

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

RODOLFO WILD

A EPISTEMOLOGIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO:
Reminiscência de um Paradigma Autoritário de Processo no Âmbito do Novo
Código de Processo Civil

SÃO LEOPOLDO

2016

RODOLFO WILD

A EPISTEMOLOGIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO:
Reminiscência de um Paradigma Autoritário de Processo no Âmbito do Novo
Código de Processo Civil

Tese apresentada como requisito parcial para a 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

W668e Wild, Rodolfo

A epistemologia do princípio do livre convencimento: reminiscência de um paradigma autoritário de processo no âmbito do novo código de processo civil / por Rodolfo Wild. -- São Leopoldo, 2016.

241 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 – Brasil. 2.Juízes – Brasil. 3.Positivismo jurídico. 4.Prova (Direito). 5.Livre convencimento. I.Ribeiro, Darci Guimarães. II.Título.

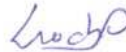
CDU 347.91/.95(81)
347.962.1(81)

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: “A EPISTEMOLOGIA DO PRÍNCIPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO: REMINISCÊNCIA DE UM PARADIGMA AUTORITÁRIO DE PROCESSO NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”, elaborada pelo doutorando **Rodolfo Wild**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 22 de dezembro de 2016.

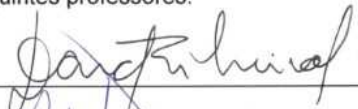


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

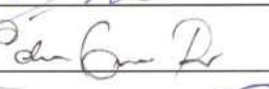
Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. Artur Luis Pereira Torres



Membro: Dr. José Maria Rosa Tesheiner



Membro: Dr. Éderson Garin Porto



Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



Meus profundos agradecimentos à UNISINOS, pelo ambiente de excelência acadêmica em todos os níveis do ensino superior; ao prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, verdadeiro exemplo profissional e insuperável Mestre que contribuiu decisivamente na minha formação na área jurídica desde a graduação; à colega de docência, profa. Dra. Miriam Schaeffer, sempre disposta ao debate qualificado; ao advogado Antonio Claudemir Weck, amigo e profissional dedicado, detentor de luzes únicas; ao também amigo e colega Paulo Junior Trindade dos Santos, jovem doutorando de grande talento, capaz de sustentar inúmeros debates extremamente qualificados. Mas, sobretudo, à Suzi, Arthur e Alice, pelo carinho imenso e, também, paciência.

Entendo por racionalidade subjacente o modo de funcionamento social do discurso jurídico, guiado por efeitos pré-compreensivos de sentido, que vão transformando o sentido comum teórico em um princípio de controle da validade e da verdade do discurso jurídico. O sentido comum teórico notifica, desta forma, o “lugar secreto” das verdades jurídica. (Luis Alberto Warat).

RESUMO

O presente estudo tem, por objetivo, demonstrar o estágio atual da jurisprudência brasileira relativamente ao livre convencimento, especialmente em face aos sinais de sua manutenção, mesmo sob a vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015. Com base nisso, pretende mostrar como o livre convencimento vem contribuindo para o exacerbamento da discricionariedade nas decisões judiciais, mediante seleção do material probatório com vistas a conferir uma capa de aparente racionalidade nas referidas decisões. Nesse contexto, também pretende demonstrar como tal concepção é fruto de um paradigma autoritário de processo, introduzido no Brasil a partir do Código de Processo Civil de 1939, com base nas influências da obra de Giuseppe Chiovenda. Ainda, como a manutenção desse paradigma foi facilitada, de um lado, pela permanência de determinadas concepções do positivismo jurídico, diferenciando, para tanto, o positivismo normativista inspirado na obra de Hans Kelsen daquele que lhe precedeu, qual seja, o legalista ou exegético. Por outro lado, também foi facilitada por uma equivocada compreensão do livre convencimento como um princípio processual. Assim, resgata o estudo, tanto do objeto do processo quanto do objeto do debate, focando suas diferentes correntes doutrinárias para demonstrar que, na teoria geral do processo, o livre convencimento não encontra lugar como parte específica em nenhum dos objetos estudados. Disso decorre a imprecisão – e mesmo ausência de rigor - doutrinária acerca da natureza jurídica do livre convencimento, o que está contribuindo para que esse continue a iludir, tanto no plano teórico quanto no prático, os problemas ligados à justificação das decisões judiciais. Todo esse complexo conjunto de fatores, enfim, vem contribuindo para que a jurisprudência continue a repetir, na atualidade, as lições de Chiovenda, inspiradas em um paradigma autoritário, relativamente ao livre convencimento.

Palavras-chave: Livre convencimento. Princípio da autoridade no processo civil. Positivismo. Objeto do processo. Objeto do debate.

ABSTRACT

The purpose of this study is to demonstrate the “status quo” of Brazilian judicial decision´ formation in regard to the “rational persuasion model” in the judicial decision-making process, especially in light of the signs of its maintenance, even under the New Civil Procedure Code of 2015. Based on this, the research intends to show how the use of the “rational persuasion model” in the judicial decision-making process has contributed to the exacerbation of judicial discretion on such decisions, through the selection of material evidence with a view to conferring a layer of apparent rationality in said decisions. In this context, it also intends to demonstrate how this conception or technique is the result of an authoritarian paradigm of process, introduced in Brazil with the 1939 Civil Procedure Code, based mainly on the influences of the work of scholars as Giuseppe Chiovenda. Furthermore, as the maintenance of this paradigm was facilitated, on one hand, by the continuity of certain conceptions of legal positivism, differentiating, for that, normativist positivism inspired by the work of Hans Kelsen of the one who preceded him, that is, legalistic or exegetical theory. On the other hand, it was also facilitated by a mistaken understanding of the rational persuasion model as a procedural principle to be applied in the judicial decision-making process. Thus, the study investigates both, the object of the process and the object of the debate, focusing in its different doctrinal approaches to demonstrate that, in the general theory of the judicial process, rational persuasion model does not find a place as a specific part in any of the studied objects. From this model or principle arises the imprecision - and even lack of doctrinal rigor - about the legal nature of “rational persuasion model”, which is helping to continue to elude both the theoretical and the practical problems related to the motivation of judicial decisions. All this complex set of factors, in short, has contributed to the fact that the judicial decision-making process and developing precedents continues to repeat, at the present time, the lessons of Chiovenda, inspired by an authoritarian paradigm, with respect to applying a rational persuasion model and enhancing judicial discretion in the decision-making process.

Key-Words: Rational persuasion model. Authoritarian paradigm of process. Positivism. Object of the process. Object of the debate.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 FENOMENOLOGIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO	17
2.1 A Ótica dos Tribunais Brasileiros	17
2.1.1 Pan-Principiologia.....	19
2.1.2 O Livre Convencimento à Luz dos Tribunais Superiores Brasileiros.....	21
2.1.3 Algumas Notas Sobre o CPC/2015.....	30
2.2 A Moldura Possível: uma Imersão no Paradigma do Positivismo Jurídico	35
2.2.1 O Positivismo Exegético ou Legalista	42
2.2.2 O Positivismo Normativista	53
2.3 Os Princípios Jurídicos	58
2.3.1 Um Resgate Histórico dos Princípios.....	60
2.3.2 Os Princípios no Direito Pós-Segunda Guerra Mundial	78
2.3.3 O Livre Convencimento: Regra, Princípio ou <i>Sistema</i>	87
3 OBJETO DO PROCESSO (PERCURSOS DO LIVRE CONVENCIMENTO NA TEORIA DO PROCESSO)	90
3.1 A Compreensão do Objeto do Processo Como <i>Mérito</i> do Processo	99
3.1.1 Mérito e <i>Lide</i>	102
3.1.2 Mérito e o <i>Complexo de Questões</i> (de Mérito)	104
3.1.3 Mérito e <i>Demanda</i>	107
3.1.4 Mérito e <i>Pretensão</i>	110
3.1.5 Mérito e Pedido	129
3.1.6 Mérito Como Pedido e Causa de Pedir	132
3.1.7 Mérito como Pedido, Causa de Pedir e Defesas do Réu.....	136
3.2 O Objeto do Debate no Processo	137
3.2.1 As Questões no Processo	142
3.2.2 (Das Questões ao) Objeto do Debate	150
3.3 O Livre Convencimento no Vácuo das Teorias Processuais Relativas ao Objeto do Processo e Objeto do Debate	156
4 O LIVRE CONVENCIMENTO: ENTRE A <i>ILUSÃO</i> PACIFICADORA E A SUA COMPREENSÃO PROBLEMÁTICA.	160

4.1 A Ilusão Pacificadora.....	160
4.1.1 Em uma Perspectiva Histórica.....	160
4.1.2 Em uma Perspectiva Dogmática.....	167
4.2 Compreensão <i>Problemática</i> do Livre Convencimento	174
4.2.1 O Livre Convencimento: Notas Sobre um Problema Epistemológico.....	174
4.2.2 A <i>Ordem Assimétrica</i> na Formação do Livre Convencimento.....	184
4.3 O Livre Convencimento no Brasil: Reminiscências de um Sentido Autoritário de Processo	190
5 CONCLUSÃO	205
REFERÊNCIAS.....	217

1 INTRODUÇÃO

Fazem já alguns anos de advocacia e, nesse tempo, é possível lembrar determinados momentos marcantes na atividade profissional. Um desses fora a defesa em um determinado processo de execução, no qual o executado requereu a suspensão de praxeamento de imóvel com base em dois fundamentos. O primeiro, relativamente à afetação do bem à atividade essencial, regulamentada por Lei e, o segundo, a inutilidade do ato de expropriação, tendo em vista a existência de outras penhoras preferenciais que absorveriam a integralidade do eventual produto resultante da alienação (*“princípio da menor onerosidade”*). Em decisão interlocutória, o Juízo indeferiu o pedido de sustação do leilão, sob o fundamento de que a eventual afetação do bem à atividade essencial não seria fundamento hábil a impedir a expropriação. Foram opostos embargos de declaração em face a essa decisão, visando o julgamento relativo à vulneração ao princípio da menor onerosidade, mas o recurso não foi provido sob o fundamento de que não subsistiria omissão, obscuridade ou contradição a ser superada já que, em face ao *princípio da livre convicção*, não subsistiria obrigatoriedade de o órgão jurisdicional responder a todas as alegações da parte quando encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

Passados tantos anos daquela decisão, ainda é possível sentir, de forma quase física, o *desconcerto* que essa causou àquele jovem advogado que, na prática, teve ignorada uma possível linha de defesa no processo em que atuava. Lastreado no conhecimento *prático* advindo da militância forense, somado ao obtido recentemente na sua graduação, fora buscar elementos para discutir a decisão referida. Ao estudar o objeto da decisão judicial, lhe ocorreu, entretanto, um segundo *desconcerto*, haja vista encontrar lição doutrinária no sentido de que “[...] é muito cara à doutrina dos processualistas a assertiva de que a jurisdição se exerce sempre em face de casos concretos e que ela não tem o escopo de dar solução a questões”.¹

Os verbetes jurisprudenciais chancelando o *princípio do livre convencimento* como uma justificativa hábil para não debater determinados fundamentos suscitados

¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 310-311. O doutrinador conclui em seguida: “No exercício da atividade jurisdicional, o juiz dá, sim, solução a questões, mas ele o faz apenas em um segmento do *iter* lógico de sua atividade, ao colocar os pilares sobre os quais assentará depois o serviço acabado, que é a solução da causa”.

pelas partes multiplicaram-se a ponto de se tornarem lugares-comuns nas bases de dados da jurisprudência de qualquer Tribunal no País, muito embora sofra resistência no âmbito da doutrina especializada como se vê nas revisões críticas da matriz solipsista ou, ainda, relativas ao paradigma de *dupla face*² contidos na obra de STRECK e, principalmente, à luz do tema *processo e democracia*,³ na forma capitaneada por RIBEIRO. Em realidade, a discussão relativa ao *princípio* em causa vem assumindo grande proporção na atualidade como demonstra a própria reflexão que precederam a redação do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, transpareceu claramente a preocupação em torno do livre convencimento na Exposição de Motivos do novel diploma adjetivo.⁴

Aliás, a edição dessa novel legislação processual parece ter despertado, na comunidade jurídica, a esperança de ver soterrado o *livre convencimento*, ao menos na forma divisada pela jurisprudência referida. Contudo, nem mesmo passado um ano do início da vigência do novo Código processual, já se encontram posicionamentos jurisprudenciais que tendem a manter aquela (velha) compreensão aduzindo, por exemplo, que o “[...] julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão” e, nessa linha, que o “[...] art. 489 do CPC/2015 veio

² “Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo positivista de fazer e interpretar o direito. Explicando melhor: se, de um lado, parte considerável da doutrina e jurisprudência do direito ainda sustenta posturas objetivistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao interprete, ou seja, a lei “vale tudo”, espécie de consolidação do “paraíso dos conceitos do formalismo” de que falava Hart), de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo, segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 244.

³ “A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva *concretização* dos direitos e garantias fundamentais, e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, or sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valoroso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos designios da verdadeira democracia”. RIBEIRO, Darcí Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

⁴ Nas suas palavras: “[...] se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

confirmar a jurisprudência já sedimentada, [...] sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”.⁵

O tema relativo ao livre convencimento permanece atual, portanto, merecendo um aprofundamento teórico e investigativo nos termos da proposta do presente estudo. Essa temática pode ser abordada sob vários aspectos: um deles diz respeito ao paradigma de dupla face e conseqüente reforço ao solipsismo judicial ventilado por STRECK, consoante acima referido; outro, pelo contraste com o tema *democracia*, na forma inaugurada por RIBEIRO, também já suscitado alhures; um terceiro aspecto liga-se à instrução probatória *per se*, o que é percebido em teses doutorais como a defendida por CANESTRELLI⁶ ou, ainda, como esse princípio é compreendido pelos próprios atores do processo como, por exemplo, a defendida por FONSECA.⁷ Por fim, também podem ser encontrados importantes trabalhos ligando o livre convencimento ao tema da formação da verdade no processo ou à fundamentação das decisões judiciais como, por exemplo, em TARUFFO⁸.

Todas as vertentes visualizadas são válidas e ligadas entre si na medida em que investigam os limites e a compreensão do livre convencimento motivado. Caberia, portanto, uma síntese dessas diferentes análises do instituto em comento ou restringir o alcance dessa pesquisa a um aspecto não abordado pelos trabalhos que lhe precedem. No caso desse trabalho, não se pretende realizar um mapa exato

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no mandado de segurança 21.315**, da 1º Seção. Embargante: Paulo Rodrigues Vieira. Embargado: União Federal. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal convocada – Tribunal Regional Federal da 3º Região). Brasília, DF, julgado em: 08 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518847&num_registro=201402570569&data=20160615&formato=PDF>. Acesso em 19 nov. 2016.

