. de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 50.

²¹⁴³ Conforme Gajardoni, “o estabelecimento de regras procedimentais por lei genérica impede as adequações rituais conforme o direito material a ser objeto de tutela, o que ocasiona (como no nosso sistema) a proliferação de dezenas de procedimentos especiais, também incapazes de se adaptarem às circunstâncias do litígio em si”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 85).

jogo os direitos e bens das pessoas”²¹⁴⁴. Para tal finalidade, não é suficiente a previsão de um direito de acesso aos tribunais nem sequer a previsão de garantias do e no processo. É necessário que o processo “non sia indifferente alla natura dei bisogni dei quali viene chiesta soddisfazione e assicurare meccanismi in grado di odulare e adeguare la tutela in corrispondenza dei bisogni stessi, o quanto meno, forme di tutela non ancorate in schemi troppo rigidi”²¹⁴⁵.

Não é por outro motivo que, na doutrina nacional, já se vem falando, há algum tempo, de um “direito à construção da ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto”²¹⁴⁶, expressão que, de certo modo, materializa as ideias desenvolvidas no presente capítulo, que, partindo da experiência inglesa e francesa, denotam a insuficiência de pensar o processo tão-somente numa via de adequação à tipologia do direito material. É necessário, igualmente, adequá-lo às necessidades também do caso concreto, a fim de que a tutela jurisdicional seja não somente efetiva e adequada ao direito material, mas também eficiente, vale dizer, capaz de atingir os seus objetivos da melhor forma – respeitando, assim, os direitos fundamentais processuais que compõe o modelo constitucional de processo – e com o menor custo possível. Uma adequada gestão da causa pressupõe um processo que se desenvolva em um prazo razoável, que seja capaz de oferecer uma tutela adequada e efetiva ao direito material, sem, com isso, desprezar os direitos fundamentais processuais das partes, mas que também não seja revestido de atos inúteis e com custos além do necessário para tanto²¹⁴⁷.

²¹⁴⁴ BIAVATI, Paolo. Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana. Traduzido por Gabriela Kazuel Ferreira Eberhardt Francisco. In: *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Coordenadores: Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. 2014. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em 14 jun. 2015.

²¹⁴⁵ DALFINO, Domenico. Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 68, n. 3, p. 913, sett. 2014.

²¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 273-246. Note-se que, há muito, já se afirmava que “o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba o direito à técnica processual adequada, o direito a participar por meio do procedimento adequado e o direito à resposta do juiz”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 185. A ênfase, no entanto, deve ser dada também ao caso concreto, e não somente à tipologia do direito material afirmado em juízo.

²¹⁴⁷ Esse necessário equilíbrio entre efetividade e adequação da tutela jurisdicional e eficiência na gestão da causa foi bem notado por Leonardo Greco, nos seguintes termos: “já tive a oportunidade de sustentar que um procedimento legal, previsível e flexível constitui uma garantia fundamental do processo contemporâneo. O *case management system* propugna o planejamento do processo pelo juiz, com a colaboração das partes e dos advogados, definindo as suas etapas para predeterminar o seu fim, mas não exclui a legalidade do procedimento,

A elasticidade do processo, no caso concreto, pode, ademais, ser encarada em diferentes perspectivas. Ela pode dizer respeito ao “modelo procedimental”²¹⁴⁸, plano no qual se inserem os prazos²¹⁴⁹ e a ordem de produção das provas, os quais podem ser flexibilizados por expressa previsão legal de acordo com as circunstâncias da causa (art. 139, VI, NCPC). Igualmente, a elasticidade do processo relaciona-se com as técnicas processuais que permitem ao juiz adequar a atividade jurisdicional às necessidades específicas da causa, como, por exemplo, o tempo do processo frente ao direito material, a desigualdade entre os litigantes e as melhores condições para produzir a prova. Muito semelhante são as técnicas que

propondo apenas regras legais menos detalhadas, que abram espaço à flexibilização, a fim de que o juiz possa disciplinar a marcha do processo do modo mais adequado a atingir a meta da solução do litígio com justiça, eficiência e celeridade. O desvirtuamento do espírito do *case management system* se dissemina no Judiciário, criando a coqueluche da eficiência, que atrai o interesse dos especialistas em gestão pública e empresarial, e passa a influenciar a definição de supostos parâmetros de qualidade a serem uniformemente adotados, criados a partir da visão dos próprios juízes, sem a consulta e a colaboração dos jurisdicionados e dos advogados. Os certificados ISO 9.000 são ostentados em certos cartórios do Rio de Janeiro como atestados de qualidade da prestação jurisdicional, mas ninguém perguntou aos jurisdicionados o que eles acham da justiça que lhes é prestada. As supostas metas de qualidade são também impostas pelo Conselho Nacional de Justiça com resultados desastrosos, como o cerceamento do direito de defesa ou a interdição de produção de provas já deferidas. Esvaziam-se as prateleiras e são atingidas metas exclusivamente quantitativas, apontadas como sintomáticas da melhoria da qualidade da administração da Justiça. Já comentamos esse desvirtuamento em linhas acima”. GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In: *Processo Civil – estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-308).

²¹⁴⁸ Conforme Carlos Albero Alvaro de Oliveira, “o modelo procedimental decore de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade reguladora por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva da conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 112). Tem-se, nessa perspectiva, que o procedimento “não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-se imprescindível ao conceito a regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexa ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear essa mesma atividade (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 112). Nessa linha, afirma-se que o obscurecimento da importância do procedimento em razão do incremento da noção de relação jurídica processual fez com que fosse “rompido o vínculo entre direito e processo por desprezo à característica processual mais relacionada ao direito material”. MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87). No mesmo sentido, diferenciando a adequação do procedimento (perspectiva abstrata) da adaptabilidade (perspectiva concreta), ver DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdp.org.br/abdp/artigos/Fredie%20Didier_3_%20formatado.pdf>. Acesso em 18 set. 2015.

²¹⁴⁹ Sobre a concessão de poderes ao juiz para flexibilizar os prazos processuais como mecanismo para que “o sistema legal do processo funcione como um meio de assegurar a boa marcha do expediente judicial, e não um fator de entorpecimento de sua evolução para o objetivo maior de realização do direito material”, ver FABRÍCIO, Adroaldo Frutado. Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos – ação de prestação de contas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 421, jul. 2011.

permitem ao juiz fugir do esquema procedimental padrão para, por exemplo, abreviar o procedimento, julgando parcialmente o mérito ou julgamento liminarmente improcedente o pedido do autor. Em todas essas situações verifica-se um abrandamento da rigidez procedimental em favor de um modelo geral de adaptação²¹⁵⁰.

Para além das adaptações procedimentais referidas, é necessário indagar em que medida o modelo de flexibilidade procedimental pode servir como alternativa à construção prévia de procedimentos especiais. Isso porque muitos dos procedimentos especiais, longe de representarem apenas uma sumariedade formal, têm por nota característica a modulação do âmbito de cognição judicial para certos casos pré-estabelecidos por lei. Esse fator, inclusive, foi o que levou à utilização, no Brasil, do termo “tutela jurisdicional diferenciada” como sinônimo de procedimento em que há certa limitação na cognição²¹⁵¹. Por sinal, o termo “ordinariedade” difundido a partir da obra de Ovídio A. Baptista da Silva sempre esteve atrelado à noção de plenariedade, vale dizer, à cognição plena e exauriente²¹⁵², cujas marcas mantiveram-se presentes mesmo após a inserção de mecanismos de sumarização vertical no ordenamento brasileiro²¹⁵³.

Nessa linha, a fase de saneamento e organização do processo instituída pelo novo Código de Processo Civil constitui o momento adequado para que se possa preparar a causa e delimitar o objeto litigioso de forma compartilhada²¹⁵⁴. Tem-se,

²¹⁵⁰ Registre-se que, há muito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defendida “o estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 254.

²¹⁵¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 84.

²¹⁵² Não por acaso, Jânia Maria Lopes Saldanha utiliza a expressão “ordin(ple)nariedade”. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 190.

²¹⁵³ O exemplo mais notório disso é a concepção segundo a qual a decisão que concede a tutela antecipada não seria uma decisão acerca do mérito da causa, visível na locução “antecipação dos efeitos da tutela”, que pressupõe como sendo a “tutela” a declaração do direito com força de coisa julgada.

²¹⁵⁴ Em razão da grande importância da fase de saneamento e organização do processo, Araken de Assis considera que “o ponto alto do procedimento comum concentra-se na novel decisão ‘do saneamento e organização do processo’”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada), p. 388.

com isso, uma alternativa viável frente à instituição de procedimentos especiais, na medida em que também aqui será possível estabelecer um corte vertical no plano horizontal da cognição, inclusive com a exclusão de certas questões que, porventura, tornem a causa excessivamente complexa e de difícil resolução. Não se pode olvidar que as limitações à plenariedade da cognição, em regra, são instituídas – pelo menos do ponto de vista teórico – em razão da própria natureza do direito material, razão pela qual apenas se está sugerindo uma mudança de perspectiva: de uma limitação abstratamente estabelecida pelo legislador para uma limitação estabelecida em concreto, pelo juiz e pelas partes (ou somente pelas partes), de acordo com a tipologia do direito material e suas peculiaridades diante do caso concreto. Inclusive seria possível cogitar da criação de “processos sumários documentais” pela via dos negócios jurídicos processuais, assim como, previamente, as partes instituírem que, no caso de futuro litígio, certas exceções ficariam “reservadas”. Essa ampla flexibilidade permite não somente caminhar para um novo estágio no âmbito da (de)limitação dos poderes das partes e do juiz, mas também que se construa um modelo suficientemente capaz de superar o mito da ordinariedade e a perspectiva meramente abstrata da adequação procedimental estabelecida pelas tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Com efeito, tal forma de enxergar o problema dos limites da cognição no processo civil apresenta-se como uma contundente alternativa ao problema da (de)limitação dos poderes do juiz, mormente no que tange às questões apreciáveis de ofício. É que, conforme verificado no capítulo anterior, da incidibilidade entre fato e direito, decorre o problema do artificialismo da qualificação jurídica dos fatos, slogan que acaba servindo como subterfúgio para que certas questões entrem no processo sem a devida participação das partes, como é o caso das chamadas matérias de “ordem pública”. Uma adequada delimitação das questões pertinentes à causa durante a fase preparatória pode funcionar como uma barreira ao arbítrio, bem como evitar futuras violações ao contraditório e à boa-fé objetiva.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, da impossibilidade de fazer uma divisão rígida entre os poderes do juiz e os poderes das partes na dinâmica do processo, torna-se indispensável que, no seu curso, seja reservado um momento para desenhar os contornos do caso concreto, cujo esboço estava contemplado na

petição inicial. Essa “parada obrigatória” para as causas mais complexas²¹⁵⁵, realizada com total respeito à autonomia privada e ao direito de participação das partes no processo, constitui elemento decisivo para que o processo possa, a partir daí, seguir o seu rumo de modo mais adequado ao direito material afirmado e ao caso concreto, atendendo aos anseios de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e prestada em duração razoável.

²¹⁵⁵ Registre-se que, conforme Loïc Cadiet, “la diversité e la flexibilité représentent une bonne réponse à la complexité. Ma come si potrebbe allora mettere ancora in dubbio che si stia via via abbandonando una concezione *statica* del processo, fondata su una distinzione rigida delle attività giudiziali e di parte, determinata *ex lege*, in favore di una concezione *dinamica*, sorretta invece da una cooperazione costante fra il giudice e le parti che, ove occorra, consenta il ricorso al *contratto* come strumento di gestione del processo? Questa tendenza contemporanea non potrà che rafforzarsi in futuro e diventare un asse portante di ogni riforma del processo a venire, segnatamente in ragione di una ‘smaterializzazione’ delle procedure tale per cui l’istituzione giudiziaria e le professioni forensi si vanno accordando, anche attraverso protocolli comuni di informatizzazione, per connettere le rispettive reti”. CADIET, Loïc. *Complessità e riforme del processo civile francese*. DONDI, Angelo. *Elementi per una definizione di complessità processuale*. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 120-121).

6 CONCLUSÃO

A presente investigação partiu de uma pergunta acerca dos limites de atuação das partes e do juiz no processo. Mais precisamente, questionava-se quais as condições de possibilidade para (de)limitar a atuação do juiz no processo e qual o papel assumido pelas partes no processo civil contemporâneo. Normalmente, as investigações realizadas a respeito do problema da divisão de trabalho entre o juiz e as partes no processo civil, quando realizadas por uma vertente crítica, centram-se no papel do juiz e buscam limitá-lo numa tentativa de superar o chamado “protagonismo judicial”. Embora seja verdade que o modelo democrático e constitucional de processo exige um forte controle sobre a atuação do juiz, seja no sentido de pensar mecanismos de controle e da *accountability*, seja no sentido, até mesmo, de reduzi-la, evitando, assim, o arbítrio judicial, é necessário refletir se, no curso dessas mudanças, o papel atribuído às partes também não sofreu uma transformação.

Nessa senda, o problema da divisão de trabalho entre o juiz e as partes e, essencialmente, das condições de possibilidade para (de)limitar a atuação do juiz e do papel reservado às partes na construção do processo começou a ser delineado a partir das seguintes hipóteses: (i) o princípio dispositivo é insuficiente, do ponto de vista normativo, para lidar com o problema da divisão de trabalho entre o juiz e as partes; (ii) que, no paradigma do Estado Democrático de Direito o princípio da autonomia privada deve ser reconhecido como princípio normativamente suficiente de estruturar o poder de atuação das partes no processo e, igualmente, delimitar a atuação do juiz no processo; (iii) que, nesse novo paradigma, é conferido às partes um poder muito mais amplo que atravessa tanto as questões pertinentes ao plano do direito material quanto do direito processual, o que (iv) fica evidenciado pelo incremento dos negócios jurídicos processuais no Novo CPC, os quais permitem que as partes construam o procedimento mais adequado para suas necessidades concretas, (v) permitindo-se, ainda, superar o velho esquema de adequação do processo ao direito material, abstratamente pensado à luz dos procedimentos especiais, para falar-se de adequação em concreto sob a ótica de uma construção compartilhada do caso concreto.

Ao deparar-se com o momento derradeiro da investigação, é chegada a hora de verificar em que medida as hipóteses de trabalho se confirmaram. Cabe lembrar

que os objetivos específicos da tese residiam em (i) desconstruir o caráter principiológico do “princípio” dispositivo; (ii) verificar as possibilidades de conferir à autonomia privada força normativa para fundamentar um novo modelo de processo civil em que as partes deixam de exercer um papel secundário na sua estrutura procedimental; (iii) identificar, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, a posição ocupada pelas partes no processo civil contemporâneo; (iv) determinar, a partir dos chamados “negócios jurídicos processuais” a amplitude da autodeterminação das partes para a construção adequada do processo, bem como os seus limites e (v) a partir desse modo de pensar o papel das partes do processo verificar de que modo é possível superar a noção de rigidez procedimental substituindo-a por um modelo de flexibilidade procedimental legitimado pela atuação das partes e do juiz, numa espécie de “construção compartilhada do caso concreto”.

Para tanto, **o primeiro capítulo da tese** ocupou-se de assentar a matriz teórica que iria alicerçá-la. Para tanto, elegeu-se a matriz hermenêutica e, a partir daí, defendeu-se a sua primazia frente a teoria analítica, sem que isso viesse a significar um desprezo dessa última. O que se buscou evidenciar, no ponto, é os limites de uma abordagem puramente analítica do fenômeno jurídico. É que, ao focar o problema da linguagem somente no âmbito proposicional, vale dizer, das definições lógico-formais ou lógico-semânticas, deixa-se obnubilado aquele nível mais profundo de conhecimento – o *“logos hermenêutico”* – em que se encontra tematizada a questão da compreensão.

Deve-se considerar que o significado somente é sustentado porque as sentenças (no sentido de proposições discursivas) proferidas no nível lógico-semântico dependem de uma compreensão prévia que já está em todo e qualquer discurso. A hermenêutica filosófica procura justamente explicitar essa estrutura prévia de sentido garantidora da possibilidade de significado. Não fica, pois, limitada a uma atividade sintática, semântica ou simplesmente analítica. É justamente nisso que residem os limites da analiticidade e que fazem com que seja necessário explorar as questões que dizem respeito à interpretação e à teorização das normas jurídicas levando em consideração os dois “níveis da linguagem”. Somente assim será possível construir uma teoria do processo capaz de dar conta de toda a complexidade do fenômeno processual civil.