⁶ Ver CANESTRELLI, Serena. **Istruzione probatoria e libero convencimento del giudice**. Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2011. 296 p. Disponível em: <https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/20077/25552/Phdunimib_040978.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

⁷ Ver FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado**. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho, 2008. 267 p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060431.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015. Conferir também em BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambigüidades da imparcialidade judicial**. Entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. 572 p.

⁸ TARUFFO, Michelle. **La Prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 395 e também em **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. 110 p.

do livre convencimento, no sentido de lhe abarcar todas as matizes e teses circundantes.⁹

Opta-se, portanto, pela segunda hipótese, isto é, verificar se o que a jurisprudência enuncia (e compreende) como *livre convencimento*, especialmente no que pertine ao seu aspecto *principlológico*, encontra sustentação no plano da teoria do Direito e, especialmente na teoria do processo. Os *mapas cognitivos*¹⁰ construídos pela citada jurisprudência devem ser contrastados com o conjunto de elementos¹¹ que animam a sua confecção. Afinal, se é certo que o adequado entendimento dos *mapas* exige algum consenso – e conhecimento prévio – dos mecanismos, símbolos e procedimentos que permitem a sua elaboração, mostra-se adequado afirmar que a compreensão do *livre convencimento* exige também algum entendimento acerca das premissas que, previamente, informam e amparam o seu *modus* de compreensão e circulação no meio jurídico.

Dito por outras palavras, o que se pretende, aqui, é verificar aquilo que se encontra ausente em outras obras consultadas e que diz respeito a uma investigação mais aprofundada relativamente à matriz processual do livre convencimento tal qual compreendido pela jurisprudência brasileira hodierna. A problemática que pretende resolver, portanto, diz respeito a verificar se o livre convencimento – tal qual identificado pela jurisprudência – corresponde a um aspecto de puro *decisionismo* ou se existe algum fundo nele, identificável no âmbito da teoria do processo. Assim,

⁹ “A principal característica estrutural dos mapas reside em que, para desempenharem adequadamente as suas funções, têm inevitavelmente de distorcer a realidade. Jorge Luís Borges conta-nos a história do imperador que encomendou um mapa exacto do seu império. Insistiu que o mapa devia ser fiel até ao mínimo detalhe. Os melhores cartógrafos [...] produziram um mapa de exactidão insuperável, pois que coincidia ponto por ponto com o império. Contudo, verificaram, com grande frustração, que o mapa não era muito prático, pois era do tamanho do império”. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. Lisboa: Cortez, 2000. p. 200-201.

¹⁰ Os *mapas* podem ser vistos como representações da realidade concreta e, assim, para serem práticos, “não pode coincidir ponto por ponto com a realidade. No entanto, a distorção da realidade que isso implica não significa que a representação seja arbitrária, desde que os mecanismos de distorção da realidade sejam conhecidos e possam ser controlados”. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. Lisboa: Cortez, 2000. p. 200-201.

¹¹ Tais *elementos* são, por ora, identificados com a “[...] racionalidade subjacente aos modos de funcionamento social do discurso jurídico, guiado por efeitos pré-compreensivos de sentido, que vão transformando o sentido comum teórico em um princípio de controle da validade e da verdade do discurso jurídico. [...] De fato, a racionalidade jurídica subjacente aos diversos discursos do direito tem bastante pouco de espontânea e muito de um jogo de manobras institucionais”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II. p. 75-76.

a tese está situada em um ponto anterior à identificação do paradigma de dupla face (STRECK) ou à teoria democrática do processo (RIBEIRO).

Dito por outras palavras, o que a tese busca é problematizar o estágio pragmático de compreensão do livre convencimento em seu contraste com a teoria do processo, havendo, nesse sentido, uma aproximação com as categorias que vem sendo trabalhadas pela doutrina referida acima, mas que, com essas, não se confunde. Tendo em conta a existência dos trabalhos antes referidos, esses não serão desenvolvidos novamente aqui, remetendo-se o leitor às obras mencionadas. Da mesma forma, também não será abordada a discussão sobre a possibilidade de a decisão judicial criar – ou não - o Direito, o que já vem sendo desenvolvido com maestria por RIBEIRO.¹² Em última análise, os limites deste trabalho estão situados na compreensão do livre convencimento em um contexto capaz de identificar seu pressuposto metodológico no âmbito da teoria do processo.

Destacam-se outras limitações incorridas pelo presente trabalho. Muito embora reconheça-se que a teorização da fundamentação da decisão judicial confere margens mais amplas para a compreensão da decisão correta,¹³ tanto uma quanto a outra não integram o conjunto de investigações aqui propostas, senão de forma reflexa. O mesmo ocorre em relação ao conteúdo próprio da verdade¹⁴ no

¹² Ou seja, não se está suscitando um novo embate entre teorias em torno do monismo *versus* dualismo jurídico. Assim, não se está negando a assertiva de que “[...] surge o juiz como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, de sorte que a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96. No mesmo sentido, PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12-13.

¹³ No Brasil, já existem vários trabalhos relevantes na área da *decisão judicial correta*. Cita-se OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248 p.; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, Andre Karam. (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. AFLEN DA SILVA, Kelly Susane. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 459 p.; e, por todos, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 639 p.; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. 420 p. e; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3 ed. São Paulo: RT, 2013. 974 p.

¹⁴ Ver, de forma exemplificativa, BAPTISTA, Francisco das Neves. **O Mito da verdade real na dogmática do processo penal**. São Paulo: Renovar, 2001. 232 p.; PINTORE, Anna. **El Derecho sin Verdad**. Madrid: Dykinson, 2005. 236 p.; BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. 111 p. Por todos, cita-se TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. 299 p. Também, desse doutrinador: **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. 429 p.

âmbito do processo. Nesse sentido, a investigação da compreensão *principiológica* do livre convencimento também não cotejará todas as teorias e matrizes filosóficas dos princípios jurídicos, estando voltada mais ao exame de alguns dos elementos formadores do positivismo jurídico, especialmente pelo paradoxo resultante do seu repúdio pelo sentido comum havido no meio jurídico brasileiro.¹⁵ Por fim, temas processuais como prova judiciária, contraditório e ampla defesa, dispositivo, etc., também não se constituem em objeto da investigação aqui proposta, muito embora encontrem-se referências a esses ao longo do seu desenvolvimento.

Esse é o motivo pelo qual a primeira parte do trabalho cuidará de verificar qual o estágio atual da compreensão do *livre convencimento* e, dessa forma, examinar como esse tem sido aplicado pelas decisões judiciais no contexto dos Tribunais brasileiros, focando sua compreensão *principiológica*.¹⁶ Tendo em conta a multiplicidade de Tribunais no Brasil, o estudo será concentrado na jurisprudência das Instâncias Superiores de Jurisdição e, dentre elas, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, haja vista que seus posicionamentos tendem a se refletir, em regra, nas instâncias ordinárias de jurisdição como uma espécie de *projeção cartográfica* no sentido atribuído por SOUZA SANTOS. Além disso, será efetuado o contraste dessa compreensão principiológica à luz do paradigma do positivismo jurídico, destacando-se as diferenças entre o positivismo exegético legalista e o normativista de cariz kelseniano. Por fim, serão resgatados os pressupostos que animam os princípios jurídicos com vistas a verificar se o livre convencimento pode ser, efetivamente, abarcado como um princípio ou se subsiste algum equívoco na sua apreensão principiológica.

¹⁵ Anota-se: o repúdio ao paradigma positivista decorre da sua identificação com as mazelas que obstaculizaram por longo período a *modernização* do próprio Direito. Daí porque se mostra necessário realizar um esforço, ainda que breve, na diferenciação entre os diversos *positivismos*, focando, o estudo, na diferenciação entre o positivismo legalista ou exegético e o normativista *kelseniano*. **Exemplificativamente:** “[...] o mesmo juiz pode ser positivista em um caso e ativista em outro; ele pode seguir rigidamente a lei em um caso e rasga-la em outro, como também cumprir a lei em um caso e fazer justiça alternativa no outro. [...] Ser positivista ou ser ativista não é uma questão no judiciário moderno. Hoje, o que importa é saber: quando e por que ser positivista ou ativista.” BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial:** entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. p. 253.

¹⁶ Há, portanto, a pretensão de explorar *uma* das perspectivas ligadas à teoria da decisão judicial atinente ao livre convencimento e, não, de toda a teoria que envolva essa relevante matéria. Nesse sentido, busca-se a vazão à problemática que vem sendo suscitada em doutrina: “o problema da fundamentação das sentenças, ainda pouco explorado entre nós, em razão do pressuposto de que o juiz deve limitar-se a ser um oráculo do legislador, revelando-lhe a “vontade”, pode ser explorado a partir de várias perspectivas”. BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 156.

O segundo capítulo conta com uma abordagem do objeto do processo e do objeto do debate à luz da teoria geral do processo. Compreende-se como necessário o resgate dessa temática com vistas a averiguar em que medida o livre convencimento interfere – ou não – na compreensão de ambos os objetos, sendo investigados, para tanto, as várias correntes doutrinárias que se formaram em torno dessa temática. Assim, a pesquisa perpassará tanto pelo conceito de *mérito* quanto de *questão* no âmbito do processo, evoluindo para o tema relativo ao *debate* de forma a integrar as condições pelas quais o livre convencimento influencia a sua percepção. Disso poderá ser extraído, ao final, como o caso concreto é – ou não – integrado aos diferentes objetos examinados de forma a realizar a necessária ponte para o terceiro capítulo do trabalho.

Por fim, o terceiro capítulo será concentrado na visão tradicional do livre convencimento na sua perspectiva histórica e dogmática. Nesse sentido, abordará as diferentes falas doutrinárias em torno desse, buscando também averiguar a consistência da sua compreensão como um princípio do processo civil. Após, visualizará o instituto em uma dimensão *problemática*, contando, para tanto, com alguns aspectos inerentes à epistemologia da prova judiciária e, também, com elementos formadores da compreensão assimétrica do processo hodierno em contraste com a ordem isonômica do processo comum medieval. O amálgama disso tudo possibilitará ver em que medida a compreensão jurisprudencial hodierna do livre convencimento se constitui em uma dimensão – ou desdobramento – de um paradigma autoritário do processo.

Por fim, a pesquisa propõe-se a investigar um problema de origem pragmática e que suscita inquietações e mesmo determinadas angústias no seio da comunidade jurídica brasileira. Assim seu fio condutor apresenta natureza *aplicada*, razão pela qual o método de abordagem será descritivo e comparativo, com vistas a explicar e relacionar causas e efeitos do problema proposto e, a partir disso, explorar algumas das variáveis que, em maior ou menor grau, influenciam nos resultados verificados. Pretende-se, nesse sentido, um *método* de *redução*, *destruição* e *construção* na forma propugnados por OLIVEIRA,¹⁷ com vistas à apuração de sínteses que permitam divisar a extensão do problema enfrentado.

¹⁷ *Redução, Destruição e Construção* são elementos do “método” fenomenológico-hermenêutico que não podem ser pensados fora daquilo que Stein nomeia como a *dupla vertente* do “método”: a

Uma das principais premissas desse método é a análise (cotejo) da jurisprudência e a investigação em fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras, a qual é formada, predominantemente pelo exame de livros jurídicos, relatórios oficiais e fontes jurisprudenciais. Nesse sentido, busca-se por meio desse recurso conhecer tanto a gênese dogmática de institutos abordados como, também, a própria contribuição que os diversos autores pesquisados já deram para a solução do problema aqui proposto.

Tendo em conta o cotejo jurisprudencial pretendido a fim de averiguar o problema prático referido acima, a pesquisa terá, como guia, o método fenomenológico-hermenêutico¹⁸ de forma a buscar uma aproximação do investigador com o próprio objeto de estudo. Essa premissa metodológica é adotada como um instrumento de vazão às advertências de STRECK e evitar incorrer nos riscos engendrados pelo paradigma de dupla face antes referido. Assim, o método privilegia em relacionar o pesquisador com o próprio objeto do seu estudo, não se tratando de *alhear-se* do mundo pesquisado. É o que diz o referido doutrinador: “o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto” e, nesse sentido, sua “[...] explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”.¹⁹

Cabe dizer, por último, que o presente trabalho centra a temática do livre convencimento no âmbito do processo civil. Nesse sentido, a expressão *livre convencimento* é usada, no desenvolvimento da presente tese, em sentido idêntico ao atribuído às expressões *livre convencimento motivado* e *persuasão racional*.

vertente *molar* e a vertente *molecular*”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 41.

¹⁸ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano in **Sobre a essência do fundamento**. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979, p. 84-86.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

2 FENOMENOLOGIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO

Pretende-se verificar, abaixo, as condições nas quais o livre convencimento é concebido pela jurisprudência e doutrina na atualidade, bem como identificar os pressupostos que animam tal compreensão.

2.1 A Ótica dos Tribunais Brasileiros

Cabe referir inicialmente que o sentido comum teórico²⁰ brasileiro voltou-se, na atualidade, contra o positivismo como um dos problemas centrais do Direito e Justiça contemporâneos. Isso ocorre dentro de um movimento mais amplo, difusamente denominado de *neoconstitucionalismo*,²¹ um movimento que realiza,

²⁰ “O sentido comum teórico precisa, assim, ser entendido como uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Esta racionalidade tem múltiplos modos de emergência (surge como comportamento / modos de sensibilidade, de percepção e de sexualidade hábitos e fantasmas éticos, religiosos e gnoseológicos / relações estereotipadas ou preconceituosas / dispositivos de vigilância e disciplina / mitos, fetiches e operadores totêmicos / etc.) e configura a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade das ciências humanas, assim como também incide sobre a pré-compreensão que regula a atuação dos produtores e usuários desses discursos”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, vol II. p. 71.

²¹ O presente trabalho não tem por escopo a investigação das correntes doutrinárias e respectivas problematizações inerentes ao neoconstitucionalismo. Por isso, o assume como um movimento que englobou mudanças fundamentais na teorização e aplicação do Direito Constitucional, cujo resultado pode ser assim resumido: “princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação em vez de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo). Constituição em substituição à Lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da Lei)”. AVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado**, p. 2, jan. de 2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 14 set. 2015. A mesma ideia transparece em MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30 e segs; BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. São Paulo: FGV, vol. 240, p. 84-85, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2473>>. Acesso em 14 set. 2015. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo – RDA**. São Paulo: FGV, vol. 240, p. 04 e segs, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em 14 set. 2015. Exemplificativamente, também observa-se na doutrina estrangeira: POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación judicial (Trad. Josep M. Vilajosana). **DOXA – Cuadernos del Filosofia del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, n. 21, p. 340-341, 1998. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/n-21---1998/>>. Acesso em 14 set. 2015; VIGO, Rodolfo Luis. Constituição e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. Trad. Faustino da Rosa Júnior e Marta Marques Ávila. **Revista Eletrônica de Direito da UFSM**. Santa Maria: UFSM, n. 1, vol. 3, p. 6, 2008. Disponível em:

para o sentido comum, um esforço de superação do positivismo e (re)afirma determinadas críticas antiformalistas, algumas já verificadas em outros movimentos anteriores como, por exemplo, as produzidas pela escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e pela jurisprudência dos valores.²²

Metodologicamente falando, no campo da teoria do direito, o recurso ao método dedutivo (característico do positivismo exegético, normativista e da jurisprudência dos conceitos alemã) vem sendo tensionado desde fins do século XIX até a atualidade pelo seu contraste ao indutivo/problemático (característico do movimento do direito livre e da jurisprudência dos interesses). Desse tensionamento, conjugado com o repúdio ao positivismo, resultou o reforço do método indutivo/problemático²³ e, com esse, o fortalecimento ao uso dos princípios gerais em contraposição às regras.²⁴ Enfim, por meio desse raciocínio, pretendeu-se a *abertura* do sistema jurídico com base nos princípios gerais.²⁵

<<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6829>>. Acesso em 14 set. 2015; REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras *in DOXA – Cuadernos del Filosofía del Derecho*. Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, n. 30, p. 665-666, 2007. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa/>>. Acesso em 14 set. 2015. Anota-se, entretanto, posição de FERRAJOLI, que entende a expressão “neoconstitucionalismo” como ambígua e enganadora, preferindo, por isso, a expressão “constitucionalismo principialista e argumentativo” (Ver FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista *in* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz *et alii* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15-21.

²² STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo *in* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz *et alii* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 62.

²³ “Na ciência do direito, foram sobretudo as teorias empíricas que julgaram ser possível chegar à decisão jurídica partindo exclusivamente do caso, sem recurso a qualquer norma (em certa medida, trata-se de um <<dualismo metódico invertido>>)”. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 186.

²⁴ Exemplificativamente: “[...] ainda que devamos acatar, nesta dissertação, a idéia de princípios jurisprudenciais como proposições diretivas ou *topoi*, dado que reconhecemos que a investigação jurídica não pertence ao espírito dedutivo-sistemático [...]”. (FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 33.

²⁵ A problemática inerente à posição dos princípios gerais dentro do sistema jurídico e sua ligação umbilical com a hermêutica pode ser consultada, com profundidade, na obra de Lenio Luiz STRECK, não sendo objeto, portanto, do presente estudo. Contudo, vale anotar a seguinte passagem: “[...] a diferença entre a hermeneutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama a colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermênutica – como já referido à saciedade – *parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete*”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 235.

2.1.1 Pan-Principiologia

Os princípios jurídicos tornaram-se uma das armas preferidas no combate ao positivismo jurídico da atualidade. Esse é o cenário presente no imaginário jurídico brasileiro, que vem experimentando uma mudança de paradigma com pretensões de soterrar o positivismo por meio de um novo eixo discursivo, no qual os princípios (mormente os de matiz constitucional) são identificados como o *suporte dos valores da sociedade* e, portanto, capazes de inaugurar a *era dos princípios constitucionais*.²⁶ Há uma aposta nos *princípios* como meio de superação do paradigma “*juiz boca da lei*”, os quais permitem, ao juiz, “realizar determinações jurídicas *mesmo que não contidas no direito legislado*”.²⁷ Nesse contexto, raros são os dias em que os operadores não sejam surpreendidos com a identificação novos princípios pela doutrina e jurisprudência. Aliás, para se ter uma ideia dessa inflação principiológica encontram-se, hoje, no panteão da *principiologia* brasileira, até mesmo referências aos “*princípios do direito eletrônico processual*”.²⁸

Podem ser apontados, nesse contexto, um incontável (e incontrolável) elenco de princípios que são criados, modificados e abarcados por outros no cotidiano dos tribunais e da doutrina e que possuem, em sua maioria, nítida pretensão retórico-corretiva, além de tautologias que os conformam.²⁹ Grande parte deles operam como *standards* interpretativos, axiomas com pretensões dedutivistas, mas que, no bojo

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz *et alii* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 65.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). **Constituição e Processo: entre o direito e a política**. São Paulo: Fórum, 2013. p. 219.

²⁸ Observa-se a seguinte passagem: “Os princípios próprios do direito eletrônico processual são defendidos por estudiosos da matéria, a exemplo dos que são propostos por Jose Eduardo de Resende Chaves Junior, princípio da Imaterialidade, Conexão, Interação, Intermidialidade, Hiper-Realidade, Instantaneidade e Desterritorialização”. FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. O processo eletrônico no Superior Tribunal de Justiça (STJ): análise da tempestividade das tutelas de consumo. **Revista Digital e Governo Eletrônico**, n. 7, p. 58, 2012. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=OCDgQFjAC&url=http%3A%2F%2Fbuscalegis.Ufsc.br%2Fprevistas%2Findex.php%2Fob_servatoriodoegov%2Farticle%2Fdownload%2F34199%2F33096&ei=1hYMUtyXGYLu9ASfi4C4DQ&usq=AFQjCNEkXGsTgtxW9283BPnoYYz59FglPg&bvm=bv.50723672,d.EWU>. Acesso em 14 ago. 2013).

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo in FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz *et alii* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 65.

da sua diversidade, não apresentam critérios sólidos de construção. Do “[...] modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria - tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmaticistas, mas que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização”.³⁰

Encontram-se, por isso, referências que apontam a utilização dos princípios no campo do direito como articulação de verdadeiros malabarismos conceituais e de propósitos ideológicos, muitas vezes valendo menos como um estímulo a uma racionalidade argumentativa e, mais, para encobrir as mais variadas operações hermenêuticas.³¹ A assertiva é forte, sobretudo porque a articulação em torno dos princípios tem sido festejada no âmbito do imaginário de expressiva parcela da comunidade jurídica brasileira, especialmente por aqueles que acreditam na superação do positivismo por meio do fortalecimento do papel dos princípios no sistema jurídico: “[...] *si algunos temen que los principios se conviertan en una fuente inagotable de activismo judicial, otros elogian sus virtualidades como instrumentos de control sustancial frente a un Gobierno o Parlamento eventualmente desbocados*”.³²

Por tudo isso, STRECK identifica, nesse fenômeno atual, um *pan-principiologismo* ou uma “bolha especulativa dos princípios”. É que isso, na forma como observada, tem autorizado a produção sentidos e falas que autorizam o intérprete, na falta de leis apropriadas, a lançar mão de ampla *principiologia*. E, na falta de um princípio aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.³³ O problema é grave, porque privilegia o *solipsismo*³⁴ do juiz, que passa a (ter a faculdade de) *julgar*

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo in FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz *et alii* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66. Pode-se destacar lição que aponta para a exponencialização dessa problemática pela edição do Código Civil de 2002: “[...] quando se defronta, em 2002, com um texto do Código de 1916 apenas reformulado, mas mantendo a sua estrutura, trazendo de novo um lamentável paradigma, qual seja, o de retornar tudo para o juiz, numa época de magistratura assoberbada de serviço [...]. Houve um outro brado, este partido da Alemanha, quando se começou a falar de *conceitos jurídicos indeterminados e em cláusulas contratuais gerais*, porque em ambas as situações *há uma fuga da lei para o juiz*”. (BRITO, Edvaldo. Nota prévia in GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. XI-XII).

³¹ SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. p. 45-46.

³² SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. p. 46.

³³ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo in FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz *et alii* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67.

³⁴ “[...] quando falo aqui [...] de um sujeito solipsista, refiro-me a essa consciência encapsulada

a própria lei com base no recurso (leia-se, “fuga”) aos *princípios*. Esse estado de coisas permite a desvinculação/descomprometimento do julgador com a ordem jurídica, já que a ampla liberdade de julgamento (leia-se essa como a opção de aplicação de regra *ou* princípios) permite que o magistrado *ora* aplique a regra, *ora* fuja dessa mediante o recurso aos princípios, ao talante da *sua* consciência o que pode levar, inclusive, ao descomprometimento com a ordem posta, já que, em última *ratio*, não se subordina a elementos externos à sua consciência.

A aposta nos princípios como fator de superação paradigma positivista apresenta-se, em última análise, antidemocrática, porque basta a o aplicador invocar um ou mais princípios e, com eles, derrubar *qualquer* regra – ou mesmo a própria lógica - do sistema conforme o seu *sentimento* pessoal do justo. Nesse sentido, a *sobreposição* da convicção do julgador ao próprio sistema como um dado *a priori* permite recordar a lição de MAUS, sobre um judiciário com pretensões de ascender à condição da mais alta instância moral e, assim, escapar de qualquer mecanismo de controle social ao qual normalmente deve(ria) se subordinar, tal qual todas as instituições do Estado em uma forma de organização política substancialmente democrática. Em última análise, “no domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’ dotado de atributos morais ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social”.³⁵

2.1.2 O Livre Convencimento à Luz dos Tribunais Superiores Brasileiros

É nesse cenário que se observa uma grande valorização, no cenário jurídico processual brasileiro, do denominado princípio do livre convencimento. É fato que a jurisprudência o recepcionou firmemente como um *princípio* regente do processo

que não sai de si no momento de decidir. [...] Ou seja, para o solipsismo filosófico – e pensemos aqui na discricionariedade positivista, louvada até mesmo pelos setores críticos da teoria do direito – o mundo seria/é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso “feixe de sensações”. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. *In* MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). **Constituição e Processo: entre o direito e a política**. São Paulo: Fórum, 2013. p. 225.

³⁵ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade e o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 58, p. 187, 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

civil, extraindo grande parte de sua força do art. 131 do CPC/73 (e do art. 155 do CPP) e orientando a própria atividade decisória a partir desse. Tanto que um grande número de decisões judiciais se respaldam, de alguma forma, nesse princípio, pelo qual entende-se que “[...] o ordenamento jurídico fixa o princípio do livre convencimento motivado, diante do qual o juiz pode apreciar com liberdade as provas colacionadas aos autos”.³⁶ Nessa medida, encontra-se ainda que:

o juiz não está adstrito às provas produzidas exclusivamente por uma das partes, podendo, pois, formar sua convicção com outros elementos ou fatos constantes dos autos, inexistindo empecilho para que ele escolha uma ou outra prova, desde que dê a devida fundamentação [...].³⁷

Um dos problemas desse entendimento reside no permissivo relativo à *liberdade de escolha*, sem maiores explicitações sobre o seu conteúdo ou mesmo dos critérios do seu controle. Afinal, dizer que o magistrado não está

[...] obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinente ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso [...].³⁸

parece ser um tanto vago, no sentido de não apresentar um critério definido para o exercício da liberdade de escolha antes referida.

Essa realidade, aliás, aparece de forma muito clara ao ser contrastada com a afirmação de que “[...] o magistrado pode formar o seu convencimento ponderando as provas que desejar, valorando-as conforme o seu entendimento - desde que o

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 139.657/RS**, da 3ª Turma. Agravante: BI Indústria Ótica Ltda. Agravado: Pedro Batista dos Santos e outro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, julgado em: 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1246251&num_registro=201200029679&data=20130701&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 139.657/RS**, da 3ª Turma. Agravante: BI Indústria Ótica Ltda. Agravado: Pedro Batista dos Santos e outro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, julgado em: 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1246251&num_registro=201200029679&data=20130701&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 527.401/SP**, da 3ª Turma. Agravante: Destilaria Alcídia S/A. Agravado: Jairo Silvestre Queiroz e Paulo Souza Queiroz. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, julgado em: 1 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1471349&num_registro=201401299905&data=20151214&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

faça fundamentadamente”.³⁹ Novamente, é possível extrair, das decisões sobre o tema, uma defecção no estabelecimento dos critérios claros acerca da consistência do controle da liberdade deferida ao magistrado. As fórmulas adotadas são de cunho genérico, utilizando expressões sem depurar o sentido da “motivação adequada” ou “devida fundamentação”. A liberdade de *escolha* do julgador em torno dos elementos contidos na causa é de percepção literal, embora isso não ocorra em relação à motivação enquanto critério de limitação daquele como se vê também na seguinte decisão:

[...] o sistema processual civil brasileiro é orientado pelo princípio da persuasão racional, podendo o julgador apreciar livremente as provas, desde que apresente, de forma clara e fundamentada, suas razões de decidir. Desse modo, o TJPR não estaria compelido a se manifestar especificamente sobre a prova a que se refere a agravante no regimental.⁴⁰

Outra problemática a ser desvelada é que, sem maiores discriminações sobre o critério de controle, essa liberdade acaba sendo permeada por contínuas (re)definições e (re)afirmações na jurisprudência. O dado é importante, porque reflete uma tendência de reforço do aspecto *principiológico* do livre convencimento, de forma a lhe conferir novos contornos de aplicação. Ou seja, o reforço de alguns dos seus elementos - e correspondente esvaziamento de outros - pode ser averiguada a partir da sua *principiologia* de base, na forma compreendida pelo senso comum teórico atual. Retorna-se em relação ao ponto, portanto, ao solipsismo antes mencionado e que é reforçado em assertivas como “[...] não só em relação à prova o juiz é livre para se convencer. Além do dado probante, o juiz é livre para se convencer quanto ao direito e justiça da solução a ser dada no caso concreto”.⁴¹

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 23.725/RJ**, da 5ª Turma. Recorrente: Valter Cândido de Faria. Recorrido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, julgado em: 21 de setembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1006431&num_registro=200801187689&data=20101116&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 37.896/PR**, da 4ª Turma. Agravante: COPAGRA Cooperativa Agroindustrial do Noroeste Paranaense. Agravado: Leonir Bernardes e outro. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DF, julgado 19 de fevereiro de 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1209054&num_registro=201101062509&data=20130228&formato=PDF> . Acesso em: 18/11/2016.

⁴¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 245.

Nessa linha, embora o art. 131 do CPC/73 fizesse previsão à liberdade de apreciação de provas, observam-se importantes variações jurisprudenciais quanto ao tema relativo ao princípio do livre convencimento e que acabam por redefini-lo e ou esgarçar seus limites, sempre com base em sua compreensão principiológica. Assim é que, por exemplo, o juiz, ao decidir com base nos elementos que entender pertinentes, não está obrigado a examinar todos os fundamentos da causa. Ou, nas palavras da citada jurisprudência, “[...] se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte”.⁴² Ou, então, que o “[...] Julgador não está obrigado a enfrentar todos os dispositivos legais alegados pelas partes, tampouco a tecer considerações acerca de cada um deles, desde que profira decisão fundamentada”.⁴³ Da liberdade inicial relativa à valoração da prova, colhem-se também outros desdobramentos relativos à liberdade no exame dos *fundamentos* e dos *argumentos* das partes.