Na linha do que foi esboçado, cabe registrar que a distinção entre texto e norma, tão cara no âmbito da interpretação jurídica, afigura-se insuficiente se

visualizada numa perspectiva puramente analítica, a qual pressupõe uma verdadeira cisão entre interpretação e aplicação, consideradas como atividades que se exercitam sobre objetos diferentes. Essa cisão entre interpretação e aplicação – avessa, pois, à tese da *applicatio* gadameriana – permite, num segundo momento, descolar a justificação das decisões judiciais da sua fundamentação. É por isso que Guastini, ao tratar do “raciocínio jurídico”, se vale de elementos das teorias científicas – próprios das ciências da natureza – como a distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação, tornando praticamente sem importância aquele primeiro. Dessa forma, fundamentar a decisão, em termos processuais, equivaleria a uma justificativa tomada em momento posterior a partir de elementos jurídico-rationais. Dito de outro modo, a justificação estaria em um segundo nível em relação à decisão e aquilo que efetivamente fundamentou o decidido.

Cabe lembrar que o *como apofântico* trata daquilo que é expressável em locuções ou enunciados. No entanto, esse expressar sempre chega depois, ele é antecedido por uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí. Justamente partindo dessas bases, a filosofia hermenêutica oferece um novo olhar sobre a dicotomia *contexto da descoberta* e *contexto da justificação*, o que permite trabalhar com tais conceitos numa perspectiva muito distinta daquela empregada por autores ligados à teoria analítica. O *contexto da descoberta* não constitui em si uma operação lógica e as proposições aí produzidas sob o império de uma presunção de uma totalidade lógica que terá que revelar sua consciência no contexto de justificação. É que seguir certos caminhos, num contexto histórico e contingente, pode significar procedimento como método, mas não é justificação de método e através do método, das proposições (o seu conteúdo veritativo). O *contexto da justificação é uma parada metodológica*. É então que a antecipação de proposições é ou não confirmada em sua coerência interna. Esta é a situação hermenêutica produzida pelo caminho da analítica: nela o feixe de pressuposições – antecipações confirmadas – representa o momento de consciência do método, a consciência da boa circularidade.

Além da cisão entre interpretação/aplicação e fundamentação/justificação, a matriz analítica coloca o problema da interpretação do direito exclusivamente no plano apofântico, esquecendo que a atribuição de sentido ao texto não se dá a partir de um grau zero de sentido. Isso não significa dizer que o problema da interpretação jurídica resida em elementos psicológicos. O que se busca descortinar à luz da

matriz hermenêutica é justamente a existência de uma situação hermenêutica, na qual está inserido o intérprete, cuja tematização afigura-se relevante para que se possa falar em atribuição de sentido ao texto.

A interpretação jurídica não ocorre em abstrato. Toda interpretação pressupõe uma situação concreta, na qual está inserido o intérprete. Interpretar consiste em resolver uma tarefa prática, consistente na aplicação do significado do texto à situação presente do intérprete e ao caso decidendo. A questão hermenêutica orienta-se por um certo enfoque, o qual é dado pelo caso presente (seja ele um caso verdadeiro, seja um caso hipotético) e pelo texto (preceito jurídico ou disposição normativa) que reivindica a solução para o caso. Além disso, o intérprete encontra-se mergulhado no horizonte de sentido dado por uma compreensão prévia do assunto em questão que se funde com o horizonte questionador dos preceitos jurídicos e de caso. A tarefa hermenêutica é, sem dúvida, uma tarefa complexa, que não dispensa, em caso algum, a interpretação.

Como a interpretação configura sempre uma concretização – no sentido hermenêutico de referir-se a uma situação concreta na qual se mostra o sentido da coisa em questão – o sentido da norma variará diante da diversidade do problemático contexto situacional-pragmático do caso que interpretativo-normativamente o exige. Reconhece-se, portanto, que a interpretação analítico-linguística não pode resolver o problema da interpretação/aplicação do direito, uma vez que a realização do direito convoca não apenas um problema linguístico, mas um problema concreto.

Assim, no problema jurídico concreto estabelecer-se-á um diálogo problemático entre a normativa solução abstrata de um pressuposto problema jurídico tipificado (norma) e as exigências normativas específicas do caso decidendo compreendido autonomamente. E, nessa senda, embora seja possível uma prévia determinação do sentido normativo da norma em face do problema jurídico que lhe é pressuposto tal sentido tem apenas um valor hipotético e irá ser submetido como que uma experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto.

O diálogo problemático que se estabelece entre o direito e o problema se dá numa espécie de fusão de horizontes em que a pré-compreensão, numa perspectiva hermenêutica, é também interrogada constantemente.

A matriz hermenêutica aqui trabalhada permite que se possa avançar em relação às posturas estritamente analíticas a respeito da diferença entre texto e norma, que é, na verdade, uma diferença ontológica. Os textos jurídicos-normativos aparecem na norma, que, por sua vez, não subsiste sem o texto. Somente seria possível cindir texto e norma se o acesso ao texto fosse possível sem que existisse interpretação. É possível dizer, portanto, que a norma não é igual ao texto, como queriam os positivismo exegético e conceitual. Todavia, ela não é descolada do texto quando acontece a interpretação, muito menos é o sentido que o intérprete discricionariamente dá ao texto, como querem as posturas positivistas posteriores, que continuam apostando na discricionariedade.

Isso tudo tem muita importância quando se passa a estudo do processo, uma vez que este somente pode ser bem compreendido numa perspectiva dinâmica, na qual divisões estanques entre categorias jurídicas que somente em abstrato e analiticamente podem ser separadas perdem sua razão de ser. Impossível, nesse quando, a separação entre fato e direito ou entre direito material e processo.

Não que não seja possível construções teóricas acerca dos fatos, do direito, do processo e do direito material numa perspectiva abstrata. Porém, deve-se deixar claro que essas divisões estão mais bem afeiçoadas a pressupostos metodológicos distintos daqueles desenvolvidos no presente trabalho e, pode-se arriscar a dizer, insuficientes para lidar com a complexidade do Direito nos dias atuais. Nessa senda, o problema metodológico do direito reside na sua realização prática, e não propriamente da sua interpretação em sentido estrito, perspectiva na qual o direito (condensado que está na lei e nos textos normativos) é objeto à disposição do seu “aplicador”. É, pois, na concreta realização do direito que reside o seu problema metodológico fulcral.

Com efeito, o caso jurídico concreto que é um caso porque nele se põe um problema; é concreto porque o problema se põe numa certa situação e é jurídico porque desta situação concreta emerge um sentido jurídico. O caso concreto não oferece apenas fatos, pois assume desde já um sentido jurídico problemático que lhe é constitutivo, que lhe unifica e individualiza como um certo caso jurídico. Também a norma não é apenas um dado pressuposto que a ser convocado a resolver o caso. Ambos estão em permanente e dinâmica construção, o que impede que possam ser visualizados em termos meramente abstratos. A realização do

direito, desse modo, se opera num todo unitário, que trabalha com fontes, fatos, interpretação e aplicação. Somente num esforço de análise é possível apontar várias operações.

Numa perspectiva hermenêutica, própria das ciências do espírito, conforme aqui já esboçado, fica mais fácil enxergar a inexistência de separação entre fato e direito na dinâmica processual. Certo ainda que essa separação está atrelada à um esquema lógico subsuntivo de aplicação do direito, fundado, igualmente, na separação entre interpretação e aplicação. O reconhecimento do caráter unitário na realização do direito é elemento suficiente para afastar qualquer tentativa de separação entre fato e direito na concretude do caso

Os mesmos pressupostos para defender a impossibilidade de uma cisão entre fato e direito também servem para defender o manifesto artificialismo de um mundo jurídico separado do mundo dos fatos, propugnado do ponto de vista da teoria do direito. Não há um mundo jurídico separado do mundo dos fatos até porque o homem encontra-se no mundo como ser-no-mundo e não como que num outro plano (nem o dos fatos, nem o do direito) e de lá pudesse apreendê-los como se fossem realidades autônomas.

O que se pode considerar, de modo acertado, é que as categorias do direito material espelham uma realidade normativa estática, própria da função extrajudicial das normas jurídicas. Não se nega a existência de categorias jurídicas estáticas como a noção de direito subjetivo. Seria necessário talvez uma tese para de modo responsável atacar categorias tão solidamente desenvolvidas ao longo dos tempos e, desse modo, substituí-la com outras categorias capazes de explicar a vasta gama de temas jurídicos que, por exemplo, ainda estão alicerçados com base em conceitos como direito subjetivo e pretensão de direito material. No entanto, deve-se colocar em relevo é que essas categorias são categorias abstratas, que espelham o caráter estático do ordenamento jurídico. Isso não importa, portanto, uma identificação do ordenamento jurídico com a jurisdição, mas, sim, que o processo representa a faceta dinâmica do direito, em que os ideais de certeza e segurança próprios da sociedade moderna caem por terra. No processo, portanto, não existem as categorias próprias do direito material (ação de direito material, pretensão, direito subjetivo) senão como simples afirmações. O que há, no processo, são afirmações relativas ao plano do direito material. Há, portanto, uma instabilidade que é inerente ao processo. Isso tudo acabou servindo para que, num momento posterior da tese,

quando enfrentados temas caros à dogmática processual – como o conceito de causa de pedir, de fato, de qualificação jurídica dos fatos e de consequências jurídicas dos fatos – fossem colocados em xeque tais conceitos, bem como a impossibilidade de traçar uma divisão de trabalho entre o juiz e as partes de modo meramente abstrato.

Antes, porém, realizou-se um estudo do conceito de princípio tendo por norte a matriz hermenêutica desenvolvida no primeiro capítulo da tese. Procurou-se deixar claro que se estava a trabalhar o tema dos princípios a partir da *tese da descontinuidade*, no sentido de que os princípios constitucionais do segundo pós-guerra não podem ser enxergados como uma continuação dos velhos princípios gerais e epistemológicos, teorizados no bojo do positivismo e carentes de normatividade. Para tanto, realizou-se um estudo da doutrina contemporânea a respeito do tema, enfrentando as posturas analíticas que estudam os princípios a partir de um conceito semântico de norma. Procurou-se deixar claro que qualquer proposição normativa pode ser reconstruída linguisticamente no velho esquema suporte fático e preceito, de modo que não há como apreender a diferença entre regra e princípio simplesmente a partir da estrutura do texto da norma. Ademais, verificou-se que os princípios instituem o mundo prático no direito, fechando a interpretação, ao contrário das regras, que, por não tratarem de nenhum caso específico, estão aí para abri-la. Criticou-se a criação desenfreada de princípios (o chamado *pamprincipiologismo*) e enfatizou-se que os princípios guardam uma dimensão de transcendentalidade quando com eles se argumenta diante do caso concreto e permitem superar a estrutura ôntica das regras. Ademais, nos princípios apresenta-se a cooriginariedade entre direito e moral, estando neles demarcados os elementos que alicerçam a pré-compreensão autêntica acerca da Constituição e do Estado Democrático do Direito sempre que se está diante de um texto jurídico.

A partir daí, o **segundo capítulo da tese**, antes de enfrentar o chamado “princípio dispositivo”, cuidou de explicitar a situação hermenêutica na qual se fala do processo. Defendeu-se uma imbricação entre processo e teoria do Estado, no sentido de que quando se fala do processo civil já há uma pré-compreensão acerca do sentido do Estado em que se está falando. Trata-se de questão que está diretamente ligada ao problema da divisão de trabalho entre o juiz e as partes, pois cada modelo de Estado vai forjar um determinado modelo de processo, sendo imprescindível, a partir de um distanciamento temporal, verificar os prejuízos

inautênticos que povoam as concepções que hoje, no marco do Estado Democrático de Direito, muitos setores da doutrina defendem acerca do papel das partes e do juiz no processo civil.

Nesse ponto, foi possível verificar como as tendências hiperpublicistas se desenvolveram no seio da doutrina da Chiovenda e Bulow e, desse modo, influenciaram o desenvolvimento da teoria do processo no bojo do Estado Social. Essa concepção hiperpublicista do processo constitui um prejuízo inautêntico que impede que se veja claramente a importância das partes e o poder de autodeterminação destas na construção do procedimento. Daí a necessidade de reforçar o estudo do processo no marco do Estado Democrático de Direito, o qual rompe com a relação Estado-cliente própria do Estado Social e passa a almejar e a construir juridicamente os pressupostos para uma relação entre Estado e cidadão. É que o Estado social havia transformando-se em uma empresa acima das outras empresas, tornando-se um modelo obsoleto e inadequado diante da complexidade e fluidez da sociedade atual. Isso tudo vai redundar na possibilidade de uma rediscussão da relação entre o público e o privado, na medida em que diversos grupos da sociedade civil passam a representar o interesse público frente ao próprio Estado. A legitimidade do direito produzido no seio do Estado Democrático pressupõe, desse modo, a sua formação a partir de uma operação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos, o que reivindicará uma espécie de imbricação entre autonomia pública e autonomia privada. Isso quer dizer que os cidadãos somente podem ter sua autonomia pública garantida mediante direitos de participação democráticos na medida em que sua autonomia privada for assegurada. A autonomia privada serve para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que a adequada percepção da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada.

Isso significa que o Estado Democrático de Direito se contrapõe à relação pendular entre o privado e o público presente na contraposição entre Estado Liberal e Estado e Estado Social. Na verdade, busca-se um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública, o que já significa pensar o espaço público numa dimensão democrática. Sobreleva aqui uma co-originariedade entre o direito e o mecanismo para a geração do direito legítimo (princípio democrático), espelhada na noção de *autolegislação do cidadão*, a exigir que aqueles que estão submetidos ao direito como destinatários seus possam entender-se como autores do próprio direito.

Ademais, o Estado Democrático de Direito assenta-se numa série de direitos fundamentais reconhecidos na esfera constitucional, cujo conteúdo é constantemente atualizado numa perspectiva democrática, que prioriza a autodeterminação individual, de modo que tais direitos não se configurem como meras concessões ou imposições de um Estado que se coloca acima da sociedade. Ademais, embora certos direitos fundamentais, notadamente as liberdades, sejam importantes para a economia de mercado, sua proteção decorre da ideia de dignidade da pessoa humana, não estando, pois, funcionalizados pela econômica.

Partindo-se da doutrina de Isaiah Berlin e, mais precisamente, de Ronald Dworkin, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana – um dos pilares do Estado Democrático - requer independência em relação ao governo em questões de escolha ética. Tal requisito está na base de qualquer teoria plausível da liberdade negativa. Contudo, a dignidade não requer independência em relação ao governo em todas as questões. É que, ao lado dela, uma comunidade política deve tomar decisões coletivas sobre a justiça e a moral, bem como deve poder impor coercitivamente essas decisões. Nessa perspectiva entra em cena a liberdade positiva. Não há uma liberdade absoluta em questões de justiça e moral, porém a dignidade pessoal exige que se possa desempenhar um papel ativo nas decisões coletivas que exercem um controle coercitivo sobre a liberdade.

Nessa perspectiva, inclusive, mostra-se possível – sem que isso importe numa espécie de mixagem teórica – uma aproximação entre a concepção de liberdade e autonomia aqui perfilhada com a noção de *co-originalidade* entre autonomia privada e autonomia pública desenvolvida pela matriz habermasiana.

No Estado Democrático deve-se buscar um equilíbrio entre as noções de liberdade negativa e positiva, entre o domínio público e privado. Na verdade, sendo o processo civil um ramo do direito público, mas que serve estritamente à tutela dos direitos particulares, essa questão torna-se bastante complexa e interessante. Embora haja um núcleo mínimo de direitos de natureza processual que, em princípio, não podem ser violados, é necessário questionar se, fora desses limites, o autorregramento da vontade estaria excluído.

Consequentemente, uma concepção normativa de liberdade, ao mesmo tempo em que respeita a dignidade da pessoa humana e, consequentemente a liberdade individual – liberdade negativa – a partir de um núcleo de direitos que não podem ser solapadas pela vontade da maioria – manifestação de uma noção

simples da liberdade positiva – valoriza a tomada de decisões sobre questões de moralidade política a partir de um perfil mais democrático, que pode ser redefinido a partir das noções de liberdade dos antigos, concepção positiva de liberdade ou liberdade para os democratas.

O processo civil no Estado Democrático de Direito deve ser capaz de conciliar a liberdade negativa e a liberdade positiva, superando as ideias antagônicas de processo como “coisa das partes” ou como “coisa do juiz”, próprias, respectivamente, do Estado Liberal e do Estado Social. O processo deve ser visto como coisa das partes e do juiz, manifestando, portanto, a co-originaridade entre a autonomia privada e a autonomia pública, de modo que os interessados no provimento jurisdicional estatal possam, ao mesmo tempo, se reconhecer como partícipes tanto da formação dos provimentos jurisdicionais quanto dos próprios mecanismos aptos a formação do procedimento e da solução do caso concreto.

Conseqüentemente, o processo civil do Estado Democrático de Direito não abandona o ideal de um juiz ativo, próprio do Estado Social, mas busca redimensionar o seu papel, atribuindo-lhe deveres e, ao mesmo tempo, responsabilidades, sem que isso importe num amesquinamento do papel das partes, tal como, no Estado Social, em que os indivíduos se viam submetidos ao poder do Estado que estava acima deles. Cobra-se, desse modo, uma nova postura do judiciário, tendo em vista as profundas alterações do quadro sócio-político-econômico e a judicialização dos conflitos que daí decorrem, a partir da premissa segundo a qual um juiz passivo não se afeiçoa ao perfil do processo e da jurisdição no Estado Democrático de Direito, cuja função é a criação e concretização dos direitos no caso concreto e para além deste. Uma vez que superadas as posturas positivistas primitivas, o reconhecimento do caráter criativo da atividade jurisdicional não pode ficar circunscrito à solução dos casos concretos. O Judiciário também produz normatividade para além dos casos decididos, o que não somente exige a construção, cada vez mais, de procedimentos democráticos, mas, também, que a fundamentação das decisões jurisdicionais seja a mais exaustiva possível. Afinal, falar que o judiciário produz normatividade não significa admitir que possa vir a fazê-lo sem limites.

Nada disso, porém, quer significar que a atividade jurisdicional esteja isenta de um efetivo e adequado controle pelas partes e pela própria sociedade. O modelo de processo do Estado Democrático garante às partes uma série de direitos

fundamentais capazes de impor freios e, mais precisamente, mecanismos de controle, à atividade do juiz, legitimando, desse modo, o processo e a jurisdição. Nisso reside uma espécie de conciliação das características do privatismo e do publicismo processual, de modo que a autonomia das partes é resgatada – ao ponto de se erigir a autonomia privada à condição de verdadeiro princípio jurídico – sem que os poderes-deveres do juiz sejam reduzidos. A ideia de um modelo mais equilibrado no tocante à divisão de trabalho entre o juiz e as partes, inclusive, tem levado a se sustentar um modelo colaborativo de processo, pautado no ideal de uma “comunidade de trabalho entre o juiz e as partes, perspectiva que, a partir do art. 6º. do Novo Código de Processo Civil, vem ganhando cada vez mais repercussão.

Nesse pano de fundo – em que o conceito de liberdade, em sua dupla dimensão, apresenta-se como um dos pilares do Estado Democrático de Direito – torna-se possível perquirir em que medida o autorregramento da vontade passa a ser decisivo para influenciar a própria conformação do procedimento no âmbito processual civil. Coloca-se em xeque, com isso, a dicotomia entre privatismo e publicismo processual, objetivando-se um equilíbrio entre a ideia de processo como “coisa das partes” e processo como “coisa do juiz”.

Após tudo isso, passou-se a **desconstruir o caráter principiológico do “princípio” dispositivo**. Acerca do princípio dispositivo e da sua insubsistência para servir de elemento balizador da atuação do juiz e das partes no processo, podem ser destacados os seguintes pontos: (i) a terminologia princípio dispositivo é extremamente desgastada e imprecisa, notadamente no direito italiano e brasileiro, em que ora se fala somente em princípio dispositivo, ora se faz uma distinção entre princípio da demanda e princípio dispositivo, distinção esta que não é nada fiel à terminologia alemã, pois nela o correspondente ao princípio da demanda seria a *Dispositionsmaxime* e o correspondente ao princípio dispositivo seria a *Verhandlungsmaxime*; (ii) ainda que muitos autores distingam princípio da demanda e princípio dispositivo, não deixam muito claro em que medida os fatos fazem parte da demanda e, conseqüentemente, se as limitações decorrentes do princípio da demanda também limitariam o conhecimento oficioso do juiz quanto a fatos não alegados no processo; (iii) alguns autores consideram que o princípio da demanda tem assento na disponibilidade do próprio direito material ao passo que o princípio dispositivo não seria mais que um princípio da natureza técnica, que poderia ser

relativizado e afastado; (iv) outros autores buscam encontrar um sólido fundamento para o princípio dispositivo e o fazem encontrando nele um verdadeiro garantidor do princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional; (v) a possibilidade de o juiz dispor dos meios de prova decorre do caráter relativo do princípio dispositivo, bem como da publicização e da socialização do processo, sendo sustentada pelo entendimento de que o princípio dispositivo tem autonomia em relação ao princípio da demanda, o que, de certo modo, deixa sem fundamento o próprio princípio dispositivo; (vi) a cisão entre princípio dispositivo em sentido material e princípio dispositivo em sentido processual desenvolvido por Mauro Cappelletti tem o conveniente que decorre das imprecisões terminológicas do termo “princípio dispositivo”, mas, em contrapartida, é incapaz de construir fundamentos sólidos para explicar em que medida os poderes, obrigações, ônus e deveres das partes e do juiz encontram-se limitados a partir de um ou de outro princípio, sendo certo que há, no seu pensamento, uma forte tendência em relativizar a força do princípio dispositivo.

A partir de todos esses apontamentos é possível, ainda, levantar as seguintes questões: (i) em que medida é justificável que se continue falando em princípio dispositivo, uma vez que a noção de princípio que lastreou a sua formação teórica é simplesmente a de uma máxima explicativa do sistema processual? (ii) possível nominar o dispositivo de princípio sabendo que sequer há sólidos fundamentos construídos para justificá-lo à luz no contemporâneo Estado Democrático de Direito?

Tudo isso impõe reconhecer que o “princípio dispositivo” passa por uma verdadeira crise de identidade, o que faz com que seja imprestável para dar conta da sua missão de delimitar os poderes do juiz e das partes no processo civil. É preciso buscar novos pontos de vista, novos fundamentos para dar continuidade ao tema e resgatar a dignidade daqueles elementos teóricos construídos à luz do princípio dispositivo e remodelá-los diante das necessidades teóricas do novo processo civil brasileiro.

Traçando uma linha divisória entre princípio dispositivo em sentido material e princípio dispositivo em sentido processual, nos moldes propugnados por Mauro Cappelletti, é possível verificar que, usualmente, se atribui à disponibilidade da relação de direito material o fundamento da preponderância da vontade das partes nessa esfera, ao passo que o princípio dispositivo em sentido processual estaria ligado a questões de conveniência técnica, razão pela qual se admite que, no seu âmbito, o poder de disposição do juiz sobreponha-se aos poderes das partes. Há,

ainda, quem diga que as limitações dos poderes de ofício do juiz prendem-se à necessidade de respeitar o princípio da imparcialidade, residindo aí o mais sólido fundamento do princípio dispositivo (em sentido processual).

O Novo CPC consagra uma série de regras a partir das quais costuma-se desenhar os contornos do princípio dispositivo em sentido material: o art. 2º. do NCPC prescreve que “o processo começa por iniciativa da parte”; o art. 141 do NCPC limita os poderes do juiz ao impor-lhe decidir “o mérito nos limites propostos pelas partes”, ficando vedado, ainda, o conhecimento “de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”; o art. 490 do NPC preceitua que “o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes” sendo-lhe vedado, os termos do art. 492 do NCPC “proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Tratam-se, sem dúvida, de uma série de regras cujo escopo é (de) limitar os poderes do juiz e das partes quanto à iniciativa do processo e ao seu conteúdo.

A pergunta sobre o fundamento dessas regras não pode ser, simplesmente, respondida pela filiação do código ao princípio da demanda. Mesmo para aqueles autores que trabalham com uma concepção estritamente analítica de princípio torna-se muito difícil extrair dos artigos 2º., 141, 490 e 492 do NCPC um princípio, pois nenhum deles prescreve um estado ideal de coisas a ser atingido. Alguém poderia reivindicar ao princípio da imparcialidade o fundamento das referidas regras, pois uma vez que conferida ao juiz a iniciativa de começar o processo ou de alargar o mérito da causa sua imparcialidade restaria comprometida. E isso, por certo, é verdade. Porém também é verdade que as regras podem assentar-se em mais de um princípio, os quais “fecham” a sua interpretação ao mesmo tempo que conferem a elas seu sentido e sua espessura diante da diversidade de casos concretos. Até porque, se não fosse assim, qualquer vedação ao agir de ofício do juiz somente poderia fundamentar-se a partir da ideia de imparcialidade, o que, com certeza, não pode ser tomado por premissa, afinal, para ficar apenas com um exemplo, seria a imparcialidade o fundamento que impede o juiz de conhecer da incompetência relativa?

Por outro lado, o princípio dispositivo em sentido processual atrela-se às escolhas feitas no próprio sistema processual. Sua maior ou menor amplitude, portanto, não é autônoma, mas, sim, dependente de opções legislativa. Sucede que

o legislador não se encontra livre para construir o sistema processual. Muito pelo contrário, a sua vinculação à Constituição – cujo caráter dirigente é indubitável – lhe impõe construir um modelo de processo capaz de concretizar os princípios constitucionais que pautam a noção de processo democrático de acordo com determinado contexto histórico e social. São, pois, esses princípios que irão, no âmbito da “técnica do processo”, pautar os poderes das partes e do juiz.

Tudo isso deixa muito claro o quanto é anímico, do ponto de vista significativo, o princípio dispositivo (em sentido processual e também em sentido material). Que a imparcialidade possa servir de fundamento para limitar os poderes de ofício do juiz ninguém duvida, mas, se as coisas são assim, qual a utilidade de falar em um princípio dispositivo se, na verdade, o seu grau de normatividade (de determinar condutas) reside em outro princípio? Esse estado de coisas, diga-se de passagem, nebuloso no tocante à normatividade do chamado princípio dispositivo, impõe que se busque um outro fundamento para justificar a limitação dos poderes das partes e do juiz no processo.

Após reivindicar uma superação do princípio dispositivo, colocando em xeque sua força normativa, passou-se, então, ao objetivo de **verificar as possibilidades de conferir à autonomia privada força normativa para fundamentar um novo modelo de processo civil em que as partes deixam de exercer um papel secundário na sua estrutura procedimental**. Para tanto, num primeiro momento, realizou-se um estudo sobre a autonomia privada desde uma perspectiva histórica para, depois, refletir a seu respeito no bojo do processo civil.

Verificou-se que a autonomia privada decorre do direito à dignidade da pessoa humana e do princípio democrático, os quais dão sustentação à noção negativa e positiva de liberdade, que, por sua vez, nitidamente, dialogam com a perspectiva habermasiana de uma cooriginariedade entre autonomia privada e autonomia pública, entendidas como níveis diferentes de concretização da autonomia. Resta fácil, nessa senda, encontrar um sólido fundamento constitucional para o princípio da autonomia privada, o qual irá assumir maior intensidade e rigidez conforme seja focado numa perspectiva puramente existencial ou meramente econômica.

Que a autonomia privada consista em uma espécie de margem de liberdade dentro de certos limites não parece haver grande dissenso doutrinário. A questão é saber se, a partir dessa liberdade conferida pela ordem jurídica, a autonomia privada

constitui um poder de criar normas jurídicas. Uma vez confirmada essa assertiva, torna-se possível trazer a questão da autonomia privada para um outro nível de discussão, indo além da perspectiva meramente econômica e contratual. Com efeito, a autonomia privada não deve ser vista apenas como uma mera faculdade ou margem de liberdade, mas, sim, como um poder de dar-se um ordenamento. Isso significa que, a partir da atividade negocial, os sujeitos criam normas jurídicas que passam a fazer parte do ordenamento jurídico em sentido amplo.

A partir daí a autonomia privada passa a ser encarada como um exercício de poder, assim como o negócio jurídico, o qual constitui manifestação da própria autonomia privada. Isso, no entanto, não faz com que o poder jurídico que materializa a autonomia privada confunda-se com o direito subjetivo. Enquanto o direito subjetivo é o resultado de normas existentes, seu exercício não pode conduzir a nenhuma modificação do ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de um atuar lícito (conforme o direito e por ele protegido). Somente ao exercer um poder, estabelecendo ou modificando normas jurídicas é que se altera o ordenamento jurídico.

A autonomia privada, portanto, é, em sentido largo, decorrência do princípio da liberdade e da própria dignidade da pessoa, entendida como corolário da autodeterminação do indivíduo. Nessa perspectiva, gozar de liberdade é atuar livremente tanto na sua própria esfera de interesses, quanto na esfera pública, participando desta para construir os próprios limites dessa mesma autonomia. A concepção da autonomia como manifestação de um poder de criar normas tem respaldo, desse modo, na própria ideia de democrática, que, nos atuais contornos do Estado Democrático de Direito, não se limita à veste restrita da democracia representativa, dando especial relevo para a participação (direta e indireta) dos indivíduos na criação e desenvolvimento da ordem jurídica.

Tem-se, com isso, um profícuo manancial teórico para desenvolver, no âmbito do direito processual civil, a noção de autonomia privada. Com efeito, ainda que se utilize a expressão princípio da demanda ou princípio dispositivo em sentido material, estas somente podem ser bem compreendidas se visualizadas a partir do princípio da autonomia privada, e não como consequência das faculdades que o ordenamento jurídico atribui ao titular de um direito subjetivo.

Até porque, se a iniciativa de ir à juízo e o poder de delimitação do objeto do processo fossem consequências do direito subjetivo cairia-se na mesma aporia que

dominou o pensamento das doutrinas concretistas da ação, incapazes de explicar o fenômeno da sentença improcedente, na medida em que, por diferentes modos, concebiam a ação como decorrência da violação do direito material. No máximo, seria possível considerar que esse âmbito de liberdade atribuído ao autor prende-se à titularidade do direito subjetivo à tutela jurisdicional, mas nunca à própria relação de direito material.

Encaradas as coisas desse modo, torna-se possível conjugar o princípio da autonomia privada com outros princípios que pautam o processo civil no Estado Democrático de Direito, a fim de melhor delimitar o âmbito de liberdade e de autonomia conferido às partes e ao juiz no tocante ao desenvolvimento do processo. Não há dúvida que a autonomia e a liberdade das partes possam sofrer limitações, porém estas devem estar devidamente justificadas em princípios da mesma envergadura constitucional, e não simplesmente na lei. Assim, do mesmo modo que outros princípios podem contribuir para a limitação dos poderes do juiz, como é o caso dos princípios da imparcialidade e do contraditório, também é possível que a liberdade e autonomia das partes encontrem-se limitadas por outros princípios processuais, como é o caso do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e o princípio da igualdade.

Nessa perspectiva, a dicotomia princípio dispositivo em sentido material e princípio dispositivo em sentido processual, que visa a delimitar o âmbito de atuação das partes e do juiz, partindo de dois campos de atuação, em que prepondera o interesse das partes no primeiro e o interesse do Estado-juiz no segundo, perde sua razão de ser. O princípio da autonomia privada assume uma importância tão expressiva que atravessa os dois planos (do direito material e do processo). Não se trata, pois, de prestigiar a vontade somente como reflexo do direito subjetivo, mas, principalmente, de elevá-la à condição de fundamento, também, do poder conferido às partes para contribuir para a formação do provimento jurisdicional e para estruturar o próprio procedimento.

O processo é o meio através do qual é exercida a atividade jurisdicional. Como todo poder emana do povo (art. 1º., parágrafo único, CF), o exercício direto desse poder se dá, no processo, a partir da construção de um procedimento afinado à principiologia constitucional. Os princípios constitucionais são, desse modo, ponto de partida e chegada, na medida em que alicerçam a noção de processo jurisdicional democrático ao mesmo tempo em que conferem às partes a

possibilidade de fazer com que o poder jurisdicional seja exercido de modo legítimo, participando da atividade da formação dos provimentos jurisdicionais. Essa participação, que no processo encontra-se materializada no princípio do contraditório e na sua repercussão frente ao princípio da fundamentação, nada mais é do que um corolário da liberdade positiva e, conseqüentemente, da autonomia privada.

Indo além dessa perspectiva, a ideia de um processo democrático exige superar a velha noção muito bem desenvolvida por Carnacini de que as partes se servem do processo para a tutela dos seus interesses e o processo se serve das partes, as quais devem se modelar às características do instrumento. Não que às partes tenham o absoluto domínio do processo e que o respeito à autonomia privada imponha um modelo de juiz passivo. Obviamente, não se busca aqui defender uma retomada concepção clássica (liberal) do princípio dispositivo, em que as partes tinham a total disposição da relação jurídica material e do processo. No entanto, estando o Estado Democrático de Direito pautado por uma tentativa de conciliação dos dois conceitos de liberdade (negativa e positiva), deve-se reconhecer às partes, no seu âmbito de liberdade e autonomia, o poder de construir o procedimento – dentro de certos limites – de acordo o melhor modo de gerir seus interesses.