Têm se tornado corriqueiras as afirmações como as acima expostas, Tribunais afora nesse País, o que pode ser constatado na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁴⁴ Aliás, até mesmo ao interpretar o art. 93, IX da

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial 268.898 - SP**, da 4^o Turma. Agravante: Aços Sumaré Comércio de Ferro e Aço Ltda e outros. Agravado: Bano do Brasil S/A. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, julgado em 20 de outubro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1548570&num_registro=201202611372&data=20161028&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. Anota-se que, ao utilizar a expressão “se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão” como critério de pesquisa na jurisprudência do Tribunal em questão, colhem-se expressivos 343 resultados em acórdãos e 19.973 decisões monocráticas (ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Consulta ao sítio eletrônico**. Brasília, DF. <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=%22se+os+fundamentos+adotados+bastam+para+justificar+o+conclu%EDdo+na+decis%E3o%22&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=null&thesaurus=null&p=true&operador=e&processo=&livreMinistro=&relator=&data_inicial=&data_final=&tipo_data=DTDE&livreOrgaoJulgador=&orgao=&ementa=&ref=&siglajud=&numero_leg=&tipo1=&numero_art1=&tipo2=&numero_art2=&tipo3=&numero_art3=¬a=&b=ACOR&b=SUMU&b=DTXT&b=INFJ>. Acesso em 18 nov. 2016.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática de afetação a recursos repetitivos em Recurso Especial nº 13.336.213**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Denize Salete Rossato. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, julgado em 16 de novembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=25824834&num_registro=201201608442&data=20121210&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁴⁴ “Omissão. Inexistência. O magistrado não está obrigado a responder todos os fundamentos alegados pelo recorrente. [...]. Este Tribunal fixou entendimento no sentido de que o magistrado não está vinculado pelo dever de responder todos os fundamentos alegados pela parte recorrente. Precedentes. [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 511.581-0**, da 2^o Turma. Agravante: Ipassu Indústria e Comércio Ltda e outro. Agravado: União. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 24 de junho de 2008.

Constituição Federal, relativo ao dever de fundamentação das decisões (judiciais), a Suprema Corte brasileira parece não o fazer sob a perspectiva das normas e garantias da própria Carta, mas, sim, de critérios legais como, por exemplo, o *princípio* em referência. Ou seja, mesmo considerando uma Constituição Federal de natureza marcadamente garantista como a de 1988, aquela Corte decide que, em relação à fundamentação:

[...] atenta-se contra o art. 93, IX, da referida Carta Política, quando o *decisum* não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for *mais ou menos* completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior.⁴⁵

Embora a livre convicção extraída inicialmente do art. 131 do CPC/73 antes referido diga respeito ao exame de provas, sua base principiológica parece ter permitido que abarcasse também o conteúdo de determinadas súmulas que norteiam, expressivamente, a atividade decisória judicial. Da liberdade de valoração das provas passa-se à liberdade de *interpretação da lei* a tal ponto que, por exemplo, a jurisprudência *ainda* admite – e aplica – a súmula nº 400 do STF, cuja redação dispõe que “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário [...]”.⁴⁶ A simples leitura dessa súmula mostra, pois, o impacto dessa compreensão no imaginário e praxis judiciária brasileira.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541805>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Agravo de Instrumento nº 351.384-7**, da 2ª Turma. Agravante: Banco do Estado do Espírito Santo S/A. Agravado: Valdeir Moreira. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, julgado em: 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=304663>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁴⁶ Isso considerando que a citada súmula foi editada em abril de 1964, sob a égide de 02 Constituições Federais passadas (1946 e 1967). Assim, por exemplo, “[...] o acórdão recorrido, [...] deu interpretação razoável à lei, o que atrai a incidência, por analogia, da súmula 400 do Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de Instrumento 1.037.944 - RJ**, da 4ª Turma. Agravante: Condomínio do Edifício Palácio dos Reis. Agravado: Carlos Alberto Garcia Soares. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, julgado em 15 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=921051&num_registro=200800755711&data=20091109&formato=PDF>. Acesso em 18 nov. 2016. Observa-se, entretanto, que, em outro caso, julgou-se de forma diametralmente *oposta*: “- A Súmula 400 STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela nova Carta Magna”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Recurso Especial 229.189 – RJ**, da 2ª Turma. Embargante: Estado do Rio de Janeiro. Embargado: Rosa Francesch da Silva. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, julgado em 02 de outubro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=431726&num_registro=199900805372&data=20031219&formato=PDF>. Acesso em: 18/11/2016.

Todos os enunciados jurisprudenciais citados conduzem à conclusão de que o órgão jurisdicional conta com ampla margem de *escolha*, quer em relação a fatos, quer em relação à aplicação das regras jurídicas, sendo que o dever de fundamentação insculpido na Constituição Federal é preenchido jurisprudencialmente com critério de natureza não constitucional, qual seja, o princípio em causa. Aliás, se lidos os milhares de verbetes jurisprudenciais sobre o tema, a impressão que fica é de não subsistir qualquer dúvida quanto à compreensão de que a livre convicção constitui um princípio que confere liberdade de escolha do julgador. Destarte, ainda que pudesse aceitar algum embasamento principiológico àquele, pareceria estranho obter uma interpretação relativa a mandamento constitucional com esteio em *princípio* não constitucional, provando, mais uma vez, o argumento de STRECK em relação ao baixo teto hermenêutico com que se lida, no País, o exame e a interpretação do sistema jurídico brasileiro.⁴⁷

Enfim, somente esse peculiar modo de compreensão formado em torno do dever constitucional de fundamentação permite reduzi-lo a uma espécie de *brocardo* moderno, no sentido de que a Carta Política "não exige que o acórdão se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes".⁴⁸ Em face disso, vem-se obtendo, como resultado da prestação jurisdicional, decisões que expressamente não enfrentam (debatem) todas as provas, fundamentos ou alegações contidas no processo.⁴⁹

O que essa vertente jurisprudencial não enfrenta é a sua própria tautologia:⁵⁰ de um lado, a fundamentação se apresenta como um dever constitucional

⁴⁷ Ou seja, verificam-se, aqui, os pré-juízos advindos de uma "baixa-constitucionalidade", a qual, como já se viu, tem seguido os caminhos trilhados pelo direito construído no campo da infra-constitucionalidade. (Cf. STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição**: a tarefa de uma nova crítica do direito *in* ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Bolzan (coord). **Anuário do programa de pós-graduação em direito mestrado e doutorado**. São Leopoldo: UNISINOS, 2000. p. 113-114).

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83.073/RJ**, da 2ª Turma. Impetrante: DPE-RJ – Emanuel Queiroz Rangel. Paciente: Elizaldo Francisco da Silva. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, julgado em: 17 de junho de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79239>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁴⁹ No contexto do argumento, reafirma a jurisprudência do STF: "O magistrado não está obrigado a refutar, um a um, os argumentos deduzidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão". Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 511.581-0**, da 2ª Turma. Agravante: Ipassu Indústria e Comércio Ltda e outro. Agravado: União. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 24 de junho de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541805>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁵⁰ "A afirmação de tautologia equivale a apresentar uma afirmação como resultado de uma

inarredável e, de outro, esse corrente interpreta (compreende) esse dever a partir dos elementos não constitucionais retirados da forma como (também) interpreta o livre convencimento enquanto uma liberdade de valoração (de “escolha”) sobre provas (ou fundamentos e alegações das partes) mediante motivação (adequada). Assim, o instituto constitucional é apresentado como uma espécie e *mix* porque sua compreensão é formada a partir de elementos colhidos em fontes normativas díspares entre si, quais sejam, uma suposta *liberdade* cuja regra matriz é *infraconstitucional* e um dever de natureza constitucional.

Daí o caráter fortemente circular dos verbetes jurisprudenciais examinados. Ou, por outras palavras, o cerne do livre convencimento é compreendido a partir da fundamentação enquanto dever previsto na Constituição Federal, a qual, por sua vez, é informado pela *liberdade de valoração motivada*. Enfim, essa circularidade entre os institutos examinados demonstra a denúncia em torno de um projeto de transformação dos conceitos em categorias universalizantes que permitem, ao aplicador (de forma discricionária), utilizá-los de forma a tanto deferir quanto indeferir pedidos ou julgar procedente ou improcedente a causa. “«*Servem*» enfim, para qualquer resposta. Afinal, trata-se de ‘conceitos sem coisas’ ”.⁵¹

Os desdobramentos dessa linha de pensamento vão longe, pois, com base na *principiologia* da livre convicção, já se sustentou que:

[...] não pode o julgador ter a sua consciência aprisionada para julgar, a partir de uma uniformização de jurisprudência e sua súmula, ainda que isso repercuta de forma direta nos particulares que tenham suas causas da mesma matéria julgadas diferentemente [...] situação em que faz-se prevalecer plenamente o comando exurgente do art. 131 do código instrumental para o juiz faça livre apreciação da causa, com base das provas contidas nos autos [...].⁵²

definição, de uma convenção puramente ligüística, que nada nos enisna no tocante às ligações empíricas que um fenômeno pode ter com outros e para o estudo das quais seria indispensável uma pesquisa experimental. Supõe ela que as definições são arbitrárias [...]”. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 245.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 224-225.

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 598557114**, do 2º Grupo Cível. Suscitante: 3º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Interessado: Lucinda Pavan dos Passos. Relator: Desembargador Perciano de Castilhos Bertoluci. Porto Alegre, julgado em 12 de março de 1999.

Novamente, observa-se a liberdade de escolha como um elemento privilegiado em relação ao seu elemento condicionante (motivação). Como se vê, esse último elemento, enquanto critério de controle e de racionalização daquela liberdade daquele primeiro, não possui uma sólida construção teórica-jurisprudencial, porque apresenta-se de forma circular e auto-referenciada no sistema jurídico. Como já dito, o próprio STF estabelece uma relação direta entre *fundamentação* (art. 93, IX da Carta) e o livre convencimento como, por exemplo, o que novamente pode ser demonstrado pela seguinte passagem jurisprudencial:

O artigo 93 da CF não resta violado porquanto o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. (iura novit curia).⁵³

Para além da tautologia acima apontada, também pode ser verificado que, na forma como posta pelas decisões judiciais da Corte Suprema e demais instâncias jurisdicionais, a compreensão principiológica em exame constitui aponta para a formação de uma espécie de *meta-regra* que padece de uma certa falácia provocada pela circularidade conceitual apontada. Seu fundo diz respeito à invocação de um princípio respaldado em uma regra de processo que tem dupla natureza jurídica: princípio processual e direito subjetivo quanto à *escolha*. O primeiro molda o conteúdo ôntico de um *dever constitucional* (de fundamentação das decisões judiciais), de forma a transforma-lo no segundo (direito de decidir com *liberdade de valoração*). Esse estado de coisas acaba por armar a jurisprudência com uma legitimação *circular* que a blinda contra a crítica e, assim, libera o juiz de qualquer vinculação legal que possa sintonizar a decisão com a ordem jurídica posta.⁵⁴

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Agravo de Instrumento nº 794.759/SC**, da 1ª Turma. Agravante: Associação dos Professores da Universidade Federal de Santa Catarina – Seção Sindical do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES – Sindicato Nacional. Agravado: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, julgado em: 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622871>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁵⁴ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade e o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 58, p. 189-190, 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%20%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

Todo esse imbróglio compromete a própria racionalidade do princípio em causa, haja vista sua “*afirmação do consequente*”, isto é, de afirmar o consequente de forma a concluir pela verdade do antecedente. Assim, por exemplo: “se A, então B; ora, afirma-se B, portanto, conclui-se A”.⁵⁵ Jogando esse raciocínio sobre a circularidade ora identificada, pode-se cogitar no seguinte raciocínio: se (A) a decisão está fundamentada, então (B) atrelada à livre convicção. Ora, afirma-se (B) atrelada à livre convicção, portanto (A) a decisão está fundamentada. Outros denominam tal raciocínio simplesmente de *tautologia*, expressão também usada anteriormente. Disso tudo, portanto, extrai-se um fenômeno já denunciado por MAUS: “toda menção a um dos princípios superiores ao direito escrito leva, quando a Justiça o invoca, à suspensão das disposições normativas individuais e a decidir o caso concreto de forma inusitada”.⁵⁶ Nesse sentido, também podem ser encontradas advertências em relação à matéria, como, por exemplo, a suscitada por GRAU:

Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* –, a *segurança jurídica* estará sendo *despedaçada!*⁵⁷

As posturas acima apontam para uma mistura de elementos doutrinários e volitivos de forma a (re)moldar a livre convicção e *justificar* decisões que não guardam, no fundo, qualquer simetria com o instituto. No repúdio do positivismo jurídico, o sentido comum teórico subjacente às lições jurisprudenciais examinadas acabou identificando o citado paradigma tão somente com uma das suas vertentes,

⁵⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Kafka, alienação e deformidades da legalidade**: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal. São Paulo: RT, 2014. p. 365. Explorando a lógica da falácia, o doutrinador fornece outro exemplo interessante: (1) Se (A) *jogamos bem*, então (B) *ganhamos*. Ora, (B) *ganhamos*, então (A) *jogamos bem*.

⁵⁶ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade e o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 58, p. 189, 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22. É de dizer que a preocupação redobra sua pertinência ao ser contrastada com a regra prevista no art. 1º do CPC/2015: “O processo civil será *ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores* e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

qual seja, o positivismo exegético do século XIX, adotando, de forma implícita, os fundamentos da outra (positivismo normativista). É dizer: o sentido comum teórico identificou, na doutrina de KELSEN, uma síntese do positivismo legalista⁵⁸ ignorando, entretanto, o reconhecimento daquela a uma polivalência de versões interpretativas, todas igualmente válidas perante o sistema jurídico.

2.1.3 Algumas Notas Sobre o CPC/2015

A hipótese aqui retratada se mostra relevante e de grande atualidade no cenário jurídico brasileiro. Existe um imbróglio na pragmática jurisprudencial em relação ao princípio do livre convencimento, sendo que esse é resultante de uma espécie de *mix* gerado em parte por algumas distorções de natureza marcadamente procedimentais e, de outro lado, por uma postura de cunho positivista.⁵⁹ Sua relevância é tamanha que esteve no palco central dos debates em torno da redação do CPC/2015, conforme se vê, inclusive, em passagens da Exposição de Motivos do *Anteprojeto* do CPC (Projeto de Lei nº 166/2010, que iniciou sua tramitação no Senado Federal). Nesse documento, há a referência da necessidade de proceder mudanças porque *reclamadas* pela comunidade jurídica, com correspondentes queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito. Daí a orientação da Comissão redatora em, dentre outros, “[...] criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa [...]” sendo que, em relação ao princípio do livre convencimento, refere que:

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance,

⁵⁸ Da forma como posta no imaginário de grande parcela dos juristas brasileiros, fica a impressão que a leitura da obra de KELSEN *parou* (e se equivocou) no terceiro parágrafo do capítulo I da sua obra, *Teoria Pura do Direito*: “Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 01).

⁵⁹ Com relação ao ponto, “[...] é preciso reconhecer que todo o positivismo se constitui como uma espécie de *procedimentalismo*, a partir do qual se procura afirmar controles procedimentais dos mecanismos de decisão, sem uma preocupação efetiva com o *resultado* da decisão. Como o resultado nunca importou efetivamente para o positivismo – Kelsen é um bom exemplo disso [...]”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 171.

acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito.⁶⁰

O Projeto de Lei nº 166/2010, uma vez aprovado pelo Senado Federal, restou encaminhado à Câmara dos Deputados, local em que, após extensa análise via Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o projeto de lei nº 6.025/2005 e nº 8.046/10, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869/73), sofreu *emenda substitutiva* e passou a tramitar com nova numeração – Projeto de Lei nº 8.046/2010. Nesse relatório, também passagem específica que trata sobre o convencimento do juiz:

Inserido nesse contexto, o projeto do novo Código de Processo Civil consagra, em combinação com o princípio do contraditório, a obrigatória discussão prévia da solução do litígio, conferindo às partes oportunidade de influenciar as decisões judiciais, evitando, assim, a prolaxão de “decisões-surpresa”. Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz.⁶¹

De plano, cabe destacar os vários dispositivos legais do novel CPC/2015 que buscam *superar* o entendimento jurisprudencial antes referido. Vale anotar, exemplificativamente, o seu art. 371 que, ao tratar da apreciação da prova, retira do convencimento a adjetivação “livre” e o próprio art. 489, ao obrigar tanto exame de *todos* os argumentos deduzidos pelas partes capazes de infirmar em tese a decisão, dentre outros. Cabe referir, ainda, dispositivos do citado Código que reforçam a ideia de superação legal do livre convencimento, como o art. 10 (proibição de decidir com base em fundamento não previamente debatido pelas partes ainda que a matéria possa ser decidida de ofício), etc. Nesse sentido, inclusive, o novo marco processual representado pelo CPC/2015 tem sido saudado pela doutrina como um importante agente de superação jurisprudencial da livre convicção. Cita-se, de forma exemplificativa, o escorço de STRECK sobre o tema, abaixo sintetizado:

Travei uma batalha contra o poder discricionário, travestido de livre convencimento, que infestava o Projeto do CPC em sua redação original. [...].

⁶⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteporjeto de Novo Código de Processo Civil. responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o projeto de lei nº 6.025/2005 e nº 8.046/10, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869/73)**. Brasília, 2012. p. 35. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 14 set. 2015.

De há muito venho alertando a comunidade jurídica para esse problema do protagonismo judicial, que deita raízes em uma questão paradigmática e não meramente “técnica”. [...].

Depois de muita discussão, o relator do Projeto, Dep. Paulo Teixeira, obtendo a concordância de um dos protagonistas do Projeto, Fredie Didier, aceitou minha sugestão de retirada do livre convencimento. Considero isso uma conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*.⁶²

Seja como for, as concepções e paradigmas arraigados pela jurisprudência examinada acabou emitindo sinais de uma espécie de *resistência* a essas (novas) disposições, consubstanciados em ENUNCIADOS divulgados pela ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM), “aprovados” entre os dias 26 e 28 de agosto de 2015, ou seja, antes mesmo da entrada em vigor do novel Código de Processo Civil:

1) Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes; **2)** Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.; **3)** É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa; **5)** Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório; **6)** Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório; **7)** O acórdão, cujos fundamentos não tenham sido explicitamente adotados como razões de decidir, não constitui precedente vinculante; **10)** A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa; **12)** Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante; **13)** O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.⁶³

Isso sem falar nas propostas de ENUNCIADOS elaboradas na I Jornada Sobre o Novo Código de Processo Civil promovida pela Escola Judicial do Tribunal

⁶² STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC: a derrota do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano in BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (org.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 149-150.

⁶³ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Seminário – **O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil**. Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.Enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

Regional do Trabalho da 18^o Região e que libera o magistrado da apreciação de todos os fundamentos deduzidos pelas partes:

DELIBERAÇÃO DA COMISSÃO SOBRE PARECER 007 Título: DISCIPLINA DA FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CPC. Colhidos os votos dos membros da Comissão de Enunciados da I Jornada sobre o novo Código de Processo Civil, realizada no âmbito da Escola Judicial do TRT da 18^a Região, deliberou-se, por maioria, pela APROVAÇÃO DO PARECER do relator, vencidos os Exmos. Juiz Ari Lorenzetti (pela rejeição da proposta de enunciado) e Radson Rangel, que propôs nova redação, sem prejuízo de deliberação soberana da assembleia plenária. Abstenção do Juiz Kleber Waki, por ser autor da proposta. Portanto, a matéria irá à assembleia plenária da Jornada, mediante a seguinte redação: “DISCIPLINA DA FUNDAMENTAÇÃO. CPC, ART. 489, § 1^o E CF, ART. 93, IX. DEVER CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE: CLARA, PRECISA E ESPECÍFICA. A premissa maior do Código de Processo Civil repousa em observar a Constituição, de modo que uma lei infraconstitucional não tem o poder de alterar o significado das normas constitucionais, por uma questão de hierarquia. O dever de fundamentar é constitucional (art. 93, IX) e o STF já decidiu que não há necessidade de rebater, de forma pormenorizada, todas as alegações e provas. A fundamentação, que pode ser concisa, será suficiente quando for clara - acerca da análise do direito, específica - quanto ao caso proposto e precisa - quando indicar com exatidão a adequação dos fatos ao direito.⁶⁴

Nesse contexto, já apareceram decisões jurisprudenciais que, ao cotejarem o CPC/2015, também encontraram nele os elementos aptos a manterem o *status quo* relativo ao princípio do livre convencimento:

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.⁶⁵

Com base na problemática suscitada, começa-se a divisar um estado de coisas que indica a permanência, nos dias atuais, da proposição da *moldura* de que tratou KELSEN e, portanto, da legitimidade às “*várias possibilidades que dentro*

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18^a Região. Escola Judicial. **Primeira jornada sobre o Novo Código de Processo Civil**. Comissão de Enunciados da I Jornada sobre o Novo Código de processo civil. Relatório Final. Goiânia, 2015. <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2015/07/relatorio-final.pdf>. Acesso em 14 set. 2015.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no mandado de segurança 21.315**, da 1^o Seção. Embargante: Paulo Rodrigues Vieira. Embargado: União Federal. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal convocada – Tribunal Regional Federal da 3^o Região). Brasília, DF, julgado em: 08 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518847&num_registro=201402570569&data=20160615&formato=PDF>. Acesso em 19 nov. 2016.

dessa moldura existem”. E isso no âmbito de um contexto que pretende negar o “positivismo”. Assume peculiar sentido, portanto, a crítica de NIETO, ao referir que:

*[...] en las colecciones de jurisprudência pueden encontrarse opiniones para todos os gustos. No hay pretensión alguna, por disparatada que parezca, que no venga apoyada em alguna sentencia y rechazada en otras. (...) Iniciar un pleito es interrogar a um adivino que, después de consultar unas cartas confusamente barajadas, nos dará la respuesta más inesperada.*⁶⁶

Entretanto, comunga-se com a doutrina de STRECK: existe uma espécie de DNA⁶⁷ do Direito e suas instituições, razão pela qual esse não é – e não pode ser – o intérprete quer que ele seja. O direito não é, pois, o que o Tribunal ou os seus componentes dizem que é.⁶⁸ É nesse sentido, inclusive, que merecem ser lidas assertivas como a de AVILA, no sentido de que é necessário ultrapassar as crenças de que a função do intérprete é a de, meramente, descrever significados para assumir outra, de que o intérprete reconstrói sentidos (quer seja o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer seja o aplicador, que soma essas às conexões do caso a ser julgado).⁶⁹ Hipótese contrária implica no retorno ao positivismo normativista kelseniano antes referido, dado que estaria a aceitar que *qualquer reconstrução dos sentidos* efetuada pelo aplicador no momento do julgamento estaria situada na *moldura ou quadro* da lei. Daí porque se entende que é, no mínimo, incompleta a afirmação de que “importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”.⁷⁰

⁶⁶ NIETO, Alejandro. **El Desgobierno Judicial**. Madrid: Fundación Alfonso Martin Escudero, 2005. p. 61.

⁶⁷ Usa-se, nesse trabalho, a expressão *DNA no sentido crítico* denunciado por STRECK: “[...] em uma dimensão absolutamente pragmática, o direito não possui “DNA”. Para as diversas posturas pragmático-axiologistas – inimigas principiologicamente da integridade e da coerência do direito –, também não faz sentido ligar o direito a tradição. Por isso, ocorre um constante enfraquecimento da perspectiva interna do direito, isso porque, compreendido exogenamente, o direito deve servir apenas para “satisfazer”, de forma utilitária, as necessidades “sociais” dos grupos hegemônicos, [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). **Constituição e Processo**: entre o direito e a política. São Paulo: Fórum, 2013. p. 25. O doutrinador conclui, nesse sentido: “[...] não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, ‘lei das leis?’”.

⁶⁹ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34.

⁷⁰ AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9.

Por tudo isso, mostra-se importante dissecar o *DNA* do livre convencimento – tal qual concebido pela jurisprudência brasileira tomando por pano de fundo a matriz do positivismo jurídico que - a despeito de todas as críticas atualmente lançadas - parece animar a ideia de que o livre convencimento se constitua em uma espécie de direito subjetivo do órgão jurisdicional como referido acima.

2.2 A *Moldura* Possível: uma Imersão no Paradigma do Positivismo Jurídico

É importante esclarecer, inicialmente, que a expressão *positivismo* reúne várias correntes tanto no âmbito das ciências em geral quanto dentro do próprio direito. Isso pode ser demonstrado a partir de diferentes classificações e denominações como o positivismo exegético, o normativista, o inclusivo, etc., muitas levadas até mesmo ao “*café*” jusfilosófico de STRECK com “titãs” da filosofia do direito.⁷¹ Tal qual fez DWORKIN, que focou suas observações sobre o positivismo tendo em mente uma a corrente específica (HART),⁷² esse tem, em mira, a diferenciação entre o positivismo exegético e o normativista em vista da confusão entre ambos ocorrida no âmbito do sentido comum teórico.

A racionalidade moderna, forjada no processo de sistematização⁷³ do saber humanístico nos moldes do paradigma racional-científico forjado pela Revolução Científica, está profundamente comprometida com a construção do conhecimento empírico e demonstrável, fruto de um paradigma denominado de *positivismo* filosófico. Esse constituiu um modelo de racionalidade que surgiu calcado na

ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34.

⁷¹ A referência é de um artigo bem humorado, mas com pertinência temática de STRECK, Lenio Luiz. **Um encontro de titãs**: Kelsen, Hart & cia analisam acórdão do STJ. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

⁷² Ver, para tanto, DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27.

⁷³ Utiliza-se o termo *sistema* em várias passagens desse trabalho, incluindo derivações como “*sistema jurídico*”, “*sistematização do conhecimento*”, “*sistemática*”, etc. A expressão é adotada no sentido conferido por Niklas LUHMANN, isto é, como um modo organizado de redução da complexidade do mundo. *Complexidade*, por sua vez, significa a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real no mundo (complexidade do mundo) ou em um sistema (complexidade do sistema). Assim, a construção de um sistema implica em abranger, nele, apenas um número limitado dessas possibilidades, permitindo, assim, uma diferenciação entre o seu interior e exterior. “É através dessa redução que os sistemas permitem uma orientação inteligente da ação”. **(Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 39).

matemática e no método experimental que rompeu com a concepção medieval das ciências, de caráter orgânico e fundamentado na *auctoritas* eclesiástica e na inspiração divina. “Com o firme estabelecimento da visão mecanicista do mundo no século XVIII, a física tornou-se naturalmente a base de todas as ciências”.⁷⁴

O modelo *científico*⁷⁵ de racionalidade refuta todo o conhecimento tido por não científico, incluindo-se, neste, o advindo do senso comum e das chamadas humanidades, ou estudos humanísticos. Este modelo tem, por fundamentos, a desconfiança sistemática das evidências demonstráveis por meio da experiência imediata.⁷⁶ Um dos desdobramentos dessa desconfiança importa em extrair o conhecimento “verdadeiro” de premissas básicas e irrefutáveis para, a partir dessas, extrair, por meio de processos intelectuais lógicos, sucessivas conclusões.⁷⁷ Outro desdobramento desse modelo é a tendência para a quantificação e mensuração. A natureza é quantificável, mensurável e o que não pode ser medido é irrelevante para o conhecimento científico. É por esses fundamentos que o modelo em referência rompeu com o conhecimento do senso comum.⁷⁸

A Ilustração oitocentista auxiliou a criar as condições de possibilidade para a estruturação e emergência das denominadas ciências sociais, cujas raízes metodológicas foram profundamente assentadas no método das ciências naturais. Aquelas também foram conceituadas, à época, como “*física social*” e foram fundadas com um profundo compromisso epistemológico e ideológico com o paradigma das

⁷⁴ CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Círculo do Livro, 1990. p. 63. É muito significativa a conclusão do Autor, logo abaixo: “[...] foi uma consequência inevitável da visão de mundo cartesiana que as ciências dos séculos XVIII e XIX tomassem como seu modelo a física newtoniana”.

⁷⁵ Quanto à vagueza e ambigüidade semântica do termo *ciência*, tem-se em mente a seguinte advertência: existem conjuntos de atividades e discursos que podem ser incluídos com clareza no conceito *ciência* e, outras (a exemplo do direito, sociologia, psicanálise, *et coetera*) são relativamente marginais ao vocábulo, quando cotejados com o primeiro conjunto. (WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II. p. 367-368).

⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II. p. 62.

⁷⁷ “A crença na certeza do conhecimento científico está na própria base da filosofia cartesiana e na visão de mundo dela derivada, e foi aí, nessa premissa essencial, que Descartes errou. A física do século XX mostrou-nos de maneira convincente que não existe verdade absoluta em ciência, que todos os conceitos e teorias são limitados e aproximados”. CAPRA, Fritjof. **O Ponto de mutação**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Círculo do Livro, 1990. p. 53.

⁷⁸ “As estruturas teóricas de uma ciência, historicamente produzidas, se constituem em um sistema único e rigoroso de descrição de seu objeto, a partir de uma ótica reducionista, simplificam a exposição teórica do objeto vinculando-o a um corpo de noções que nos orientam para a captação de uma significação limitada do objeto do conhecimento”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II. p. 51.

ciências naturais.⁷⁹ Em seus desdobramentos, o paradigma racional-mecanicista às ciências sociais tornou possível o surgimento de um movimento neste campo do conhecimento, no curso do século XIX, denominado de *positivismo filosófico*.

Em seus fundamentos, esse movimento sustentou a necessidade da neutralidade do conhecimento obtido por meio do método empírico das ciências. Para o positivismo, o método científico é aplicável tanto nas ciências quanto na filosofia, devendo o filósofo (ou cientista) observar os dados da realidade **objetivamente**, sem quaisquer indagações de ordem metafísica.⁸⁰ Isso significa dizer que, para o positivismo, é necessário a *descrição* do fenômeno (social) observado, sem que sobre o mesmo sejam emitidos quaisquer juízos de ordem valorativa pelo observador. Por essa razão, a filosofia deve, em suma, permanecer no terreno *neutro* do *como* e não do *porquê*, ou do *para quê*.