Torna-se desnecessário, igualmente, falar em um princípio dispositivo em sentido processual na medida em que, no tocante à técnica processual e ao desenvolvimento do processo não há, propriamente, uma relação de antagonismo entre as partes e o juiz. As partes se servem do processo para buscar alcançar seus interesses, mas, ao mesmo tempo, o manejo do processo impõe uma autorresponsabilidade, materializada numa pauta mínima de condutas a serem exigidas das partes, fundada na ideia de boa-fé objetiva (art. 5º., NCPC). Igualmente, a atividade jurisdicional exercida pelo juiz como personificação do Estado, constitui um poder que, numa perspectiva democrática, emana do povo, razão pela qual ele não se apresenta como desinteressado ou como total antagonista diante das partes. Há um objetivo comum a ser alcançado pelas partes e pelo juiz, no sentido de fazer com que o processo seja suficientemente capaz de oferecer a melhor solução possível para o caso concreto. É isso, por sinal, que significa a previsão do art. 6º. do NCPC, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Sendo assim, a ideia de um princípio dispositivo em sentido processual cai por terra, na medida em que os limites da atuação de ofício do juiz no processo civil também serão pautados pela autonomia privada – que, por exemplo, tem o condão de limitar os fatos principais que irão formar o *thema probandum* – sem exclusão de outros princípios que poderão limitar ou até mesmo reforçar o papel do juiz, uma vez que reforçado o conteúdo principiológico do processo e, igualmente, a atividade do juiz, que, sem transformar-se em dono do processo não pode ser indiferente às necessidades do caso concreto.

Os princípios jurídicos são dotados de um caráter de fundamentalidade e de justificação que não existe nas regras. Daí a impossibilidade de extrair das regras princípios, entendidos como máximas ou generalizações, pois se estaria trabalhando com um conceito de princípio carente de normatividade. Fica fácil verificar que o princípio da autonomia privada fundamenta e se encontra albergado nas regras dos artigos 2º., 141, 490 e 492 do Novo CPC, que impõe limites à atuação de ofício do juiz no processo. Não se trata, aqui, de um mero jogo de palavras, em que princípio da demanda é trocado por autonomia privada, mas, sim, de conferir à autonomia privada uma dignidade constitucional e, igualmente, um status de fundamentalidade capaz de servir de sustentação para os contornos do novo processo civil brasileiro.

É claro que a autonomia privada também sofre limites, mormente quando se ingressa no campo processual. Mas o fato de ser o processo ter caráter público não significa que ele seja capaz de consumir a liberdade e a autonomia das partes. No direito civil – que sempre foi o solo fértil do direito denominado privado – também a vontade das partes foi sendo gradualmente reduzida, sem que, com isso, ele se tornasse “direito público”. Uma vez que o público e o privado e que a liberdade negativa e a liberdade positiva passam a assumir um caráter de co-originariedade torna-se imprescindível enxergar, no processo, também um espaço de concretização do princípio da autonomia privada a partir da tríade autonomia, liberdade e democracia.

O art. 190 do NCPC, ao atribuir às partes o poder de “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” é, talvez, o maior símbolo de que a autonomia privada ingressou definitivamente no rol dos princípios fundantes do novo processo civil brasileiro. Tem-se, já aqui, um forte indício de que **que as partes deixam de exercer um**

papel secundário na sua estrutura procedimental, o que denota uma nítida superação do modelo hiperpublicista de processo.

Essa conquista de dignidade normativa à autonomia privada no processo não significa privatizá-lo. Trata-se, unicamente, de reconquistar territórios que, diante do exagero da publicização (estatalização) do processo tenham sido perdidos, retirando-se do Estado essa condição de protagonismo na estruturação do processo, de modo a substituí-la, na linha habermasiana, por procedimentos e mecanismos que permitam aos indivíduos regular, em primeira pessoa, seus interesses.

A partir daí procurou-se realizar uma primeira tentativa de limitação da atuação do juiz e das partes do processo civil, partindo, num primeiro momento, de testar as conclusões até então desenvolvidas diante de elementos que são caros à dogmática jurídica processual. No ponto, desenvolveu-se um profundo estudo acerca do conceito de mérito, instância na qual se verificou que toda a celeuma envolvendo a definição da causa de pedir no processo reside na separação entre fato e direito. A dificuldade de se falar em fatos brutos – desprovidos de qualificação jurídica – bem como de um direito que existe sem fatos foi levando as duas grandes teorias a se bifurcarem, o que, longe de solucionar o problema somente veio a deixar ainda mais intrincada a questão relativa ao conceito de causa de pedir.

Nenhuma das grandes teorias que procuram explicar os limites do objeto do processo abrem mão dos fatos e deixam de considerá-los importantes. Tão evidente é a problemática envolvendo os fatos na caracterização do objeto do processo, que diversas controvérsias surgiram em torno de termos como “estado de fato” e “episódio da vida”. Gradualmente, dada a indissociabilidade entre fato e direito, a própria teoria da substanciação sem abandonar o seu cerne, que reside justamente na alegação dos fatos, incorporou o elemento direito na sua configuração.

A tendência de desdobrar a causa de pedir em dois elementos (fatos e fundamentos jurídicos) é caudatária do dualismo que se propôs combater ao longo da presente pesquisa. No processo, o fato é matéria do direito ao mesmo tempo em que o direito é pensado como forma destinada ao fato. Os fatos, portanto, estão intimamente atrelados às consequências jurídicas pretendidas pelas partes no processo, o que permite chegar à conclusão de que, se por um lado a causa de pedir não pode ser desdobrada em causa remota e causa próxima, também o pedido não pode ser dissociado da causa de pedir. Somente é possível atribuir

relevância jurídica aos fatos e visualizar fato e direito como um todo incidível se a causa de pedir for pensada numa relação inexorável com o pedido.

Desse modo, ao tentar desvendar os limites da atuação do juiz e das partes no tocante à causa de pedir, surgem diversos pontos nebulosos, os quais, de certo modo, encontram-se atrelados à problemática envolvendo a cisão fato e direito. A limitação do juiz quanto aos fatos (jurídicos) desenvolvida de forma bastante contundente pela doutrina esbarra no problema da cisão fato e direito. Conseqüentemente, a expressão fato constitutivo é uma expressão impregnada de valor jurídico. O adjetivo atribuído ao termo fato indica no horizonte hermenêutico do processo o fato é constituído de um contexto de proposições, ora designadas como prova, ora designadas como qualificação jurídica.

Isso nada mais é do que o reconhecimento da incidibilidade entre fato e direito, o que torna muito mais complexa a tarefa de delimitar a atuação do juiz quanto à alegação dos fatos. É que o fato assume sua espessura jurídica na medida em que, ao integrar a causa de pedir, volta-se à obtenção das conseqüências jurídicas pretendidas pela parte que o alega. Ocorre que, superada a visão estática do processo, numa perspectiva dinâmica tornam-se muito mais flexíveis e maleáveis os meandros de juridicidade do fato posto em causa.

Uma vez estabelecido que o conceito de fato jurídico pode gerar uma série de complicações práticas, na medida em que não se trata de uma categoria estanque quando posta na dinâmica processual, cumpre registrar que a doutrina processual não costuma vacilar no sentido de vincular o juiz – em sentido positivo e negativo – às alegações de fato formuladas pela parte.

Por outro caminho – que, de certo modo, não exclui as conclusões dos autores antes referidos – sustenta-se, aqui, que a demanda é apenas o ato formal de iniciativa do processo e que, portanto, a alegação dos fatos é um ato de vontade que compõe o conteúdo da pretensão processual. Essa ótica permite que se coloque a autonomia privada (em sentido lato) como fundamento da limitação da atuação do juiz quanto aos fatos jurídicos alegados pelas partes. Nesses termos, a vontade individual constitui um *limite* aos poderes do juiz, de um duplice ponto de vista o *início* e o *desenvolvimento* do processo civil (*princípio dispositivo*) enquanto não possam os órgãos jurisdicionais desenvolver a sua atividade senão em seqüência a uma manifestação de vontade com a qual se pede a intervenção do

Estado, e enquanto possam desenvolver a sua atividade *somente sobre matéria de cognição* que as partes quiseram apresentar.

A autonomia privada constitui o fundamento da limitação do juiz quanto aos fatos jurídicos alegados pelo autor. Os fatos, nessa dimensão, adquirem especial relevância na composição da pretensão processo e, portanto, do objeto do processo. Como a pretensão processual é uma declaração de vontade formulada pelo autor ela vincula positiva e negativamente o juiz, também, quanto à causa de pedir e, conseqüentemente, os fatos essenciais que servem de base para as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor. A questão, no entanto, torna-se mais complexa quando se cuida de estabelecer como e quando o fato ganha sua espessura jurídica. Tudo isso indica que o problema da limitação do juiz diante da qualificação jurídica dos fatos é ainda mais complexo e de difícil solução na dinamicidade do processo.

No entanto, talvez o ponto em que fique mais evidente a problemática da conceituação da causa de pedir como *fatos e fundamentos jurídicos*, seja a da qualificação jurídica dos fatos. Que ao autor caiba o papel exclusivo de aportar os fatos jurídicos essenciais ao processo parece, portanto, não haver dúvida. No entanto, a mesma doutrina que entende serem os fatos elementos que recaem no âmbito de disposição das partes, considera que o direito entraria no âmbito de disposição do órgão jurisdicional.

Isso se deve ao fato de a divisão dos poderes entre as partes e o juiz ser, classicamente, efetuada a partir de uma nítida contraposição entre fato e direito, de modo que o fato dependia das partes e o direito era apanágio do juiz. Indo mais a fundo no tema a doutrina passou a distinguir a *qualificação jurídica dos fatos* (fundamento legal) as *razões jurídicas* (fundamento jurídico). Com efeito, afirma-se que o juiz gozaria de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, para aplicar o direito sob o enquadramento jurídico que entender pertinente. Desse modo, a mudança no enquadramento jurídico dos fatos em duas ou mais regras jurídicas não importaria cumulação de demandas e, do mesmo modo, o juiz estaria livre para aplicar, ao caso, norma jurídica diversa daquelas deduzidas pelas partes.

É impossível visualizar os fatos jurídicos (fato e direito) no âmbito da causa de pedir separando-a do pedido. É do complexo causa de pedir e pedido que será possível conferir aos fatos o seu adequado sentido jurídico. Ademais, a questão envolvendo a qualificação jurídica dos fatos continua sendo um problema insolúvel

na medida em que pressupõe uma rígida separação entre fato e direito, assim como uma perspectiva meramente estática do fenômeno jurídico. No final das contas, é possível traçar travejamento dos limites de atuação do juiz e das partes no processo, que parte do monopólio do autor quanto à pretensão processual e, conseqüentemente, quanto à alegação dos fatos e ao pedido. Na dinâmica do processo, porém, essa linha divisória vai se apagando e tornando-se nebulosa tendo em vista a interação constante entre fato e direito, bem como a ativa participação de todos os agentes do processo na formação do *thema decidendum*.

Não há dúvida que a dedução de um contradireito pela via da exceção substancial alarga o objeto de cognição do juiz no processo. A grande questão é saber se a amplitude da cognição significa a ampliação do mérito da causa. Entendido o mérito, estritamente na visão do autor, como sendo a pretensão processual, dúvida não haveria no sentido de que o réu somente poderia ampliar o mérito deduzindo também ele uma pretensão. Porém, quando o réu deduz um contradireito ele também alega fatos jurídicos e deles pretende extrair conseqüências jurídicas. E, mesmo sem fazê-lo de forma explícita, o réu não deixa de pedir a declaração da existência do contradireito alegado. Sob esses aspectos a estrutura da exceção substancial (contradireito) não diferente em nada da estrutura da pretensão processual. Fossem as coisas diferentes, a vontade do réu não teria o condão, como efetivamente tem, de vincular duplamente o juiz (positiva e negativamente) a respeito da alegação dos fatos que estão na base do contradireito.

Na presente investigação, portanto, propõe-se, como alternativa para o trato da matéria, diferenciar três conceitos: *objeto do processo*, *objeto litigioso* e *objeto do debate*. Parte-se, para tanto, da seguinte premissa: a pretensão processual, sem dúvida, constitui o *objeto do processo*, na medida em que as atividades das partes e do juiz, desde o início do processo, tem nela sua razão de ser. É ela que dá vida ao processo e faz com que ele seja impulsionado à prestação da tutela jurisdicional. Tanto isso é verdade que o fato de o réu ter deduzido uma exceção substancial não impedirá que o processo seja extinto sem resolução do mérito quando, por exemplo, estiver ausente algum pressuposto processual como a incapacidade processual ou a irregularidade de representação da parte autora (art.76, §1º., I, NCPC). Caso o mesmo pressuposto processual faltasse ao réu, a conseqüência seria a decretação da revelia (art. 76, §1º., II, NCPC), na medida em que o processo não teria perdido o seu objeto. O *objeto litigioso*, porém, tem conotação mais ampla, na medida em que

ele não somente é composto pela pretensão processual deduzida pelo autor, como também por eventuais contradireitos deduzidos pelo réu. Isso, sem dúvida, impõe um conceito mais amplo de *meritum causae*, pois este passa a ser identificado pelo objeto litigioso, e não pelo objeto do processo. Agora, o fato de se distinguir objeto do processo e objeto litigioso não significa que este último não vincule o juiz nos mesmos termos que este se encontra vinculado pela pretensão processual. Também para composição das defesas de mérito vale-se do conceito de alegação de fato como ato imperativo de comunicação de um significado normativo que resulta positivamente regulado pelo ordenamento jurídico. Por fim, o *objeto do debate* é mais amplo que o *objeto do processo* e que o *objeto litigioso*, na medida em que abarca os fatos secundários e as questões estranhas ao mérito da causa.

O entendimento aqui adotado acerca das exceções substanciais parece ser bem agasalhado pela ideia de uma formação progressiva do objeto litigioso, a qual, ao mesmo tempo em que procura lidar com a incompatibilidade da separação fato e direito com o caráter dinâmico do processo e unitário do juízo decisório, reforça os vínculos dialógicos do modelo democrático de processo.

A complexidade do material fático-jurídico que perpassa a formação do objeto litigioso no *iter* procedimental impõe que fale não mais de uma formação estática do objeto litigioso, mas, sim, admitir que ele se forma de maneira dinâmica e progressiva. Permite-se, com isso, abandonar o esquema distributivo do papel das partes e do juiz segundo o qual àqueles cabem os fatos e a este o direito. Contribuem, para essa mudança, duas linhas de pensamento: por um lado, (i) o papel mais ativo que vem sendo atribuído ao juiz também no que diz respeito ao material fático da causa, competindo-lhe *convidar as partes a beneficiarem todos os articulados apresentados, convocar as partes para esclarecimento dos fatos e para delimitação dos termos do litígio*. Por outro lado, (ii) o perfil democrático do processo, que impõe a revalorização do princípio do contraditório como fator legitimador do processo, impõe que a alteração da qualificação jurídica dos fatos dependa que seja possibilitado às partes o seu debate em contraditório. Nessa senda, o brocardo *iura novit curia*, comumente utilizado para permitir que o juiz, de ofício, possa se imiscuir em questões jurídicas não debatidas pelas partes, deve ser repensado. O *iura novit curia* não implica uma expectativa fiel das partes sobre a capacidade do juiz encontrar corretamente e solitariamente a melhor solução jurídica para os fatos da causa. Na verdade, se o processo se desenvolve no diálogo entre as partes e o juiz

– eis aqui o cerne da ideia de colaboração no processo civil – deve ser afastada qualquer forma de *solipsismo processual* do magistrado mesmo naquilo que lhe é dado conhecer de ofício.

Sob essa perspectiva torna-se possível dizer que o juiz e as partes deverão colaborar na determinação do *thema decidendum*, vale dizer, do objeto litigioso, do mérito da causa. Para tanto, deve-se superar a visão meramente estática do objeto litigioso, de modo que as circunstâncias de fato levantadas pelo autor com a demanda estejam abertas à modificação e à integração a ser desenvolvida na fase preparatória da causa a partir de uma atividade conjunta entre o juiz e as partes.

Tal proposta visa a otimizar a atividade jurisdicional, em atenção aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da razoável duração do processo. A atividade de modificação progressiva do objeto litigioso visa, desse modo, a favorecer uma individualização qualitativamente correta do *thema decidendum*. Esse papel ativo do juiz na construção do caso não significa uma redução do papel das partes, mas, sim, uma potencialização do diálogo judicial mormente em relação àquele que é o ponto nevrálgico da limitação dos poderes das partes e do juiz no processo: a modelagem da espessura jurídica dos fatos alegados pelas partes. Trata-se, pois, de uma forma de otimizar a formação do objeto litigioso, bem como da sucessiva fase instrutória e decisória sob um plano de equilíbrio dos poderes das partes e do juiz no processo.

Todas as questões que compõem o objeto do debate e que, ao mesmo tempo, não se confundem com o objeto litigioso do processo, em princípio, são suscetíveis de serem analisadas de ofício pelo juiz. É o caso dos pressupostos processuais e das invalidades processuais. A solução, porém, não é assim tão simples, pois existem algumas questões que, mesmo não fazendo parte do objeto litigioso do processo, escapam do âmbito dos poderes de ofício do juiz. O fundamento dessa limitação do agir do juiz não poderia ser outro senão a autonomia privada.

Não é mais possível, na quadra atual do envolvimento do processo, delimitar os poderes do juiz e das partes entregando a estas tudo o que diz respeito ao mérito e àquilo tudo o que diz respeito ao processo. Esse modo simplista de encarar o problema da divisão de trabalho entre o juiz e as partes desconsidera a importância que o princípio da autonomia privada vem recebendo no processo civil do Estado Democrático de Direito.

Não há, apesar de todos esforços teóricos apresentados, caminho seguro a partir do qual seja possível traçar os estritos limites dos poderes das partes e do juiz no processo. Porém, nos moldes aqui trabalhados, alguns pontos se sobressaem e servem de indício para os próximos passos da presente investigação. Talvez, longe de apontar um rígido esquema de divisão de trabalho entre o juiz e as partes, eles sirvam para evidenciar a necessidade de se buscar outras perspectivas para lidar com o tema.

O pano de fundo para o estudo dos poderes das partes e do juiz foi o princípio da autonomia privada. Com ele, se objetivou trazer à luz um novo modo de encarar a questão da liberdade no processo, indo além do antigo esquema princípio da demanda e princípio dispositivo. A liberdade tributada às partes no processo não é um reflexo único e exclusivo do direito material. Caso isso fosse verdade, seria difícil explicar a liberdade das partes no processo quando, ao final, se verificasse não serem titulares das situações substanciais que afirmam sê-lo. O princípio da autonomia, cujo status constitucional remete ao princípio da liberdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, confere às partes não somente o poder de escolher ir a juízo, mas também de escolher o que alegar e postular em juízo, bem como influir não somente na decisão do órgão jurisdicional, mas também na estruturação do procedimento.

Partindo dessas colocações, verificou-se que o conceito de *pretensão processual*, tomado como sinônimo de *objeto do processo*, possui extrema relevância, na medida em que se constituir por uma *declaração de vontade*, feita pelo autor, por meio de uma petição fundamentada para obter uma sentença. É a vontade do autor, portanto, que irá balizar os lindes do pedido e da causa de pedir, limitando, desse modo, os poderes do juiz quanto ao objeto do processo. Nesse intento, porém, a maior dificuldade encontrada reside em estabelecer os contornos da causa de pedir, na medida em que ela representa, do ponto de vista inicial do autor, o encontro entre fato e direito. Não há dúvida que a causa de pedir possa servir com elemento balizador da atividade do juiz no processo. Porém, isso é verdade somente a partir de um ângulo de visão muito restrito, que, além de pressupor a separação entre fato e direito, também concebe o fenômeno processual numa perspectiva estática. Na dinâmica processual, fato e direito se interpenetram e sofrem uma gradual transformação cujo resultado é a impossibilidade de traçar uma

linha precisa dentro da qual os fatos sejam entreguem ao poder de disposição das partes e as suas consequências jurídicas ao poder de disposição do órgão julgador.

O conceito de alegação – como ato imperativo que vincula positiva e negativamente o juiz – tem sua utilidade somente a partir desse espectro estreito em que o fato jurídico apresenta-se com todos os seus contornos no momento inicial do processo. Reflexo do perfil limitado dessa construção foi a necessidade que viu em distinguir a *qualificação jurídica dos fatos* das suas *consequências jurídicas*. Tal distinção é um sintoma das dificuldades decorrentes da separação entre fato e direito. Porém, na medida em que construída dentro do mesmo paradigma filosófico e jurídico em que assentada essa separação, não conseguiu dar conta, satisfatoriamente, dos problemas dela advindos.

Tais problemas teóricos se apresentam tanto do ponto de vista das alegações formuladas pelo autor, quanto daquelas formuladas pelo réu. Quando se trata da alegação de fatos constitutivos ou de fatos modificativos, impeditivos e extintivos sempre há, na concretude do fato, o elemento jurídico. É ele, por sinal, que permite qualificar o fato como constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo. Na perspectiva das alegações de fato realizadas pelo réu também está o juiz vinculado positiva e negativamente. Porém, também nesse âmbito sobressaem-se as dificuldades pertinentes à relação fato e direito.

Note-se que, com tudo isso, não se está a desmerecer construções teóricas de alto nível como a de Mauro Cappelletti. Mas é necessário deixar claro que, além de não darem a devida atenção à autonomia privada como pressuposto cabal da limitação do juiz quanto ao denominado mérito da causa, são elas mesmas limitadas quando se coloca em movimento o processo e, no seu bojo, a construção (fático-jurídica) do caso concreto.

A construção do caso concreto, no qual fato e direito estão em permanente imbricação, pressupõe uma concepção democrática de processo, em que o contraditório, juntamente com os demais princípios constitucionais, intensifica um âmbito de diálogo entre o juiz e as partes para a construção do material fático-jurídico da causa. Os limites de atuação do juiz, nesse âmbito, permanecem adstritos à autonomia privada, porém com isso intensifica-se o papel de todos os agentes do processo. As partes continuam dispondo da liberdade de escolher os fatos principais que serão alegados na causa, porém o contorno fático-jurídico dessas alegações se dá de modo dinâmico e progressivo, tendo a autonomia

privada como um dos seus balizadores. Como o processo lida com narrativas acerca dos fatos, esses também são construídos linguisticamente no processo, que já denota a fragilidade de se afirmar, sem ressalvas, que as partes são donas dos fatos principais trazidos ao processo. Tudo isso leva à defesa de um modelo de processo em que o *objeto litigioso* se forma de modo progressivo, e não de modo estanque tão-somente a partir do desenho imutável da causa realizada com a demanda. A demanda é ato inicial do processo. Ela é estática. A pretensão processual é dinâmica, razão pela qual, com a demanda, há somente um rascunho do objeto litigioso que vai ganhando colorido a partir do debate ocorrido no curso do processo. Por isso a distinção objeto do processo, objeto litigioso e objeto do debate aqui proposta. A formação do objeto litigioso, nessa senda, também leva em consideração a participação do réu no processo, o qual também contribui ativamente para delimitação do mérito da causa.

Em face de tudo isso, torna-se possível dizer que uma rígida e abstrata divisão de trabalho entre o juiz e as partes, tendente a traçar os marcos que separam a atuação do órgão jurisdicional e a atuação das partes estará inevitavelmente fadada ao insucesso. Não que o esquema conceitual até aqui desenvolvido seja inútil. Ele é extremamente importante como indicativo inicial dos limites de atuação do juiz no processo. Porém, não é demasiado repetir, adquire uma certa maleabilidade na medida em que constatado o caráter dinâmico do processo e a inter-relação havida entre fato e direito. Da constatação da insuficiência desse esquema surge a necessidade de traçar novos parâmetros de trabalho, a partir dos quais possam as partes, alicerçadas na sua autonomia privada, construir os limites da atuação jurisdicional também no tocante ao plano da técnica do processo.

Nesses termos, ao final do segundo capítulo da tese, já se tem por certo a **suficiência normativa da autonomia privada para estruturar o poder de atuação das partes no processo e, igualmente, delimitar a atuação do juiz no processo**. Porém, indo além disso, também vem desenvolvida a ideia de que **o poder de autodeterminação conferidos às partes extrapola o mérito da causa, imiscuindo-se também no plano da técnica processual, espaço outrora reservado ao Estado-juiz e à legislação**.

Tudo isso vai moldado a construção de um novo modelo de processo, assetando na premissa de que no bojo do Estado Democrático de Direito o processo não pode ser encarado simplesmente como coisa das partes – de modo egoísta e

assujeitador, como se donas fossem do processo e este fosse o espaço de imposição da sua vontade individual – nem como coisa do juiz. Nem o modelo liberal, nem o modelo social-publicista de processo se afeiçoa ao paradigma do Estado Democrático de Direito. O equilíbrio de posições jurídicas reivindicado ao processo civil contemporâneo pressupõe um espaço maior de autodeterminação conferido às partes, o qual, todavia, encontra limites no próprio modelo constitucional de processo. É certo que ao juiz cabe cumprir sua função de modo a garantir o desenvolvimento do processo em consonância com o modelo constitucional. Isso, porém, não significa colocá-lo em um pedestal, acima das partes, como se dono fosse do processo. Afinal, caso a finalidade do processo fosse instrumentalizar objetivos almejados pelo próprio Estado – como defendem algumas posturas instrumentalistas desenvolvidas no Brasil – seria desnecessário, inclusive, que o seu início tivesse por pressuposto a iniciativa das partes;

Com efeito, os limites de atuação do juiz no processo devem ser pensados à luz do todo principiológico que, a partir da Constituição, estrutura o modo-de-ser do processo civil no Estado Democrático de Direito, sendo que, dentre esses princípios, insere-se o princípio da autonomia privada, o qual confere às partes não somente a possibilidade de, pelo exercício de direitos, faculdades e poderes processuais, limitar a atuação do juiz, mas, também, o poder de dar a si um ordenamento, o que, no âmbito do processo, significa que a autodeterminação das partes lhes confere o poder de influir na estruturação do próprio procedimento;

Ademais, a normatividade do princípio da autonomia privada é decorrente da tradição acerca do processo civil que se desenvolveu a partir do modelo constitucional e democrático de processo, no qual não se pode atribuir ao juiz, como personificação do Estado, um papel de protagonista do processo. A comunidade de princípios sobre a qual se erigiu o modelo constitucional de processo exige uma maior autonomia e participação das partes não somente para limitar o agir do juiz, mas também para determinar o próprio procedimento que será desencadeado para a consecução dos seus interesses. É claro que isso não significa conferir às partes, poderes ilimitados, mas, sim, adequados e balizados por padrões normativos que, nas nuances do caso concreto, dão os contornos do modelo constitucional do processo;

Por outro lado, embora seja impossível estabelecer, numa perspectiva hermenêutica, uma hierarquia normativa abstrata, pode-se dizer que, dada a força

normativa do princípio da autonomia privada, o afastamento do poder de autodeterminação conferido às partes no processo somente pode ocorrer quando, no caso concreto, a regra institucionalizada pelo princípio da autonomia privada for transcendida por outro princípio, que, naquelas circunstâncias, assume uma dimensão de peso maior e que, poderá, em casos futuros, ser generalizada em atenção à exigência de coerência do direito.

A partir daí, abre-se o **terceiro capítulo** tendo por base a impossibilidade de delimitar abstratamente e de modo rígido os espaços de atuação do juiz e das partes em todos os âmbitos do objeto litigioso, bem como a necessidade de, nesse novo paradigma, **evidenciar a ampliação do poder de autodeterminação das partes pelo incremento dos negócios jurídicos processuais no Novo CPC e sua aptidão de conferir às partes poderes para construção do procedimento mais adequados às suas necessidades concretas.**

Além de toda a originalidade da pesquisa realizada no sentido da construção das bases fundamentais para a recepção dos negócios jurídicos fundamentais no Novo CPC, parte-se para uma última hipótese de trabalho no sentido de que o papel conferidos às partes no modelo democrático de processo e o poder de autodeterminação que decorre da autonomia privada permite que se possa (de)limitar a atuação do juiz na dinâmica do processo e, igualmente, conformar o procedimento às necessidades do caso concreto, seja pela via dos negócios processuais, seja através de mecanismos de flexibilização procedimental, os quais têm sua legitimidade circunscrita à efetivação participação das partes, inclusive para que sejam delimitados os contornos do objeto litigioso no curso do processo.

Essa perspectiva de trabalho permite a **superação do velho esquema de adequação do processo ao direito material, abstratamente pensado à luz dos procedimentos especiais.** Essa forma de lidar com a relação entre o procedimento e o caso concreto é a que mais se afeiçoa às bases teóricas que alicerçam a presente investigação, na medida em que ambos (procedimento e caso concreto) são construídos conjuntamente. Isso quer dizer que o procedimento vai se adaptando ao caso na medida em que ele é desvelado e deixa mostrar suas peculiaridades. O procedimento não é um método prévio que o juiz e as partes utilizam para resolver um caso abstrato ou para chegar a um resultado pré-determinado; ele – procedimento – é construído de acordo com o caso e para o

caso. Daí a grande vantagem do modelo de flexibilização procedimental aqui defendido. Ele é avesso ao método, no sentido que a modernidade forjou ao termo.

Daí a necessidade de se pensar na adequação da tutela jurisdicional independente da criação prévia de tantos procedimentos quantos forem as situações de direito material, até porque o processo deve ser adequado não somente ao direito material em abstrato, mas às peculiaridades da situação concreta (do caso concreto). E, para tanto, não basta a instituição de ritos que permitam uma diferenciação pré-existente ao processo. É necessário, pois, que o processo seja dotado de técnicas que permitam a sua adequação no caso concreto.

Pode-se dizer que, no panorama atual do processo civil brasileiro e, também, do processo civil europeu, o pensamento de Carnelutti que reivindicava a noção de um processo “elástico” permanece vivo e potencializado pelo incremento dos negócios jurídicos processuais, bem como pelas ferramentas de adaptação procedimental introduzidas nos modelos de processo bifásico, com a pequena ressalva no sentido de que a adaptação não se exclusivamente através dos poderes do juiz, mas por uma atividade conjunta entre o juiz e as partes. Essas duas formas de adaptação procedimental, em que a autonomia das partes se faz igualmente presente, embora com grau de intensidade diverso em cada delas.

Afigura-se de todo insuficiente o modo de pensar o processo tão-somente numa via de adequação à tipologia do direito material. É necessário, igualmente, adequá-lo às necessidades também do caso concreto, a fim de que a tutela jurisdicional seja não somente efetiva e adequada ao direito material, mas também eficiente, vale dizer, capaz de atingir os seus objetivos da melhor forma – respeitando, assim, os direitos fundamentais processuais que compõe o modelo constitucional de processo – e com o menor custo possível. Uma adequada gestão da causa pressupõe um processo que se desenvolva em um prazo razoável, que seja capaz de oferecer uma tutela adequada e efetiva ao direito material, sem, com isso, desprezar os direitos fundamentais processuais das partes, mas que também não seja revestido de atos inúteis e com custos além do necessário para tanto.

A elasticidade do processo, no caso concreto, pode, ademais, ser encarada em diferentes perspectivas. Ela pode dizer respeito ao “modelo procedimental, plano no qual se inserem os prazos e a ordem de produção das provas, os quais podem ser flexibilizados por expressão previsão legal de acordo com as circunstâncias da causa (art. 139, VI, NCPC). Igualmente, a elasticidade do processo relaciona-se com

as técnicas processuais que permitem ao juiz adequar a atividade jurisdicional às necessidades específicas da causa, como, por exemplo, o tempo do processo frente ao direito material, a desigualdade entre os litigantes e as melhores condições para produzir a prova. Muito semelhante são as técnicas que permitem ao juiz fugir do esquema procedimental padrão para, por exemplo, abreviar o procedimento, julgando parcialmente o mérito ou julgamento liminarmente improcedente o pedido do autor. Em todas essas situações verifica-se um abrandamento da rigidez procedimental em favor de um modelo geral de adaptação.

Para além das adaptações procedimentais referidas, é necessário indagar em que medida o modelo de flexibilidade procedimental pode servir como alternativa à construção prévia de procedimentos especiais. Isso porque muito dos procedimentos especiais longe de representarem apenas uma sumariedade formal tem por nota característica a modulação do âmbito de cognição judicial para certos casos pré-estabelecidos por lei.