De certa forma, o positivismo filosófico respondeu aos anseios ocidentais pela aplicação dos “métodos científicos” no campo do saber humanístico, visando “sistematizá-lo” (moldando-o ou, ainda, classificando-o) como ciência. Ressaltou, portanto, o valor do empirismo como o método básico para a observação dos fatos sociais.⁸¹

A passagem do positivismo para o Direito no século XIX, ocorre no âmbito de um movimento mais amplo de reestruturação dos Ordenamentos Jurídicos europeus pós-revoluções burguesas. Especialmente na experiência francesa, pelo rompimento total com o sistema jurídico medieval do *Anciën Régimen*, permitindo que a nova Ordem pudesse ser *auto-referenciada*. No contexto da *empíria* típica do cientificismo positivista, ficou fácil assimilar a Lei como o dado fático, empiricamente

⁷⁹ Este compromisso epistemológico “está bem simbolizado no nome de “física social” com que inicialmente se designaram os estudos científicos da sociedade – parte do pressuposto de que as ciências naturais são uma aplicação ou concretização de um modelo de conhecimento universalmente válido e, de resto, o único válido”. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Lisboa: Cortez, 2001. p. 65-66.

⁸⁰ “Desta forma, o positivismo rejeita a especulação filosófica como metafísica – porque não passível de verificação empírica – e reduz a Filosofia à Filosofia da Ciência (Epistemologia)”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 39-40.

⁸¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 39. A doutrinadora conclui, dizendo que: “Os dados sensíveis da experiência, isto é, os fatos verificáveis (passíveis de observação, recolhimento e experimentação metódicos) constituem o princípio e o fim (o guia) da investigação científica. O que não é redutível a fato experimentalmente controlável não entra no sistema da Ciência. E como esta, para o positivismo, é a única forma possível de conhecimento, não é sequer cognoscível”.

demonstrável e, dessa forma, o *positivismo* no campo do direito foi reduzido, basicamente, ao *positivismo legalista* ou *exegético* nesse período.

O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor.⁸²

O Direito é visto, em suma, como um *fato* e, não, como um *valor* e, por isso, o paradigma em causa adota uma postura relativista no que se refere à moral. No contexto do jusnaturalismo dos séculos precedentes, a justiça é o valor fundante do Direito; no positivismo jurídico, nega-se uma base objetiva para a aferição dos *valores* (dentre esses, a justiça, o bem comum, etc.), razão pela qual esse se orienta a garantir apenas o *valor segurança*, entendida como a possibilidade de prever as consequências jurídicas da própria conduta, pelo conhecimento dos padrões (normas) que o Estado utilizará para avaliá-la.⁸³

Também é importante ressaltar a própria ideia de construção científica do direito, já que o “cientificismo peculiar ao século XIX levou o jurista a um sentimento de inferioridade insuportável diante do progresso das ciências naturais e humanas. A todo o custo, procurou-se determinar quais eram as condições sob as quais o conhecimento jurídico poderia ser chamado de científico”.⁸⁴ Daí que a construção desse saber científico do Direito desembocou em uma dogmática jurídica de cunho formalista limitada a reproduzir e explicar o conteúdo do direito vigente, cuja legitimação e justificação não questiona.⁸⁵

O que se entende por dogmática jurídica? Aproximando-nos do uso mais generalizado, diríamos que é a atividade que tem a pretensão de estudar, sem emitir juízos de valor, o direito positivo vigente. É a pretensão de elaborar uma teoria sistemática do direito positivo. A atitude científica do Direito estaria na aceitação inquestionada do direito positivo vigente.⁸⁶

⁸² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 131.

⁸³ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo in BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2012. p. 646.

⁸⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo in BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2012. p. 644.

⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II. p. 17.

⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II. p. 41. Niklas LUHMANN acrescenta que a dogmática converte-se em um problema enquanto *auto-abstração* e de regulação do próprio sistema jurídico, apresentando, como característica, a *proibição de negação dos seus pontos*

O positivismo científico produziu amplos resultados na elaboração da *ciência jurídica* alemã, tendo aportado nesse País especialmente a partir segundo terço do século XIX.⁸⁷ É especialmente relevante o dado porque, na Alemanha, fatores históricos e culturais específicos retardaram o movimento codificador, razão pela qual a formação de uma dogmática do direito comum acabou fazendo às vezes de um código de direito privado comum à toda a Alemanha.⁸⁸ Mas, mesmo nesse País, o positivismo científico acabou cedendo lugar para o positivismo legalista no início do século XX. Da *consciência histórica*, identificou-se a *vontade do povo* na lei: “na verdade, no Estado constitucional esta não se manifesta nem diretamente nem, espontaneamente, através das forças da história ou da autoridade”.⁸⁹

No continente europeu, contudo, a crença do absolutismo na razão e a crença da revolução francesa na racionalidade da vontade do povo tinham difundido a convicção de que uma nação moderna devia ordenar racional e planificadamente a sua vida jurídica global através de uma codificação. Na Alemanha esta pretensão tinha, é certo, sido durante muito tempo prejudicada pelo carácter federativo e restauracionista da Liga Alemã. [...] No entanto, logo após 1848, começaram as tentativas de levar a cabo um direito legislativo comum a toda a Alemanha mesmo antes da unificação política, através de acordos entre os Estados da Liga Alemã.⁹⁰

O positivismo jurídico que caracterizou o século XIX foi do tipo exegético-legalista, isto é, reduziu o Direito à legislação escrita ao afirmar a legislação como fonte preeminente do direito. BOBBIO, por exemplo, aduz que o “[...] positivismo jurídico elabora toda uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume (excluindo-se o costume *contra legem* ou costume ab-rogativo e admitindo somente o costume *secundum legem* e eventualmente o *praeter legem*), das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário”.⁹¹

de partida. (Sistema y dogmatica jurídica. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 27).

⁸⁷ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 45.

⁸⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 524.

⁸⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 525. O autor identifica essa transição como uma vitória - pouco notada pela consciência social - da classe judiciária sobre a classe dos doutrinadores (“*cultores da ciência jurídica*”) ou da nação política sobre a nação cultural”.

⁹⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 525.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 132.

No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, um tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno em determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista, ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado “formalismo conceitual” que está na raiz da chamada “Jurisprudência dos Conceitos”).⁹²

Esse positivismo possibilitou a criação de uma dogmática caracterizada pela sistematização, mediante a constituição de uma disciplina específica objeto de conhecimento em um sistema. A partir dessa sistematização, estabelecem-se uma série de conceitos e princípios que mostram traços de universalidade e invariabilidade, presentes como estruturas comuns a todos os institutos e construções jurídicas. Fala-se, assim, em uma dogmática geral ou *teoria geral do direito*, que constitui o cume da sistematização da dogmática e cujo ápice ocorreu com a *teoria pura* de Hans Kelsen. Essa “elimina de seu seio toda noção metajurídica e não a valoração jurídica (a axiologia), senão também a facticidade (os fatos), ficando tão só com a norma e seu enfoque técnico-jurídico, o qual se reduz à demonstração da validade das normas jurídicas”.⁹³

Por fim, anota-se a importância do positivismo científico e jurídico do século XIX, ao menos na consolidação da nova Ordem Legal inaugurada pelos Estados Liberais pós-revoluções burguesas. Seu formalismo (e método) constituiu o programa de uma ciência jurídica especializada e inicialmente baseada em certos pressupostos éticos sintonizados com uma cultura jurídica eticamente fundada. Nesse sentido, mesmo o positivismo mais exegetico obteve bases na ideia iluminista de Direito Natural. Isso significa dizer que havia um pressuposto que o legislador (parlamento), a administração e o próprio julgador respeitavam as convicções jurídicas tradicionais.⁹⁴

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30.

⁹³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II. p. 19.

⁹⁴ A respeito do tema, SCHMIDT explica que: “Fue este el corto período de tiempo en el que no constituía ningún problema decir que el juez está vinculado por la ley. Gracias a que continuaba teniendo su validez la idea de la “ley” procedente de Montesquieu, y mantenida por todos los grandes juristas de los siglos XVIII y XIX, como la expresión cuidadosamente elaborada de la idea a priori del Derecho, esa sujeción del juez a la ley era la mejor garantía de una administración de la justicia de acuerdo con el auténtico espíritu del Derecho, y constituía un motivo de orgullo para el juez, a la vez que el resumen de su moral profesional. Pero, francamente, esa sujeción de los jueces

Como refere WIEACKER, entretanto, na medida em que a situação política e moral da sociedade, que excluía determinadas injustiças na sua conformação jurídica-legalista, não fosse garantida pela própria legislação escrita, a identificação do direito positivo com a própria ideia de Direito deixou de ser protegida pelos pressupostos do positivismo jurídico então inaugurado:

Desde que, nas massas de eleitores e nos seus representantes, nos governantes e governados, «os padrões morais deixassem de ser compreensíveis por si mesmos», tornar-se-iam possíveis leis sem qualquer relação com os grandes princípios jurídicos fundados na religião, na filosofia ou na história ou, mesmo, leis que abertamente os ofendessem.⁹⁵

WIEACKER prossegue referindo que sociedades de cunho democrático-liberal parecem ter aceitado o risco de *alienação* do Direito em face à Lei escrita, com base no pressuposto democrático de que a representação popular, como expressão da vontade geral, conferiria a maioria legislativa. A Lei como fonte exclusiva de direito resultaria no ápice desse processo democrático, cujo único requisito seria, portanto, sua *validade*. Essa *equação* foi desestabilizada, historicamente, entretanto, pela destruição da noção de *comunidade nacional de valores e ou convicções*, egoísmos, demagogia das maiorias parlamentares, pela instauração de ditaduras e, também, pelas guerras, sem falar na própria especialização da *burocracia*. Essa experiência foi especialmente sentida no contexto da Alemanha, acrescentando que a legitimação da lei através da vontade geral foi prejudicada por certas circunstâncias técnicas, especialmente as decorrentes de uma certa alienação de competências efetuada pelo legislativo via

*presuponía una responsabilidad del legislador perfectamente determinada, y se apoya sobre un reparto de responsabilidades respecto a la justicia muy razonable, aun cuando tan totalmente olvidado en nuestros días. El Derecho es funcionalmente distinto en cuanto se establece y en cuanto se aplica. Por consiguiente, el legislador tiene su específica responsabilidad, del mismo modo que el juez tiene también la que le corresponde. El legislador es responsable de que la ley contenga como precepto una parte del orden que se deriva de la naturaleza de las cosas, de que aparezca con toda claridad en cualquier orden de cosas que haya que regular la orientación hacia la justicia, de que en la consideración de cualquier finalidad impuesta por la vida social la idea del Derecho no sea desbordada por la de una crasa utilidad (independientemente de quien sea al que favorezca". SCHMIDT, Eberhardt. La ley y los jueces: valores positivos y negativos del positivismo in RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhardt; WENZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Trad. Jose Maria Rodrigues Paniagua. Madrid: Aguilar, 1971. p. 34.*

⁹⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 647.

delegações, ao executivo.⁹⁶ ⁹⁷ Daí porque, não obstante as críticas severas ao positivismo, o fato é que a sua crise decorreu da própria *crise* do dogma democrático da vontade geral.

2.2.1 O Positivismo Exegético ou Legalista

O movimento *codificador* do século XIX marca, especialmente na França, uma ruptura com o direito anterior, especialmente necessária para a superação da variação do direito verificada no *Anciën Régime*. Nesse sentido, é preciso destacar que a própria noção de um direito nacional é fenômeno recente decorrente desse período, pois, durante séculos, o direito foi local ou regional (costumes e cartas), mas também cosmopolita e supranacional (dado direito romano ensinado nas universidades, o direito canônico da Igreja).⁹⁸ O movimento codificador tinha, assim, como um de seus objetivos, estancar a incerteza jurídica decorrente dessa variedade de legislações e jurisdições do medievo. De destacar, inclusive que, a Revolução Francesa acabara por revogar grande parte do antigo direito, mas esse processo histórico não havia sido finalizado com a introdução de um novo sistema jurídico de aplicação geral.

Na experiência francesa, o *Code* de 1804 foi elaborado por uma comissão de advogados educados no antigo regime. As fontes desse código foram, pois, o direito

⁹⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 647-648. Aduz, ainda, o doutrinador que: “A legitimação da lei através da vontade geral é também prejudicada pelas circunstâncias técnicas do moderno estado administrativo, nomeadamente quando o legislativo aliena as suas competências, através de delegações, no executivo, seja no governo, seja em assessores técnicos”. (p. 648).

⁹⁷ “*Las necesidades a que tenía que atender el legislador a partir del año 1914 exigieron elevar al máximo el número de revoluciones de la máquina de la legislación, al mismo tiempo que impedían hacerles preceder a las leyes una cierta preparación científica y provocaban un desplazamiento de la labor legislativa desde el legislador a los representantes del poder ejecutivo, que, sobre la base de la ley de plenos poderes de 4 de agosto de 1914, se apresuraron a dictar leyes en numerosos campos que hasta entonces habían estado libres de la intercepción estatal. La forma de decretos, que trajeron consigo las leyes de plenos poderes aprovechadas hasta el exceso, se convirtió en la prototípica del Derecho positivo, llenando amenazadoramente los tomos de las colecciones legislativas, que cada vez aparecían más hinchadas. De este modo quedó devaluado el concepto de ley, con lo que tenía que destruirse la confianza en ella que los juristas habían heredado del siglo XIX*”. SCHMIDT, Eberhardt. *La ley y los jueces: valores positivos y negativos del positivismo in* RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhardt; WENZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Trad. Jose Maria Rodrigues Paniagua. Madrid: Aguilar, 1971. p. 39.

⁹⁸ CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 02.

comum francês tradicional do século XVIII (e que eram um amálgama dos direitos eruditos e consuetudinário, parte do qual bem antiga) e, também, as inovações feitas durante a Revolução. É verdade, inclusive, que amalgamava grande parte do direito anterior,⁹⁹ muito embora não houvesse intenção de restabelecer a ordem jurídica do regime derrubado ou mesmo abandonar os avanços conseguidos pela Revolução. Principalmente em relação ao princípio de um direito civil codificado, único e uniforme para toda a França. O fechamento do *novo sistema jurídico* se dá a partir de outro traço fundamental do *Code*, que é justamente o seu positivismo exegético, que representava uma clara rejeição de quaisquer influências do direito natural:

[...] após a Revolução e sua obra legislativa, o jusnaturalismo se reservava para a concepção filosófica do direito, enquanto o legalismo passou a informar o seu entendimento estritamente jurídico. Depois, à medida que o momento histórico do surto jusnaturalístico da legislação revolucionária e da codificação ia ficando para trás, o que juridicamente avultava, ou que juridicamente sobretudo relevava era decerto tão-só o legalismo.¹⁰⁰

Assim, o *Code* pretendeu-se *não histórico* e totalmente auto-referenciado:¹⁰¹ não há, nele, introdução teórica geral, exposição de princípios básicos ou mesmo um delineamento geral de conteúdos e definições jurídicas. Essa ausência foi, portanto, o resultado de escolha consciente, pois fora concebido como um texto de direito positivo. Houve, na base desse movimento, um projeto cultural que propôs um modelo racional e sistemático com vistas à regular de forma exaustiva e definitiva um determinado campo jurídico. Por isso, excessos doutrinários deveriam ser evitados, pois as suas disposições não poderiam ser obscurecidas por teorias e ou considerações.¹⁰²

⁹⁹ CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 08.