Nessa linha, a fase de saneamento e organização do processo instituída pelo novo Código de Processo Civil constitui o momento adequado para que se possa preparar a causa e delimitar o objeto litigioso de forma compartilhada. Tem-se, com isso, uma alternativa viável frente à instituição de procedimentos especiais, na medida em que também aqui será possível estabelecer um corte vertical no plano horizontal da cognição, inclusive com a exclusão de certas questões que, porventura, tornem excessivamente complexa a causa e de difícil resolução. Não se pode olvidar que as limitações à plenariedade da cognição, em regra, são instituídas – pelo menos do ponto de vista teórico – em razão da própria natureza do direito material, razão pela qual apenas se está sugerindo uma mudança de perspectiva: de uma limitação abstratamente estabelecida pelo legislador para uma limitação estabelecida em concreto, pelo juiz e pelas partes (ou somente pelas partes), de acordo com a tipologia do direito material e suas peculiaridades diante do caso concreto. Inclusive seria possível cogitar da criação de “processos sumários documentais” pela via dos negócios jurídicos processuais, assim como, previamente, as partes instituírem que, no caso de futuro litígio, certas exceções ficariam “reservadas”. Essa ampla flexibilidade permite não somente caminhar para um novo estágio no âmbito da (de)limitação dos poderes das partes e do juiz, mas também que se construa um modelo suficientemente capaz de superar o mito da

ordinariedade e a perspectiva meramente abstrata da adequação procedimental estabelecida pelas tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Com efeito, tal forma de enxergar o problema dos limites da cognição no processo civil apresenta-se como uma contundente alternativa ao problema da (de)limitação dos poderes do juiz, mormente no que tange às questões apreciáveis de ofício. É que, conforme verificado ao longo da tese, da incidência entre fato e direito, decorre o problema do artificialismo da qualificação jurídica dos fatos, slogan que acaba servindo como subterfúgio para que certas questões entrem no processo sem a devida participação das partes, como é o caso das chamadas questões de “ordem pública”. Uma adequada delimitação das questões pertinentes à causa durante a fase preparatória pode funcionar como uma barreira ao arbítrio, bem como evitar futuras violações ao contraditório e à boa-fé objetiva.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, da impossibilidade de fazer uma divisão rígida entre os poderes do juiz e os poderes das partes no processo diante da dinâmica processual, torna-se indispensável que, no curso do processo, seja reservado um momento para desenhar os contornos do caso concreto, cujo esboço estava contemplado na petição inicial. Essa “parada obrigatória” para as causas mais complexas, realizada com total respeito à autonomia privada e ao direito de participação das partes no processo, constitui elemento decisivo para que o processo possa, a partir daí, seguir o seu rumo de modo mais adequado ao direito material afirmado e ao caso concreto, atendendo aos anseios de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e prestada em duração razoável.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6, t. 2.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal. In: _____. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*: n. 12-13. México: Unam, 1992. t. 2.

ALCOFORADO, Paulo. Introdução da obra. In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2009.

ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.). *Teoria discursiva do direito*. Tradução e estudo introdutório, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLORIO, Enrico. Significato della storia nello studio del diritto processuale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 15, pt. 1, 1938.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

ALSINA, Hugo. *Defensas y excepciones*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America – EJEA, 1958.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 102, p. 207-230, abr/jun. 1989.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed., rev., modif. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMAS, Diego. *Prologo*. In: MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Buenos Aires: Atalaia, 1947.

ANCHIETA, Natascha Silva. *Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito*. 2013. 301 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000008/00000890.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

ANDOLINA, Italo. Il tempo e il processo. *Revista de processo*. Ano 34. n. 176. out./2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, mar. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. v. 2.

ANDREOTTI NETO, Nello. *Direito comercial*. São Paulo: Rideel Ltda, [1976?].

ANDREWS, Neil. *Andrews on civil processes*. Volume I. Court Proceedings. Cambridge: Intersentia Publishing, 2013.

_____. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 99-127, fev. 2011.

_____. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Égas Moniz de. Preclusão (processo civil). In: *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Organizador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1989.

ARAÚJO, André de Melo. *A atualidade do acontecer: o projeto de mediação histórica na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. São Paulo: Humanitas, 2008.

ARAUJO, José Aurélio. Procedimento probatório extrajudicial. Capítulo VI do Anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das reformas processuais” da faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, intitulado “a reforma do direito probatório no processo civil brasileiro”, coordenado pelo professor Leonardo Greco. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII. Rio de Janeiro: UERJ, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006.

ARISTÓTELES. *Constituição dos atenienses*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

_____. *Política*. Oxonii: Clarendoniano, 1967.

_____. *Tópicos: dos argumentos sofísticos*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ARJONA, César. Afinidades entre Dworkin y Pound: un breve estudio sobre influencias y coincidências. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 26, p. 387-415, 2003.

AROCA, Juan Motero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe processual”. *Proceso civil e ideología: um prefácio, uma sentença, dos cartas, quinze ensayos, moción de valencia y declaración de azul*. 2. ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009.

ARONNE, Ricardo. Direito à propriedade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ASCARELI, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 1, 1957.

_____. In tema di interpretazione ed applicazione della legge. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 13, 1958.

_____. L’idea di codice nel diritto privato e la funzione dell’interpretazione. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

_____. *Panorama de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASENJO, Jiménez. Teoría del objeto procesal. *Revista de derecho privado*. XXXIV, n. 398, 1950.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos.

_____. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais.

_____. *Processo civil brasileiro*. Volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 904, fev. 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBI, Celso Agrícola. Despacho saneador e julgamento do mérito. *Revista dos tribunais*. v. 391. São Paulo: 1968.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BARROZO, Thaís Aranda. O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo cpc brasileiro. In: *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Coordenadores: Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. 2014.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

_____. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. *Revista Direito & Justiça: Faculdade de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 23, p. 221-249, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. O direito ou o justo. O direito com objeto da ética no pensamento clássico. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado UNISINOS*. São Leopoldo, UNISINOS, 2000.

BASETTO, Bruno Fregni. *Elementos de filologia romântica: história externa das línguas*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2002.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção 'Iuria Novit Curia'. *Revista de Processo*, São Paulo, v.1,n.3, p. 169-177, jul. 1976.

_____. Il processo e le correnti culturali contemporanee. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 27. 1972.

BECCHI, Paolo. Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. *Analisi e diritto 1999*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli: Torino, 1990.

BECLAUTE, Oliveira Silva. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BENEYTO, Juan. *Historia de las doctrinas políticas*. Spain: Aguilar, 1964.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a constituição de Weimar. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, jul./dez. 2003.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, nº 61. São Paulo: CEDEC, 2004.

_____. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. As possibilidades de uma teoria do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 49, p. 81-100, jul./dez. 2006.

_____ ; MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. *Revista do departamento de direito do trabalho e da seguridade social*. Faculdade de Direito da USP, v. 2, n. 3, jan./jun. 2007.

BERIZONCE, Roberto O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo, São Paulo*, v. 33, n. 165, nov. 2008.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981.

BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria. Demanda, 'causa petendi' y objeto del proceso. Córdoba: El Almendro, 1984.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1.

BIAVATI, Paolo. Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana. Traduzido por Gabriela Kazuel Ferreira Eberhardt Francisco. In: I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Coordenadores: Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. 2014. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em 14/06/2015.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1952.

BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938.

BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. 2. ed. Tradução de Liz Silva. Lisboa: Edições 70, 1987.

BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1960.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. Selección, traducción e introducción de Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

BONATO, Giovani. I poteri i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005. In: CARRATA, Antonio. *La tutela sommaria in europa – studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORRÈ, Giuseppe. Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di no fare. Napoli: Jovene, 1966.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 32, n.148, jun. 2007.

BRAIDA, Celso. Apresentação da obra. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010.

BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

BROWNE-WILKINSON, Nicolas. The UK access to justice report: a sheep in wolf's clothing. *Western australian law review*. v. 28, July 1999.

BRUNELLI, Giovanni. "Voce" iura novit curia. In: *Nuovo digesto italiano*. A cura di Mariano D'Amelio con la collaborazione di Antonio Azara. v. XVII. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938.

BRUNETTI, Bruno. *La nullità dela citazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1: teoria geral do direito processual civil.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 3. ed. correcta e augmentada pelo advogado João de Sá e Albuquerque. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911.

BÜLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.

BULTMANN, Rudolf. *Crer e compreender: ensaios selecionados, edição revista e ampliada*. Tradução de Walter Schlupp, Walter Altmann e Nélio Schneider. São Leopoldo: Sinodal, 2001.

BUONSCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20. n. 1, jan./abr. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – respostas às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 153-168, out./dez. 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, 2009.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CABRAL, Antônio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 60, apr./giug. 2005.

_____. A resolução nº 18 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual: técnica de regularidade do processo civil*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito – UERJ. Rio de Janeiro, 2014.

_____. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3: 3-35, aug.-dec., 2012. Disponível em <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em 11-06-2015.

_____. Complessità e riforme del processo civile francese. DONDI, Angelo. *Elementi per una definizione di complessità processuale*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

_____. Complessità e riforme del processo civile francese. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v.62, n.4, p. 1303-1326, dez. 2008. Milano: Giuffrè, 2008.

_____. Construire ensemble des débats utiles. In: *Mélanges Jean-Bufferet – La Procédure en tous ses états*. Paris: Petites Afiches, 2004.

_____. Les conventions relatives au procès en droit français. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008.

_____. The new french code of civil procedure (1975). In: RHEE, C.H. van. *European traditions in civil procedure*. Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005.

_____. Pour une "Théorie générale du procès". In: *Ritsumeikan Law Review*. n. 28. Kyoto: Ritsumeikan University, 2011.

_____. Propos introductifs: faire lien. In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine. HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative* (Actes du colloque), 2007, p. 93. Disponível em <<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/05-13-RF.pdf>>. Acesso em 15/10/2015.

_____. La qualification juridique des accords processuels. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8a ed. Paris: LexisNexis, 2013.

CADIET, Loïc. Quelle procédure civile pour quelle société civile? Point de vue français. In: RHEE, C.H. van. HERBAUT, D. STORME, Marcel. *The French Code of civil procedure (1806) after 200 years. The civil procedure tradition in France and abroad*. Mechelen, Belgium: Kluwer, 2008.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALAMANDREI, Piero. La genesis logica de la sentencia civil. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

_____. Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945.

_____. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: EJE, 1954.

CALASSO, Francesco. Autonomia (você). In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume IV – Atto – Banna. Varese: Giuffrè, 1958-1993.

_____. *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè, 1965.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Será o fim da categoria 'condições da ação'. Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 269, jul. 2011.

CAMPO, Hélio Márcio. *O princípio dispositivo em direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. Processo, procedimento e direito material. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v.1. Uberaba, vitoria, 1975.

CANALE, Damiano. La precomprensione dell'interprete è arbitraria? *Etica & Politica/Ethics & Politics*, Padova, n. 1, p. 1-42, 2006. Disponível em <http://www.units.it/etica/2006_1/CANALE.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado. Traducción de Magdalena Ana Rosso. *Discusiones*, [S.I.], v. 11, n. 11, 2012.

CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla regolamentazione collettiva del processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LXIV, Fasc. 2, junho 2010, Milano: Giuffrè, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOVA, Cerino. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. *Commentario del codice di procedura civile*. Torino: UTET, 1980. v. 1, t. 2.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. L'eccezione come controdiritto del convenuto. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 16, 1961.

_____. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972.

_____. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982. v. 1.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. pt. 1.

CARCOPINO, Jerome. *La vida cotidiana en Roma*: en el apogeo del Imperio. Buenos Aires: Hachette, 1942.

CARLOS, Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951.

CARNAP, Rudolf. *Autobiografía intelectual*. Traducción de Carmen Castells. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, Universidad Autónoma de Barcelona, 1992.

_____. *Introduction to semantics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1948.

_____. *Logical syntax of language*. London: Routledge, 2000.

_____. Significado e sinonímia nas linguagens naturais. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Coletânea de textos*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática: área do direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 1, 1957.

_____. *Istituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Volumen 1. Buenos Aires: EJE, 1950.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Volume quarto. Padova: Cedam, 1926.

_____. Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione. *Rivista di diritto processuale*. Ano 1929, I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1929.

_____. *La prueba civil*. Traducción de niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

CARRATA, Antônio. *La "semplificazioni" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*. Torino: Giappichelli, 2012.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos processuais e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Milton Paulo. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de direito comparado*. v.3. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

CASTRO JUNIOR, Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista*. São Paulo: Noeses, 2009.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1985.

CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. *Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*, Londrina, v.5/6, p. 430-463, 2001/2002.

CATENA. Víctor Moreno. *Derecho Procesal civil*. Madrid: Editorial Colex, 1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 745, p. 41-47, nov. 1997.

CHIARLONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LXIII. Dicembre 2009. Supplemento al n. 4.

CHIASSONI, Pierlugi. Disposición y norma: una distinción revolucionaria. In: POZZOLO, Susanna. ESCUDERO, Rafael. *Disposición vs. norma*. Lima: Palestra Editores, 2011.

_____. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Azioni sommarie: la sentenza di condanna con riserva*. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Foro Italiano, 1930-1931. v. 2.

_____. Identificazione delle azione. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium". *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.

_____. *Instituciones de derecho procesal civil* (istituzioni di diritto processuale civile). Volumen I: conceptos fundamentales la doctrina de la acciones. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbanjea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. Acompanhada de Notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, 1922.

_____. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. v. 1.

_____. Lo stato attuale de processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali. In: *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. v. 1.

_____. Sulla "eccezione". *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Società editrice Foro Italiano, 1930. v. 1.

CIANCI, Mirna. MENGA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito: o romantismo*. São Paulo: Rideel, 2012.

COLIN, Ambroise. *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1948.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli a confronto). *Revista de processo*. Ano 23. n. 90. Abril-junho de 1998. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*. n.116. São Paulo: Rev. dos tribunais, 2004.

_____. Terza via e processo giusto. *Rivista di diritto processuale*. v. 61. fascicolo 2. Anno 2006. Padova: CEDAM, 2006.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

CONSTANT, Benjamin. Princípios de política aplicáveis a todos os governos. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.

CORREA, Cristina Rosineiri Gonçalves Lopes. A semântica de Frege e a dinâmica da verdade na psicanálise. *Revista Estudos Lacanianos*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 1-18, 2009.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

_____. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1947.

COSSUTA, Marco. Il diritto come processo. *Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*. A cura di Paolo Moro. Milano: Franco Angeli, 2012.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Relatório sobre conteúdo, programa e métodos de ensino. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

_____. Pactum de *non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

COSTA, Emillio. *Perfil storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918.

COSTA, Thais Mendonça Aleluia da. *A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual*. (Dissertação de mestrado). Orientador Fredie Didier. UFBA. Salvador, 2012.

COSTANTINO, Giorgio. Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) – N. 5. Settembre-Ottobre 2010. Padova: CEDAM, 2010.

COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

_____. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do fôro, 1948.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. Fundamentos histórico-retóricos da teoria geral da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v.16, n.63, p. 42-53, jul. 1991.

CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do estado*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè.

CRORIE, Benedita Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001.

_____. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Revista dos tribunais*. v. 640. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957.

CUEVA, Mario de la. *La idea del estado*. México: Fondo de cultura económica, 1996.

CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do opus nonaginta dierum. *Veritas*. v. 51. n. 31. Setembro 2006. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 242, abr. 2015.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de direito: introdução À filosofia e metodologia jurídicas*. Porto: Rés Editora, 1990.

D'OLIVEIRA, Armando. Wittgenstein: vida e obra. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DALFINO, Domenico. Acesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Settembre 2014. Anno LXVIII. n. 3. Milano: Giuffrè, 2014.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora, 1989.

DALL'AGONOL, Jorge. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Letras jurídicas, 1988.

DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della glistizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937.

DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959.

_____. Per una teoria dell'oggetto del processo. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Sui principî generali del diritto*. Milano: Giuffrè, 2002.

_____. *Teoria do estado*. Tradução portuguesa de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

DENTI, Vittorio. L'eccezione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno XV. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1961.

_____. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953.

_____. Negozio processuale. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVIII (Negozio-Nunzio). Varese: Giuffrè, 1958-1993.

_____. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Volume XXIII. Padova: CEDAM, 1968.

_____. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di diritto processuale*. v. 39. Padova: CEDAM, 1984.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993.

DÍAZ COUSELO, José María. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. *Leituras complementares de direito civil: o direito civil constitucional em concreto*. 2a ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

_____. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*. v.38, n.223. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. v. 1.

_____. Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art.685-A, § 2º, CPC, com o art. 1.482 do CC/2002. *Revista de Processo*. v.32, n.146, abr. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Fonte normativa de legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, v.39, n.232, jun. 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo da admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, n. 1250, 01 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Será o fim da categoria “condição de ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*. v. 36, n. 197, jul. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-formatado.pdf>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. Notas sobre la renuncia a los derechos fundamentales. *Persona y derecho*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. v. 45. Universidad de Navarra: Servicio de publicaciones, 2001.

DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Tradução Marco Casanova. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

_____. Origens da hermenêutica. Plano de continuação da obra “estruturação do mundo histórico pelas ciências do espírito”. In: MAGALHÃES, Rui (Sel.). *Textos de hermenêutica*. Tradução de Alberto Reis. Porto: Res Editora, 1984.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: v.1 . 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de processo*. v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. SENDRA, Vicente Gomeno. CATENA. Víctor Moreno. *Derecho Procesal civil*. Madrid: Editorial Colex, 1997.

DONZELLI, Romulo. La fase preliminar del nuovo processo civile inglese e l’attività di “case management” giudiziale. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*. Pouso Alegre, a. XXIV, n. 24, jan.jun/2007.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. New York: A. M. Kelley, 1969.

ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a(necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonal Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1944-1951.

ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Traduzione: Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FABRÍCIO, Adroaldo Frutado. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII, tomo III: arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. “Extinção do processo” e mérito da causa. In: *ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos – ação de prestação de contas. *Revista de Processo*, Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 197, jul. 2011.

_____. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: FABRÍCIO, Adroaldo Frutado. *Ensaos de direito processual*, Rio de Janeiro : Forense, 2003.

_____. Pressupostos processuais: generalidades. Visão histórica. In: AJURIS. Escola Superior da Magistratura. *Curso de aperfeiçoamento para juízes de direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. Autonomia privada e estipulação contratual. In: *Soluções práticas de direito*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FAIREN GUILLEN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rapidos (los defectos en la recepcion del derecho procesal comun; sus causas y consecuencias en doctrina y legislacion actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953.

FAZZALARI, Elio. Valori Permanenti del Processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Ano XLIV, n. 1. Gennaio-marzo 1989. Padova: CEDAM, 1989.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FEIGL, Herbert. A visão “ortodoxa” de teorias: comentários para defesa assim como para crítica. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 2, n. 2, 2004.

FELIZARDO, Joaquim José. *As duas grandes revoluções: concepções políticas e ideológicas*. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourença de Brindes, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRANDIZ, L. Prieto-Castro. *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1964.

FERRANTE, Matteo. *Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969.

FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2011.

_____. Fase preparatoria del processo e ruolo del giudice civile: principi ed esperienze a confronto. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de "Il Giusto processo civile" 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

FIGUEROA, Briosso. *La autarquia del derecho en la interpretación de los jueces*. Prólogo de Carlos Ayarragaray. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.

FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

FIUZA, César Augusto de Castro; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no estado democrático de direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, p. 95-131, jan./jun. 2013.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. Il calendario del processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura Civile*. v. 66. Milano: Giuffrè, 2009.

FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência (1893). In: FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. Seleção, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2009.

FREIRE, Sônia Barreto. A determinação ontológica do mundo: um perfeito a priori. *Aprender: caderno de filosofia e psicologia da educação*, Vitória da Conquista, ano 6, n. 10, p. 101-121, jan./jul. 2008.

FURET, François. *Ensaio sobre a revolução francesa*. Traduzido do francês por Alfredo Margarido. Lisboa: Editora a regra do jogo, 1978.

FUSTEL DE COULANGES; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Hemus, 1975.

GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 1986.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. v. 1: Heidegger em retrospectiva.

_____. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. *El problema de la conciencia histórica*. Traducción e introducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.

_____. *A razão na época da ciência*. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. In: *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante*. Coordenadores Fernando da Fonseca Gajardoni, Márcio Henrique Mendes da Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

_____. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law. *Revista de Processo*. v.33, n.163, set. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GALGANO, Francesco. Negozio giuridico (diritto privato). In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVII (Morale-negozio). Varese: Giuffrè, 1958-1993.

GALIZIA, Mario. *La teoria della sovranità: dal medio evo alla rivoluzione francese*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951.

GALLO, Max. *Revolução francesa. Volume1. O povo e o rei (1774-1793)*. Tradução de Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2009.

GÁLVEZ, Juan Monroy. PALACIOS, Juan José Monroy. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. In: PALACIOS, Juan José Monroy. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Perú, 2004.

GAMBA, Cinzia. *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda nel proceso civile*. Milano: CEDAM, 2008.

GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955.

GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARRIDO, Manuel. Introducción: dos maneras de hacer filosofía. In: CARNAP, Rudolf. *Autobiografía intelectual*. Traducción de Carmen Castells. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, Universidad Autónoma de Barcelona, 1992.

GAZZONI, Francesco. *Equita e autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1970.

GÉLIO, Aulo. *Noites áticas*. Tradução e notas: José R. Seabra F. Londrina: MMX, 2010.

GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Giugno 2009. Anno LXIII. n. 2. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

GENY, François. *Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo*. Segunda edición. Madrid: Editorial Reus, 1925.

GERLIS, Stephen M. LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. London: Cavendish publishing, 2001.

GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GILLET, Jean-Louis. La contractualisation de la justice. In: PIGACHE, Christian. *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*. Rouen: Université de Rouen, 2004.

GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1965.

GUARINELLO, Norberto Luiz. *Imperialismo greco-romano*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1991.

_____. *Processo civil romano: noções elementares*. São Paulo: Idéias e Letras, 2010.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*. v. 747. Janeiro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GIORGIANONIO, Cristina. Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management. *Questione giustizia*. Fascicolo 1/2010. Roma: Associazione Magistratura Democratica, 2010.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su um modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 43, pt. 2, 1988.

GIUSSANI, Andrea. Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*. v. 64, n. 1, mar. 2010. Milano: Giuffrè, 2010.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos de personalidade. *Revista de direito sanitário*. vol. 1. n. 1. Novembro de 2000.

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

_____. *Principios generales del proceso: teoria general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

GOMES, Luiz Fábio. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela* (direito e pós-modernidade). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GÓMEZ, Francisco Ruiz. *Introducción a la historia medieval: epistemología, metodología y síntesis*. Madrid: Editorial Síntesis, 1998.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.

_____. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.

GOYTISOLO, Juan Vallet de. "'Ius" y "lex" según las definiciones de los "magni hispani"'. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. v. 37. Universidad de Navarra: Servicio de publicaciones, 1997.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal: desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza dela "terza via". *Rivista di diritto processuale*. Anno LXV (Seconda Serie) N. 4. Luglio-Agosto 2010. Padova: CEDAM, 2010.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista Di Diritto Processuale*. v. 21. Padova: CEDAM, 1966.

_____. *La pronuncia d'ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967.

_____. La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione. *Rivista di diritto processuale*. Volume XX (II Serie). Padova: CEDAM, 1965.

GRAU, Eros Roberto. In: *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; participantes Agostinho Ramalho Marques...[et al.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano I. v. I. Outubro a dezembro de 2007. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

_____. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: 2015. v. 1.

_____. *Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

GRECO, Leonardo. Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual. In: *Processo Civil – estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo: Atlas, 2012.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*. v. 37, n. 206, abr. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v.17, n.50, p. 5-20, nov. 1990.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: Tubenclak, James, 1939- (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. v. 11. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

GRONDIN, Jean. Gadamer and Bultmann. In: POKORNY, J.; ROSKOVEC, J. (Dir.). *Philosophical Hermeneutics and Biblical Exegesis*. Tübingen: Mohr Siebeck, Wissenschaftliche Untersuchungen zum Neuen Testament, 2002.

_____. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*. *Revista Sequência*, [S.l.], n. 55, p. 9-28, dez. 2007.

_____. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2002.

GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosch, 1943.

_____. *La pretensión procesal*. 2. ed. Prólogo de Manuel Alonso Olea. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción: Marina Gascón, Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999

_____. *Interpretare e argomentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011.

GUILLÉN, Víctor Fairén. El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein. In: *Studios de Derecho Procesal*. Madrid: Derecho Privado, 1955.

_____. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949.

GUNNEWEG, Antonius H. *Hermenêutica do antigo testamento*. Tradução de Ilson Kayser. São Leopoldo: Sinodal, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990.

_____. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABSCHEID, Walter. L' action en justice. In: *Droit judiciaire privé suiss*. Genève: Ed. Librairie de L' Université Georgetcie S.A, 1981.

_____. L' oggetto del proceso nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. XXXV, II serie. Padova: CEDAM, 1980.

HART, L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur. HESSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. LISBOA: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947.

_____. *El problema de la creacion del derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2003.

_____. *Que é isto, a filosofia?: identidade e diferença*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2006.

_____. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. pt. 1.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradição Gilmar Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

_____. A interpretação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORNE, Alexander. *The role of Lord Chancellor*. Disponível em <<http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN02105/SN02105.pdf>>. Acesso em 15/06/2015.

HUSSERL, Edmund. *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental: uma introdução à filosofia fenomenológica*. Tradução de Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: instituciones de derecho privado*. Volumen primero. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953.

IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1956.

IRTI, Natalino. *L'eta della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.

JACKSON, Rupert (Lord Justice). *Review of civil litigation: final reports*. United Kingdom: Crown, 2009.

JACOB, Sir Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. London: Stevens & Sons, 1987.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3ª ed. rev. atual. de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremos Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; FREITAS, Juarez. Resolução alternativa de disputas: cláusula inovadora do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, p. 97-112, jul./set. 2015.

_____; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

JOLOWICZ, John Anthony. A reforma do processo civil inglês: Uma derrogação ao adversary system? *Revista Forense*. v.328. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

_____. *La filosofía del derecho em la posmodernidad*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da idade média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. *As Faces do Princípio Dispositivo*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/ckemmerich>>. Acesso em: 20 out. 2006.

KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

KERSTENNETZKY, Celia Lessa. *O estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KILCULLEN, John. The Political Writings. In: SPADE, Paul Vicente. *The Cambridge Companion to Ockham*. Cambridge University Press: Cambridge, 1999.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de processo*. v. 251. Janeiro de 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático*. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

LA GRESSAYE, Jean Brethe de. *Introduction generale a l'etude du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947.

LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de adequação do processo. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul — Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre: IARGS, 1976.

_____. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LAFONT, Cristina. *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*. Translated by José Medina. Baskerville: Massachusetts Institute, 1999.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.

LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

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

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LEFEBVRE, Georges. *A revolução francesa*. Tradução de Ely Bloem de Melo Pati. 2.ed. São Paulo: IBRASA, 1989.

LEGG, Michael. HIGGINGS, Andrew. Responding to cost and delay through overriding objectives – successful innovation? In: PICKER, Colin B. SEIDMAN, Guy I. *The dynamism of civil procedure – global trends and developments*, *Ius Gentium: Comparative perspectives on law and justice*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016.

LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo. *Rivista JUS*. Milano, 1953.

_____. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LHUMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Fondamento del principio dispositivo. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962.

_____. Il principio del contraddittorio e la costituzione. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1954.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

_____. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. Storiografia giuridica "manipolata". *Rivista di diritto processuale*. v. 29. Parte I. 1974.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio do auto regramento da vontade em Pontes de Miranda. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. v.60. Brasília, conselho federal da oab, 1995.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro* (Código de 1939). V. 2. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946.

LOPEZ, Mario Justo. *La soberania*. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1967.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX.

LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna: R. Patron, 1965.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitorio*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional: ordem científica* (1928-1956). Curitiba: Juruá, 2009.

MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MANCINI, P. S.; PISANELLI, G.; SCIALOIA, A. *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi: com la comparazione degli altri Codici Italiani, e delle principali Legislazioni straniere*. Torino: Società Editrice, 1855. v. 2

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARCONDES, Danilo. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Procedimentos especiais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

_____. *Manual de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2001. v. 1.

MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002.

MARRAMAO, Giacomo. *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese (doutoramento). UERJ. Orientador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: O renascer do 'venire contra factum proprium'. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 143-169, mar. 2005.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editoria Trotta, 1988.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEJA, 1979.

_____. *El juez y el derecho (iura novit curia)*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-america, 1957.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENCHI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1987.

MENEZES-CORDEIRO, António. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

MENGONI, Luigi. Il diritto costituzionale come diritto per picipi. *Ars interpretandi*. Annuario di ermeneutica giuridica. Ermeneutica e applicazione. Padova: CEDAM, 1996.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canonica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971.

_____; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal system of Europe and Latin America*. Standford, California: Standford University Press, 2007.

MICHELI, Gian Antonio. Profili o presupposti costituzionali del diritto processuale? *Stato e diritto*, 1941.

MILHOMENS, Jônatas de Mattos. *Da presunção de boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945.

MILONE, Filippo. *La exceptio doli (generalis): studio di diritto romano*. Napoli: Riccardo Marghieri di Gius, 1882.

MIRABELLI, Giuseppe. Negózio jurídico. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVIII (Negozio-Nunzio). Varese: Giuffrè, 1958-1993.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 194.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, André Luís. O regime das exceções no direito processual civil brasileiro: de mérito e processual, direta e indireta, dilatória e peremptória, exceção e objeção. *Revista de processo*. Ano 38. Volume 216. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via". *Rivista Di Diritto Processuale*. v.55, n.4, out. 2000. Padova: CEDAM, 2000.

_____. "Pubblico" e "privato" in norme del codice civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti. *Rivista di diritto processuale*. n. 4. Padova: CEDAM, 1992.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

MORAES, Maria Amália Dias de. Autonomia privada e negocio jurídico. *Estudos Jurídicos*. v.20. São Leopoldo: Unisinos, 1977.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: Tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.15, p. 95-114, jul. 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a "realização" da ordem constitucional em países "periféricos". In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009

_____. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v.14, n.53, p. 122-133, jan. 1989.

_____. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v.12,n.45, p. 137-144, jan. 1987.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. v.441. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v.12, n.49, p. 51-68, jan. 1986.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no sistema do código de processo civil. *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Os Princípios do direito processual civil na constituição de 1988. *Temas de direito processual: Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Privatização do processo? *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 1988

_____. O problema da divisão de trabalho entre o juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O processo, as partes e a sociedade. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual. 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual: segunda série. 2. ed.* São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*. São. v.10, n.40, out. 1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Sobre a "participação" do juiz no processo civil. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Sobre pressupostos processuais. *Revista Forense*. V. 288. Ano 80. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Vicissitudes da audiência preliminar. *Revista forense*. v. 374. Julho/Agosto de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*. 5 v. t. II (Biblioteca Giuridica Contemporanea). Milão: Vallardi, [19--]

MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. 7. ed. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1913. v. 1.

_____. *Manuale della procedura civile*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1910. v. 1.

_____. *Principii di procedura civile*. Firenze: G. Barbèra, 1980.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MOTULSKY, Henri. *Écrits: études et notes de procédure civile*. Paris: Dalloz, 1973.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampliada. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MUNCK, Thomas. *La europa del siglo XVII: 1598-1700: estados, conflictos y orden social em europa*. Traducción de Bernardo José García García. Madrid: Ediciones Akal, 1994.

NASI, Antonio. Fatto (giudizio di). In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1958-1993.

NEDEL, Antônio Carlos. A superação do método jurídico positivista e o reencontro do direito com o direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009.

NETTO, Fernando Gama de. SOARES, Irineu Carvalho de. Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil. In: *A mediação no novo código de processo civil*. Coordenação Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Ferndanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NETTO, José Manuel de Arruda Alvim. Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileno. *Revista de Processo*, São Paulo, v.10, n.38, p. 84-110, abr. 1985.

NEVES, António Castanheira. A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo. In: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972.

_____. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.v. 2.

NEVES, António Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, p. 1-44, 1998.

_____. Interpretação jurídica. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. Justiça e Direito. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outras*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. O princípio da legalidade criminal. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

_____. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

NEVES, Celso, *Estrutura fundamental do processo civil*. São Paulo: Forense, 1955.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. 2. Rio de Janeiro: Método, 2010.

NICORA, Attilio. *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1977.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium. *Revista de processo*. Ano 34, v. 168, fevereiro de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretense controverse. *Rivista di diritto procesuale*. V. 43. Parte II. Padova: CEDAM, 1988.

NOSETE, José Almagro. Garantias Constitucionales del Proceso Civil. *Revista Justicia*, Barcelona, n. 81, 1981.

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

_____. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

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. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*. v. 35, n. 184, jun. 2010, p. 114.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em 27/09/2012.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Anselmo Carvalho de. As ideias políticas de Guilherme de Ockham no revilóquio sobre o principado tirânico. *Prometeus filosofia em revista*. Viva Vox. DFL. Universidade Federal de Sergipe. Ano 2. n. 4 Julho-Dezembro/2009.

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

_____. Efetividade e processo de conhecimento. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista de processo*, n. 73, 1998.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. In: TUBENCHLAK, James, 1939- (coord.). *Livro de estudos jurídicos*, Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1991-. v.4.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. In: TUBENCHLAK, James, 1939- (coord.). *Livro de estudos jurídicos*. v. 4. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*. Granada: Editorial Comares, 1998.

ORTOLAN, M. *Compendio del derecho romano*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Il diritto nella storia d'Europa: Il medioevo*. Padova: CEDAM, 1995. pt. 1.

PAINE, Roberto. *Principios de derecho procesal*. Primer tomo. Buenos Aires: Las heras, 1944.

PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madrid: Universidad commplutense seccion de publicaciones, 1996. v. 1: De heráclito a la revolución francesa.