¹⁰⁰ NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 2. p. 183.

¹⁰¹ “Que tanto é dizer: um código que recusava a história e que, na sua axiomática racionalidade, se bastaria a si próprio”. NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 2. p. 183.

¹⁰² Na França de 1790 foi editada Lei que, a um só tempo, determinava a aplicação da literalidade da lei pelo Poder Judiciário e reservava ciosamente à Assembleia Legislativa o direito de interpretá-la por meio de *référé* legislativo. Por esse instrumento, facultava-se aos juízes remeterem ao legislador a solução de *questões jurídicas* que parecem duvidosas do ponto de vista dos textos legais. Também se verifica a criação de um Tribunal de Cassação – como extensão do Poder Legislativo - cuja função consistia na vigilância estrita da mecânica de aplicação das leis pelos juízes. (Cf. SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. Mexico: Porrúa, 1973. p. 191-192).

Ao *Code*, seguiu-se a denominada *Escola da Exegese*, corrente do pensamento jurídico francês nascida no início do século XIX e que subsistiu por todo o referido século. Essa escola obteve sua expressão doutrinária e metodológica no legalismo da codificação, entendendo o direito como o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos - no *Code Civil* antes de tudo, já que ligara-se, sobretudo, à obra civilista - e para submeter-se a uma estrita hermenêutica exegética que culminava numa determinação dogmática, de índole lógico-analítica e dedutiva.¹⁰³ Daí exsurge, pois, uma das suas conhecidas premissas, de conferir exclusividade ao conteúdo normativo da lei como critério jurídico, razão pela qual não aceitou a validade de outros critérios além dessa. Não é só uma questão de fonte do direito: a lei passa a ocupar o *locus* de critério normativo-jurídico exclusivo.

É nesse sentido que o positivismo legal interpretou o Direito com a posituação da razão, calcado nos aportes doutrinários jusracionalistas subjacentes à codificação na França. Aqui o Direito era, antes de tudo, o reflexo daquilo que a lei estabelecia como tal, de modo que a doutrina e a jurisprudência tinham o papel subalterno de unicamente espelhar algo dado. Não foi outra a base e sustentação da Escola de Exegese.¹⁰⁴

A Escola da Exegese produziu autores de comentários, obras de exposição, de interpretação e de explicação dos códigos pela própria ordem destes - seguindo-os de artigo por artigo mediante divisões em livros, títulos, capítulos, secções e que tomavam a designação de tratados. A maioria dos seus doutrinadores saíram das carreiras de professores das Faculdades de Direito, razão pela qual encontram-se afirmações no sentido de que essa fora uma escola universitária e, portanto, seu ensino fora do tipo escolar, ou seja, exegético-analítico e dirigido ao estudo dos códigos com explicação do tipo comentarista segundo o seu sistema e na sucessão dos seus artigos.¹⁰⁵ Não deixa de ser curioso, pois, identificar no âmago de um projeto que repudiava o *excesso doutrinário*, a consolidação de uma Escola cuja produção assumiu um caráter essencialmente dogmático no campo do ensino universitário.

¹⁰³ SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. Mexico: Porrúa, 1973. p. 181.

¹⁰⁴ DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos Conceitos *in* BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 482-483.

¹⁰⁵ NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 2. p. 190.

Em todo o caso, metodologicamente, para essa Escola, o legislador aparece como o protagonista da juridicidade. Seu método de interpretação era caracterizado pela natureza dedutivo-formal ou lógico-dogmática, já que traduzia essencialmente a explicitação hermenêutica de imperativas proposições textuais articuladas em uma conexão sistemática (lógico-racional sistemática). E tudo isso mediante operações lógico-conceituais de determinação significativa e operações lógico-dedutivas de conclusão necessária a partir de definidas premissas.¹⁰⁶ Daí, portanto, que o seu esquema de aplicação da lei seguisse a lógica de um silogismo, no qual a norma positiva se apresenta como a premissa maior e, os fatos, como premissa menor, a fim de obter-se, ao final, a pertinente conclusão.

O método exegético proporcionou, em última análise, um conjunto de critérios ritualizados para que o intérprete possa reconstruir a vontade originária do legislador. Tem, em sua base, o pressuposto de que as normas jurídicas são manifestações linguísticas, que veiculam atos volitivos do legislador.¹⁰⁷ No seu bojo, pois, o ato de interpretação da lei constitui-se em um *ato de conhecimento*, e não um ato de vontade. Por isso é que supôs a figura do juiz neutro ou mecânico, a ponto de WARAT discernir uma crença mítica, plasmada em uma expressão retórica reiterativa que ficou, sempre, no plano conceitual.¹⁰⁸

Seria exclusivamente a codificação que garantia, em cada caso, a correção da decisão. A sentença judicial não teria outra tarefa senão a de concretizar o conteúdo da lei tendo em vista o caso concreto. A vinculação do juiz à lei é imperativa. O ideal da segurança jurídica parece atingido: a norma geral vincula a decisão de vários casos no sentido de estabelecer uma jurisprudência regular e uniforme. As decisões jurídicas particulares podem ser, cada uma delas, previstas de antemão, pois decorrem da norma jurídica antecipadamente formulada.¹⁰⁹

A Escola Histórica surgida na Alemanha do século XIX se apresenta como uma variante do exegetismo francês, cujas nuances derivam de circunstâncias históricas bastante diferentes daquelas experimentadas pela França. É que a

¹⁰⁶ NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 2. p. 188.

¹⁰⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, vol. I. p. 69.

¹⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, vol. I. p. 69-70.

¹⁰⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 282.

Alemanha não passou por um movimento revolucionário que cindiu, de forma abrupta, com o antigo regime e nem experimentou um projeto de sistema jurídico nacional unificado como etapa ulterior à Revolução. Na realidade, a Alemanha ingressou, no século XIX, não como um Estado unitário (como a França), mas como reinos, ducados e cidades livres diferentes entre si, cujo ponto comum era a identidade de língua. Por isso, a ciência jurídica alemã do século XIX foi de suma importância na construção do direito privado, especialmente porque a dogmática fez o papel de um código de direito privado comum à toda Alemanha,¹¹⁰ código esse que não foi produzido especialmente em razão do sucesso da Escola Histórica do Direito.

SAVIGNY despontou, nesse contexto, marcando decisivamente a formação do pensamento jurídico alemão do século XIX. O doutrinador cuidou, especialmente na segunda fase da sua obra, de atacar as influências do movimento codificador, entendendo os códigos como inorgânicos. Entendeu, para tanto, que o direito só se formaria de forma *orgânica* a partir das convicções do povo, por meio do costume, da ciência e da prática. Contudo, deve-se destacar que, para SAVIGNY, o conceito de povo não se traduz como a realidade política e social da nação histórica, mais, sim, como um conceito cultural ideal - comunidade espiritual e cultural ligada por uma cultura comum. Esse conceito inovador possibilitou a SAVIGNY uma viragem para o direito romano, visto que, sendo o *povo* um conceito cultural, o direito romano havia se tornado um elemento essencial da vida jurídica alemã, entendida essa também como processo cultural.¹¹¹

Ainda, vale destacar que, no âmbito do conceito cultural de povo, esse é entendido por SAVIGNY como quase equivalente aos juízes e letrados de um país. Assim, o doutrinador fez dos juristas os únicos representantes do direito existente no povo. Originariamente, o direito ter-se-ia desenvolvido no seio de todo o povo ou teria sido aperfeiçoado por sacerdotes ou juízes leigos. No entanto, mais tarde, fora segregado um corpo de juristas, que passou a desenvolvê-lo de forma exclusiva.¹¹²

¹¹⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 424.

¹¹¹ "A influência do direito romano foi ainda mais marcante no Império Germânico, onde se decidiu, por volta de 1500, abandonar os costumes medievais e "receber" (*recipere*) o direito romano como direito nacional. Esse fenômeno ficou conhecido como recepção. Em consequência, o direito germânico moderno tem, paradoxalmente, um caráter mais acentuadamente romano e menos germânico do que o direito francês". CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 03.

¹¹² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3.

Partindo dessas premissas, SAVIGNY desenvolveu a denominada Escola Histórica, cujo método voltou-se para o estudo das fontes romanas. Importante destacar, porém, que a sua execução não segue de forma integral este ponto de vista, já que se fora desligado da desordem da tradição por meio de uma forte estilização sistemática dessas fontes. Para o doutrinador, as próprias fontes romanas da antiguidade são conscientemente selecionadas em função da sua utilidade para o sistema. Sua metodologia, utilizada na produção de um conjunto de sentido sintetizador da ordem jurídica, fora baseada na *instituição* ou na *relação jurídica* e, por essa, a unidade formal da ordem jurídica não foi constituída diretamente por normas jurídicas, mas pela mediação de *relações jurídicas orgânicas*. A ordem jurídica não foi, assim, concebida como uma ordem de normas, mas, sim, como uma ordem institucional.¹¹³

A Escola Histórica consolidou a concepção de que o material legislado não encerrava a ideia de direito, valorizando formas espontâneas de organização política que também explicitavam a sua identidade por fontes que eram jurídicas, mas não legislativas. De um lado, tínhamos a racionalidade própria ao direito fabricado pelo Estado, de outro, tínhamos nações sem Estado a pleitear a amplitude dos canais jurídicos pelos quais o *espírito do povo* (*Volksgeist*) se manifestava.¹¹⁴

Se o direito positivo decorre dos códigos (notadamente o Código Civil) para a Escola da Exegese, na Escola Histórica o direito positivo não se apresenta na forma codificada, mas, sim, dispersa nos costumes e no direito romano, bem como re-estilizado e organizado pelas relações jurídicas orgânicas antes referidas. Assim, a lei escrita não está em primeiro plano para o método histórico, pois esse está voltado ao estudo dos costumes como fonte de organização jurídica da sociedade. Nesse, impõe-se a análise sob o prisma gramatical, lógica, histórica e sistemática, sendo certo que a sistematização é a base da ciência do direito e, portanto, da interpretação das leis.

Aprofundando nossa reflexão, diríamos que o costume é visto pela escola histórica como uma entidade metafísica, uma estrutura eterna e presente em nosso espírito, eticamente incorruptível. Um já-dito-desde-sempre que impede

ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 446-448.

¹¹³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 453-454.

¹¹⁴ DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos Conceitos *in* BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 483.

aceitar o devir transformador de uma sociedade que se pensa a si mesma como instituinte.¹¹⁵

A construção de um *sistema*, propiciada pela Escola Histórica, foi o ponto de partida para a construção de uma nova proposta lastreada na perspectiva do *sistema científico*, construído a partir dos conceitos jurídicos. Essa ideia ganhou impulso com a denominada *Jurisprudência dos conceitos*, sendo que PUCHTA impulsionou essa concepção ao tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma pirâmide de conceitos, decidindo, assim, a sua evolução no sentido de uma *Jurisprudência dos conceitos formal*. SAVIGNY se preocupou em dar mesmo peso aos elementos lógicos e orgânicos no âmbito do Direito, de forma a obstar a predominância de um ou outro. PUCHTA, por sua vez, laborou em perspectiva diversa, na qual a lógica é dominante. Para o doutrinador, o nexos orgânico do Direito constitui-se em um nexos lógico entre conceitos, o qual se apresenta como fonte de conhecimento de proposições jurídicas ainda não interligadas. Assim, reduziu progressivamente o *todo histórico-sistemático* ao aspecto dogmático, vale dizer, ao aspecto lógico.¹¹⁶

Se a pretensão do Direito nesse momento era adquirir um caráter científico, e se este estava ligado ao seu maior ou menor grau de sistematicidade, a *Jurisprudência dos Conceitos* pode ser compreendida como um conjunto de teorias que se organizam em torno do mesmo objeto: a construção de um caminho pelo qual o Direito poderia obter a forma de um sistema.¹¹⁷

Em síntese, a genealogia dos conceitos de PUCHTA é traduzida na sua pirâmide de conceitos, um sistema construído segundo as regras da lógica formal. Para o doutrinador, o conhecimento sistemático consegue seguir, tanto no sentido ascendente como no descendente, a proveniência de cada conceito através de todos os termos médios que participam na sua formação.

A ideia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações [...] por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele «forçosamente» todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior [...]. A «genealogia dos conceitos» ensina, portanto, que o

¹¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, vol. I. p. 73.

¹¹⁶ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 23.

¹¹⁷ DANTAS, Marcus. *Jurisprudência dos Conceitos* in BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 483.

conceito supremos, de que se dizem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo.¹¹⁸

Ainda que não necessariamente dependente do positivismo, seu traço característico é a dedução dos princípios jurídicos dos (meros) conceitos, os quais servem de *fonte de conhecimento*.¹¹⁹ Seu método lógico-dedutivo alçou o formalismo jurídico a novos patamares, razão pela teve grande prestígio até o século XX, significando um aprofundamento da concepção científica e, também, da ligação do jurista ao monopólio da aplicação e desenvolvimento do direito.¹²⁰

JHERING estudou com PUCHTA, mostrando, na primeira fase da sua obra, profunda admiração e apoio à jurisprudência dos conceitos. O autor utiliza, nessa fase, um método já próximo ao das *ciências exatas* inclusive comparando o Direito, em algumas ocasiões, com uma *máquina*.¹²¹ Atribui, para a função sistemática da ciência do Direito, uma dimensão superior posto que permite *desmontar* cada um dos institutos e proposições jurídicas em seus elementos lógicos para, então, extrair, por meio de novas combinações, tanto das normas já conhecidas quanto de normas novas. Seu método de construção de conceitos se assemelha ao método das *ciências exatas*.¹²²

Contudo, ocorre uma viragem na obra de JHERING, que estabelece, em sua segunda fase, um programa voltado à uma Jurisprudência pragmática, cujo enfoque deixa de ser o conhecimento profundo do Direito e se volta para o *valor da vida*. Dá, assim, uma grande guinada, na qual seu lema passa a ser *o fim é o criador de todo*

¹¹⁸ DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos Conceitos in BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 25.

¹¹⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 168. O doutrinador exemplifica: “do conceito «pessoa jurídica» retira-se a consequência de que a pessoa jurídica, enquanto «pessoa» é susceptível de ser ofendida e de ser incriminada”.

¹²⁰ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 19.

¹²¹ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 30. O doutrinador confere a essa expressão, uma medida de despreocupação filosófica de JHERING: “A utilização indiscriminada de imagens que mutuamente se repelem como «organismo» e «máquina», é significativa da despreocupação filosófica de Jhering, se bem que, no geral ele se atenha à de organismo (compreendida, evidentemente, em sentido «naturalístico»), pois a ideia de máquina, mais conforme com o seu modo de pensar do segundo período, assoma neste apenas marginalmente”.