PAOLI, Ugo Enrico. *Studi sul processo attico*. Con introduzione di piero calamandrei. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1933.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões In: TUBENCHLAK, James (Coord.). Livro de estudos jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 3.

PENALVA, Ernesto Pedraz. *El objeto del proceso civil*. Madrid: Edit. Consejo general del poder judicial, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalita costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

_____. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 75-86, jul./set. 2007.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Roger. Il nuovo futuro codice di procedura civile francese. *Rivista di diritto processuale*. v.2. Padova: CEDAM, 1975.

PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil: principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978.

PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Do juízo ao processo. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Introdução ao code louis (ordonnance civile, 1667). In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; GIULIANI, Alessandro. *La responsabilità del giudice*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

_____. *El juez y la prueba*: estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión atual. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.

_____. *O juiz e a prova*: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *La modificación de la demanda en el proceso civil*: reflexiones sobre la prohibición de *mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo. *Rivista di diritto processuale*. v. 64, n. 6. nov. /dez. 2009. Padova: CEDAM, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*: teoria geral do processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

_____. *Direito processual civil contemporâneo*: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

PIRENNE, Henri. *História econômica e social da idade média*. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. 4. ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Droit et Jurisprudence, 1905.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934.

_____. *Comentários ao código de processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v.1

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1.

_____. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 2.

_____. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 6.

_____. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XXIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 23.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Préface de Michel Massenet. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004. Titre original: Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PROTO PISANI, Andrea. Dai riti speciali ala differenziazione del rito ordinario. *Il foro italiano*. Roma: Il foro italiano, 2006.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999.

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di diritto processuale*, n. 4, Padova: Cedam, 1979.

_____. La tutela sommaria in genereale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de processo*. n. 90. Ano 23. Abril-Julho de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PROVINCIALI, Renzo. *Norme di diritto processuale nella costituzione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959.

PUGLIATTI, Salvatore. Autonomia privada (voce). *Enciclopedia del diritto*. IV. Atto – Banna. Milano: Giuffrè editore, 1958.

PUPPO, Federico. *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense: saggio di logica giuridica*. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012.

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 o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte , v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011.

_____. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo , v. 36, n. 192, p. 47-80, fev. 2011.

_____; NASCIMENTO, Frederico. Crítica à tese do julgamento de ofício das 'questões de ordem pública em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de processo*. Ano 36. v. 202. Dezembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. *Justiça & História*. v.9, n.17/18, Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2009.

_____; SCALABRIN, Felipe. O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre , v. 5, n. 14, p. 269-296, jan. /mar. 2011.

RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000.

RANZOLIN, Ricardo Borges. Elementos para compreensão dos fundamentos da autonomia privada. *Mens Juris: Revista de Direito*, Uberlândia, v.1,n.2, p. 25-35, jul. 2004.

REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto do Código Civil. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Brasília, v. 5, n. 10, p. 61-73, 2001.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofia de la interpretacion del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1949-1952.

REDONDO, Bruno Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Orientação Teresa Wambier. São Paulo: PUC-SP, 2013.

REICHENBACH, Hans. *Elements of symbolic logic*. New York: The Macmillan, 1948.

REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v. 2: Artigos 487 a 549.

REIS, Maurício. A interpretação jurídica e a discricionariedade no pensamento tardio de Ovídio Baptista da Silva: reflexões críticas. In: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

REIS, Maurício. *A legitimação do Estado Democrático de Direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à constituição como desdobramento concreto entre a lei e o direito*. Passo Fundo: Editora IMED, 2012.

RESTAINO, Nicola. *L'esecuzione coattiva in forma specifica*. Roma: Il Nuovo Diritto, 1948.

RHEE, C.H. van. Introduction. In: RHEE, C.H. van. *European traditions in civil procedure*. Oxford: Intersentia Antwerpen, 2005.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n. 215, p. 61-85, jan. 2013.

_____. Audiência preliminar e oralidade. In: *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*. v. 39, n. 232. Junho de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Objeto do processo e objeto o debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *Desvendando o novo CPC*. Darci Guimarães Ribeiro, Marco Félix Jobim (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo. *Revista temas atuais de processo civil*. v.1. n.1. Julho de 2011. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/47-v1-no-1-julho-de-2011/105-perspectivas-epistemologicas-do-direito-subjetivo>>. Acesso em 05-07-2015.

_____. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoria procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

_____. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da AJURIS*. Ano 36. n. 114, jun. 2009.

RICCI, Gian Franco. L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Settembre 1992. Anno XLVI. N. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

RIDOLA, Paolo. O constitucionalismo: itinerários históricos e percursos conceituais. *Revista da AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 38, n. 121, p. 277-313, mar. 2011.

ROBESPIERRE, Maximilien. *Virtude e terror*. Textos selecionados e comentados por Jean Ducange. Tradução José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

ROCCO, Ugo. *L' autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Arpino, 1916.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008.

_____. *O poder da linguagem: a arte retórica de Aristóteles*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

ROJAS OSORIO, Carlos. *Genealogía del giro lingüístico*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. *La sociedad de los iguales*. Traducción Maria Pons. Barcelona: RBA Libros, 2012.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.

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.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (1958) Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

RUIZ-ARANGIO, Vincenzo. *Istituciones de derecho romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973.

SAARBRÜCKEN, Mazurek. Teoria analítica do direito. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

SACKVILLE, Justice Ronald. Reforming the civil justice system: the case for a considered approach. In: STACY, Helen. LAVARCH, Michael. *Beyond the adversarial system*. Sydney: The federation press, 1999.

SAINT-JUST, Louis Antoine Léon. *O espírito da revolução e da constituição na França*. Tradução Lúcia Fachin, Maria Leticia Alcoforado. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1989.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011.

SANCHES, Sydnei. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *AJURIS*. n. 16. Porto Alegre: AJURIS, 1979.

SANCHÍS, Luis Prieto. Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte*, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SANTOS, Andrés de La Oliva. GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Madrid: Editorial centro de estudios ramón areces S.A, 2000.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Novas linhas de direito processual*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.v. 2.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 1: parte geral.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

SAPIENZA, Carmelo. Il principio "iura novit curia" e il problema della prova delle leggi straniere. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano XV. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1961.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; RUFINO, André. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília*, n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005.

SATTA, Salvatore. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1971.

_____. *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Padova: CEDAM, 1968.

SATTA, Salvatore. "Iura novit curia". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano IX. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye; com colabora o de Albert Riedlinger. Tradu o de Ant nio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. 27^a ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. de. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Traducción del alemán de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Arengreen, 1946.

_____. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo II. Vertido al castellano por Jacinto Mes a y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2^a ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1879.

SCALABRIN, Felipe. *Causa de pedir e atua o do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford Claredon press, 2002.

SCHERILLO, GAETANO. *Lezioni sul processo: introduzione alla "cognitio extra ordinem"*. Milano: La goliardica, S.D.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermen tica: arte e técnica da interpreta o*. Tradu o e apresenta o de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. Experiência e linguagem. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermen tica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHNELLE, Udo. *Introdu o   exegese do Novo Testamento*. São Paulo: Loyola, 2004.

SCH NKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción de la quinta edición alemana. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constitui o. In: *Direito civil e constitui o*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *A proibi o de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SCHROTH, Ulrich. Hermen tica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdu o   filosofia do direito e   teoria do direito contemporâneas*. Tradu o: Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Funda o Calouste Gulbekian, 2002.

SCHWAB, Karl Heinz. Introdu o ao direito processual civil alemão. v. 3. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968.

_____. La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca. Studi in onore di Antonio Segni. v. IV. Milano: Casa editrice dott. a. giuffrè, 1967.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*: Ejercicio y defensa de los derechos. Buenos Aires: Europa-America, 1954.

_____. *Procedura civile romana*; esercizio e difesa dei diritti. Roma: Anonima Romana, 1936.

SEGATTO, Antonio Ianni. Sobre pensamento e linguagem de Wilhelm Von Humboldt. *Trans/form/ação*: revista de filosofia, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 193-198, 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011.

SIECKMANN, Jean-R. El concepto de autonomía. *Doxa cuadernos de filosofía del derecho*. n. 31, 2008.

SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. Coimbra: Almedina, 1987.

SILVA, Manuel Dias da. *Processos civis especiais*. 2. ed. rev. e actual. pelo professor José Alberto dos Reis. Coimbra: França Amado, 1919.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973.

_____. Conteúdo da sentença e mérito da causa. *Sentença e coisa julgada*: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Ajuris*. Ano XXVI. n. 80. Porto Alegre: Ajuris, 2000.

_____. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

_____. *Curso de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, t.2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3: processo cautelar (tutela de urgência).

_____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Revista da *AJURIS*, Porto Alegre, v. 18, n. 51, p. 126-149, mar. 1991.

_____. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. WATANABE, Kazuo. DINAMARCO, Cândio Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. I, nº. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. In: GOMES, Fábio. *Carência da ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 37. Uberaba: forense, 1983.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. A "plenitude de defesa" no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Princípios fundamentais do processo civil. In: *Teoria geral do processo civil / Ovídio Araújo Baptista da Silva, Fábio Luiz Gomes; Jaqueline Mielke Silva, Luiz Fernando Baptista, atualizadores de Ovídio A. Baptista da Silva*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Procedimentos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Questão de fato em recurso extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 79-97, jul./ago. 2006.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (Algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de processo*. Ano 16. Julho-Setembro de 1991. N. 63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1991.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, rev. dos tribunais, 1980. v.17.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em filosofia. *Revista Síntese*, [S.l.], v. 10, n. 29, p. 21-48, set./dez. 1983.

_____. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

_____. Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras: a aporia da filosofia analítica. In: SULIANI, Antônio (Org.). *Etnias & carisma: poliantéia em homenagem a Rovílio Costa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí, Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2002.

_____. *Seis estudos sobre ser e tempo: comemoração dos sessenta anos de Ser e Tempo de Heidegger*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990.

STEINER, George Albert. *As ideias de Heidegger*. São Paulo: Cultrix, 1982.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

STRECK, Lenio. O 'bom litigante' - Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v.23, n.90, p. 339-354, abr./jun. 2015.

_____. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004.

_____. Em busca das “coordenadas filogenéticas” para a construção de uma teoria da decisão. In: *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito* / Elaine Harzheim Macedo, Daniela Boito Maurmann Hidalgo (organizadoras). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitiero, ou: 'Colaboração no processo civil' é um princípio? *Revista de Processo*, v. 37, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SUMMERS, Robert S. Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification. *Cornell Law Review*, Ithaca, N.Y, v. 63, n. 5, June 1978.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: A ação monitoria. Lei 9.079/95*. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001.

TARELLO, Giovanni. Enunciati, enunciazioni e spie della loro funzione precettiva. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974.

_____. Il formalismo giuridico. In: *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della lege*. Milano: Giuffrè, 1980.

_____. 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: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

_____. Il problema dell'interpretazione: una formula ambigua. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, [S.l.], v. 43, n. 2, 1966.

_____. Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica. In: TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974.

_____. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 143, jan. 2007.

_____. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009.

_____. Garanzie fondamentali della giustizia civile nel mondo globalizzato. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, p. 117-130, jan./mar. 2004.

_____. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

_____. Introduzione all'edizione italiana. DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 1991.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. Poteri Probatori Delle Parti e del Giudice in Europa. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, A Giuffrè, v. 60, ano LX, n. 2, Giugno 2006.

_____. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Razionalità e crisi della legge processuale. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Verità negoziata?. *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. v.11 – Accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008.

TARZIA, Giuseppe. Il Contraddittorio nel Processo Esecutivo. In: *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Milano: Cedam, 1994.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982.

_____. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre a decretação, de ofício, da nulidade de cláusulas abusivas. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 5, nº 269, 10 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/101-artigos-jun-2005/5248-sobre-a-decretacao-de-oficio-da-nulidade-de-clausulas-abusivas>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Sobre a inseparabilidade das questões de fato e de direito. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/715-sobre-a-inseparabilidade-das-questoes-de-fato-e-de-direito>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

_____; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; GAUER, Lessandra. A gênese do direito subjetivo conforme Villey. *Processos coletivos*. Disponível em <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/834-a-genese-do-direito-subjetivo-conforme-villey>>. Acesso em: 05 out. 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Curso de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.*, Porto Alegre, síntese, jan/fev, 2002. n.15.

_____.; NUNES, Dierle José Coelho. 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*. São Paulo, v.34, n.168, p. 107-141, fev. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THOMAS, Vincent. Action ut singuli et demande d'astreinte. *Revue Des Sociétés, Paris*, n. 4, p., out. /dez. 2009.

TRAJAN, Tiago. Entre lógica e epistemologia: Carnap, Quine e o significado do método formal. *Cadernos de história e filosofia da ciência*, Campinas, Série 3, v. 19, n. 2, p. 143-164, jul./dez. 2009.

TRAJAN, Tiago. *A sintaxe lógica da linguagem de Rudolf Carnap: uma análise do princípio de tolerância e da noção de analiticidade*. 2005. Dissertação (Mestrado em Filosofia) -- Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, 2005.

TREVIZAN, Thaita Campos. NETA, Vallêda Bivar Soares Dias. A liberdade sob a perspectiva de Kant: um elemento central da ideia de justiça. *Cadernos EMARF, fenomenologia e direito*. v. 3. n. 1. Rio de Janeiro, abr./set. de 2010.

TROCKER, Nicólo. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (a cura di). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Collana Quaderni de "Il Giusto processo civile" 4. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

_____. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TROPER, Michel. *Por una teoría jurídica del estado*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez. Traducción de María Venegas Grau. Dykinson: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas", 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VALLAURI, Luigi Lombardi. Norme vaghe e teoria generale del diritto. *Ars interpretandi*. Annuario di ermeneutica giuridica. L'intenzione nell'interpretazione. Padova: CEDAM, 1998.

VAREILLES-SOMMIERES, Gabriel *La Broue*. *Des lois d'ordre public et de la derogation aux lois: etude de philosophie du droit et de droit civil* (1899). London: Kessinger Publishing, 2009.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, Rio De Janeiro: Forense, 1984.

VATTIMO, Gianni. *Introducción a Heidegger*. Traducción Alfredo Baéz. Barcelona: Gedisa, 1998.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VERDE, Giovanni. *Il difficile rapporto tra giudice e legge*. Introduzione di Natalino Irti. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

_____. *Profili del processo civile: parte generale*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 1994.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Volumen 1. Madrid: Editorial Tecnos, 1972.

VERHEIJ, Bart; HAGE, Jaap; HERIK, Jaap Van Den. An integrated view on rules and principles. *Artificial Intelligence and Law*, Dordrecht, the Netherlands, v. 6, n. 1, p. 3-26, 1998.

VICENT, Jean. *Précis de procédure civile*. Paires: Libraire Dalloz, 1973.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Editora Resjuridica, 1991.

_____. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Universitárias de Valparaíso, 1976.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VINCENT, Jean. *Voies d'exécution et procédures de distribution*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1976.

VIOLA, Francesco. Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica. *Rivista di Diritto Privato*, [S.l.], v. 7/8, p. 49-64, 2001/2002.

VIRGA, Pietro. *Diritto costituzionale*. 8ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

VON-THUR, Andreas. *Derecho civil*. Teoria general del derecho civil aleman. V. I. Los derechos subjetivos y el patrimonio. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946.

VORASSI, Kenneth M. England's reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States. *Journal of legislation*. v. 30: Iss. 2, Article 8. University of Notre Dame, p. 372. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol30/iss2/8/?utm_source=scholarship.law.nd.edu%2Fjleg%2Fvol30%2Fiss2%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 16 jun. 2015.

WAISMANN, Friedrich. Verifiability. Analysis and metaphysics. Proceedings of the Aristotelian Society, London, v. 19, p. 125, 1945, Suppl.

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. *Revista de Processo*. n. 118, nov/dez, 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A nova audiência preliminar (art-331 do cpc). *Revista de Processo*. n.80, outubro/dezembro de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*. v.35, n.180, fev. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.

_____. *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.

_____. *Questioni di interpretazioni*. Padova: CEDAM, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZENI, Alfredo. *L'influenza della causa nei titolo circolanti*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1921.

ZIZEK, Slavoj. Apresentação da obra Virtude e Terror. In: ROBESPIERRE, Maximilien. *Virtude e terror*. Textos selecionados e comentados por Jean Ducange. Tradução José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: _____. COSTA, Pietro. *Estado de direito: História, teoria e crítica*. Tradução de C.A Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZUCKERMAN, Adrian. Lord Woolf's access to justice: plus ça change... *The modern law review*. v. 59. n. 6. November 1996. Oxford: Blackwell Publishers, 1996.

ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro atual e projetado. In: I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Coordenadores: Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. 2014. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em: 14 jun. 2015.