¹²² LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 31.

o direito, afastando-se do elemento *lógico* e compreendendo a ciência jurídica como não matemática:

Retorno à afirmação que fiz acima: o critério do direito não é o absoluto que se toma para a verdade, mas o relativo que se aplica com relação ao fim. Disso tudo se depreende que o conteúdo do direito não só pode, como deve ser infinitamente variável. [...]. Tudo o que brota sobre o solo do direito, nasceu através de sua finalidade e em função de sua finalidade. Todo o direito outra coisa não é, senão uma única criação teleológica [...].¹²³

JHERING atribui à norma jurídica uma relação de conteúdo com fim determinado. Ainda que se identifique, no seu pensamento, uma certa aproximação com *darwinismo* evolucionista (*a luta pela existência* de Darwin x *luta pelo Direito* de Jhering)¹²⁴ e mesmo com o positivismo sociológico de Comte, no sentido da fundamentação causal do agir do ser humano,¹²⁵ fato é que o autor abandona a jurisprudência dos conceitos formal. Ainda assim, permanece no terreno do positivismo legalista, visto compreender o Direito como a norma coercitiva do Estado (ainda que posta a serviço de um determinado fim). “Para compreender a norma jurídica precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica do que uma análise sociológica”.¹²⁶

Mas mesmo este movimento de auto-destruição apoiava-se no próprio positivismo jurídico-científico. O positivismo tinha desalojado da sua própria consciência metodológica os pressupostos de uma ideia de direito vinculativa num plano suprapositivo; a partir do momento em que a construção jurídica não se pode legitimar a si mesma, a explicação do direito a partir das suas causas reais tinha que se impor. Daqui se seguia necessariamente a explicação do direito a partir dos fins: pois a explicação causal do agir humano é

¹²³ JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002, tomo I. p. 292-293.

¹²⁴ “O patente parentesco, ou mesmo dependência, desta concepção em relação ao positivismo sociológico de Comte, ao utilitarismo de Bentham e às ideias sobre a evolução das raças de Darwin, ilumina o pano de fundo meio inconsciente deste pensamento; mesmo o chavão «luta pelo direito» não é pensável sem a *struggle or life* de Darwin, ou «luta pela existência» (como já então se traduzia na Alemanha)”. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 516-517.

¹²⁵ “Pela doutrina da causa eficiente, nada ocorre no mundo *per se* (*causa sui*); tudo acontece, *i . E.* toda modificação no mundo sensível, é consequência de outra precedente, sem a qual ela mesma não teria surgido. Este fato postulado por nosso pensamento e confirmado pela experiência designamos, como se sabe, por lei de *causalidade*. Esta lei vige também em relação à volição. [...] Destarte, a vontade, tanto quanto a natureza, necessita da causa eficiente. Todavia, na última, ela é de natureza mecânica: a causa (*causa efficiens*); na vontade, de natureza psicológica: a finalidade (*causa finalis*)”. JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002, tomo I. p. 15)

¹²⁶ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 61.

necessariamente a sua explicação através de uma proposição (determinada) de fins pelo homem. O formalismo jurídico e o naturalismo são necessariamente as fases consecutivas de uma visão do direito que recusou uma ideia supra-positiva desse direito e que se tem de orientar para seus sucedâneos.¹²⁷

Ainda assim, JHERING é um dos primeiros pensadores jurídicos modernos que relativiza por completo as pautas do Direito (e também da moral). Sua doutrina trouxe um contributo importante ao pensamento jurídico na medida em que possibilitou o reconhecimento de que toda a proposição jurídica deve ser vista também na sua *função social* e, portanto, disso emergindo a necessidade de um pensamento teleológico.¹²⁸

A viragem de JHERING foi o ponto de partida da denominada *Jurisprudência dos Interesses*, expressão cunhada por um dos seus idealizadores (HECK).¹²⁹

A doutrina de Heck segue a viragem sociologizante do segundo von Ihering, mas afasta-se da doutrina do seu inspirador em diversas questões de método. Heck, embora expressamente invocasse a inspiração de von Ihering, ainda considerava o mestre um representante do antigo conceitualismo.¹³⁰

Essa afastou-se definitivamente da ciência da jurisprudência dos conceitos, negando o aspecto lógico em prol dos valores inerentes à vida. Para HECK, o escopo da jurisprudência é a satisfação das necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material quanto ideal. “São esses desejos e aspirações que chamamos de interesses e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos”.¹³¹ Orienta-se metodologicamente pela investigação histórica da lei e dos interesses, “acompanhada dum complemento emocional”.¹³² Contudo, o doutrinador se afasta das teses psicológicas da *vontade*

¹²⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 517.

¹²⁸ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 62.

¹²⁹ “A ele se deve também a designação como «jurisprudência dos conceitos» do pensamento metodológico de PUCHTA, do JHERING da primeira fase e de WINDSCHEID. A influência de HECK no domínio da metodologia, sobretudo em matéria de Direito civil, dificilmente poderá ser sobreestimada”. LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 63.

¹³⁰ CASTRO JUNIOR, Torquato. *Jurisprudência dos Interesses in* Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 486.

¹³¹ HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 13.

¹³² HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 65. O doutrinador ainda enfatiza: “É igualmente certo que o juiz,

do legislador para analisar os motivos, os fatores causais motivantes da legislação¹³³ e, também, sua rejeição da ideia de um sistema legislativo autossuficiente, não lacunoso.¹³⁴ Nesse sentido, destaca-se que a Jurisprudência dos Interesses se manteve fiel ao princípio da obediência à lei, reconhecendo a *autonomia da comunidade jurídica* da qual o legislador seria o legítimo representante, procurando, assim, obter decisão jurídica valorada por uma hermenêutica-racional.¹³⁵ Contudo, ainda que não quebre os limites do positivismo legalista, abre, ao juiz, a possibilidade de desenvolver o próprio Direito, não somente mediante a *fidelidade à lei*, mas também em harmonia com as exigências da vida.¹³⁶

O Direito mais efetivamente próximo da vida era, pois, para Heck, aquele que se realizava mediante a decisão judicial, diante dos problemas concretos. A Jurisprudência dos Interesses desenvolveu, por isso, nuclearmente, uma teoria sobre a obtenção da decisão adequada para os casos *sub judice*, sobre a *Rechtsgewinnung*, partindo de uma teoria sobre a produção de leis (*Gesetzgebung*) e da afirmação ideológica de certos limites formais para o juiz na aplicação da lei (*Rechtsanwendung*).¹³⁷

A Jurisprudência dos Interesses abre passagem, enfim, para o denominado *Movimento do Direito Livre*, não sendo possível confundir-se ambos. Isso porque os pontos do primeiro - a estrita objectividade na livre investigação do direito e a incondicional obediência à lei - não são perfilhados pelo segundo. Um dos expoentes desse último foi KANTOROWICZ e a própria denominação do movimento deixa transparecer uma certa analogia com *livre exame*. Direito livre quer dizer, no fundo, *livre da lei*.

Mas onde encontra o juiz o «direito livre»? De onde provém, em geral, o direito? KANTOROWICZ dava uma resposta positivista-voluntarista: Todo o dever-ser é

abandonando a interpretação histórica, compromete o êxito da lei". (p. 66).

¹³³ "No sistema das teorias da interpretação da lei, entra no grupo das teorias históricas, mas ocupa aí lugar especial porque põe como objectivo final da interpretação a *determinação dos interesses causais*". HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 72.

¹³⁴ "É difícil formular para o futuro comandos referentes a matérias complexas. [...] Há sempre circunstâncias imprevistas e as instruções ou são omissas quando o interesse do superior impõe a acção, ou prescrevem conduta inadequada às novas circunstâncias". HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 21.

¹³⁵ NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 2. p. 198.

¹³⁶ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 69-70.

¹³⁷ CASTRO JUNIOR, Torquato. Jurisprudência dos Interesses *in* Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 487.

ser porque o dever-ser é querer. [...] se a decisão era o *prius*, tanto a lei como a racionalidade normativa que era possível construir a partir das suas normas funcionariam apenas como expedientes complementares, como elementos de justificação ou de *controle* normativo-jurídicos *a posteriori*.¹³⁸

Para o doutrinador, as sentenças, inclusas as *contra legem*, oferecem uma garantia intrínseca à formação dos juízes, os quais possuem maior maturidade que a maioria dos membros dos partidos políticos que fazem o papel do legislador.¹³⁹ Daí porque o registro que impactou, nesse movimento, fora a legitimação da decisão *contra legem*. “A síntese dava-a a fórmula de STAMPE: «Nós exigimos para o juiz a competência para *integrar* a lei em termos ilimitados, para *alterar* a lei em termos limitados»”.¹⁴⁰ Ao lado do Direito estatal e, com a mesma importância, existe o Direito Livre criado pela decisão jurídica dos cidadãos, pela jurisprudência e pela ciência do Direito.¹⁴¹ Para os adeptos do Movimento Livre, o julgamento de um caso exige mais do que uma *dedução lógica*, isto é, uma conclusão subsuntiva. A decisão, assim como a interpretação e a integração da lei são vistos como atividades criadoras.¹⁴²

2.2.2 O Positivismo Normativista

O positivismo normativista constitui um aprofundamento do *rigor* lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo.¹⁴³ “Desde o início do século XX, a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico (que está na origem dos teóricos do direito como KELSEN) já haviam apontado para o problema da polissemia das palavras”.¹⁴⁴ Aqui há uma referência que não parece bem compreendida pelo sentido comum teórico, visto que Kelsen, de um lado, superou o positivismo exegético do

¹³⁸ NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 2. p. 199.

¹³⁹ KANTOROWICZ, German. La lucha por la ciencia del derecho in SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 370.

¹⁴⁰ NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 2. p. 199.

¹⁴¹ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 80.

¹⁴² LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 81. Mais abaixo, encontra-se: “Mas existiriam também operações de conhecimento criadoras, operações que podem fundar-se na compreensão de certo nexos final ou nas pautas de valoração, que, por exemplo, se evidenciam num caso análogo, na «natureza das coisas» ou em outras conexões perceptíveis”. (p. 82).

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

tipo *juiz boca da lei* e, por outro, não procurou resolver o problema da interpretação concreta em nível de *aplicação* do direito.¹⁴⁵

A *Teoria Pura do Direito* buscou “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”.¹⁴⁶ O doutrinador elegeu, como *objeto* do seu estudo, a norma jurídica, excluindo do seu campo de investigação todos os elementos que não dissessem respeito ao mesmo, daí extraíndo a *pureza* da sua *teoria*. Sua obra representa um reforço à analítica dos conceitualistas e uma contraposição à denominada Jurisprudência dos Interesses e ao Movimento do Direito Livre, vistos, por KELSEN, como uma perda do rigor científico por introduzirem argumentos de natureza ideológica, política e sociológica no Direito.¹⁴⁷

A Teoria Pura do Direito, ao ser reduzida a um conceitualismo presente tanto no idealismo como no positivismo lógico, consegue eliminar de sua problemática a discussão sobre os fatores codeterminantes da realidade jurídica, como também sobre o papel social e político do Direito e as dimensões ideológicas dos diversos discursos jurídicos enquanto prática jurídica concreta.¹⁴⁸

Com a elaboração da *teoria pura*, o positivismo jurídico alçou patamares de um saber rigorosamente científico, visto elaborar uma *teoria sobre a norma jurídica*. Entrou em cena um novo elemento, que é a construção de uma *metalinguagem* (uma teoria geral da norma), distinta da *linguagem da própria norma*. O positivismo normativista difere, nesse particular, do positivismo exegético anterior, porque distingue o direito (linguagem-objeto) da ciência do direito (metalinguagem). Nesse sentido, a *ciência do direito* passa a se preocupar com a descrição neutra das *estruturas* da norma jurídica, e não com o seu conteúdo propriamente. São

¹⁴⁵ “Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei’”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 01.

¹⁴⁷ Nesse sentido: “[...] um relance sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza; de um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 01.

¹⁴⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, vol. I. p. 132.

notavelmente conhecidas as críticas tecidas em torno da falta de *praticidade* da teoria pura, baseadas na pouca utilidade das suas *formas* e *categorias*. Em síntese, a crítica corrente é a de que o positivismo normativista perdeu de vista a vida real.¹⁴⁹

No fundo, Kelsen estava convicto de que *não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática*. Desse modo, todas as questões que exurgem dos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do direito são menosprezados por sua teoria na perspectiva de extrair da produção desse manancial jurídico algo que possa ser cientificamente analisado.¹⁵⁰

A teoria pura constitui, portanto, uma teoria das normas jurídicas, o que lhe permite dividi-las ou classificá-las em diferentes categorias. Nessa medida, ainda, permite a formação de uma teoria do ordenamento jurídico, pois esse não é visto a partir da norma isolada, mas a partir do conjunto de normas organizadas de forma coerente. Em síntese, o positivismo normativista acrescenta ao cenário jurídico um argumento científico em torno da completude e coerência do ordenamento jurídico.

O positivismo normativista *kelseniano* difere profundamente do positivismo legalista do século XIX na abordagem da atividade prática do Direito. Enquanto que esse último pretendeu *resolver* o “problema” da atividade prática negando a via da discricionariedade judicial por meio de construções míticas,¹⁵¹ o primeiro tratou de, apenas, descrever esse problema entendendo-o incontornável. Nesse ótica, Kelsen superou o positivismo exegético, porque, em sua obra, “o conceito preponderante não é mais a lei, mas, sim, a norma, que não está contida apenas na lei, mas também nas decisões (portanto, o problema em Kelsen é um problema de decidibilidade)”.¹⁵² Aqui transparece, em toda a sua envergadura, a consciência do aspecto polissêmico das palavras, apto a gerar uma variedade de interpretações todas igualmente válidas: “O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por

¹⁴⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 182.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 458.

¹⁵¹ “[...] seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como venerem as formas de poder que engendraram essa situação”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, vol. I. p. 105.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 206.

maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesa norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador”.¹⁵³

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.¹⁵⁴

Daí resulta a lógica da cisão entre *ciência do direito* (que deriva de um ato de conhecimento¹⁵⁵) e do Direito (como atividade prática que deriva da *vontade*¹⁵⁶) ou, ainda, entre interpretação científica e interpretação feita pelos órgãos jurídicos. STRECK afirma, em relação ao tema, que:

[...] estamos diante da principal operação epistemológica operada por KELSEN, que é a cisão entre direito e ciência jurídica. O direito é um conjunto sistemático de normas jurídicas válidas, ao passo que a ciência jurídica é um sistema de proposições verdadeiras. Disso decorre o óbvio: *normas jurídicas* ou são *válidas* ou *inválidas*; *proposições jurídicas* são *verdadeiras* ou *falsas*.¹⁵⁷

O positivismo normativista rompeu com uma tradição arraigada no positivismo exegético, pois, neste último, *o juiz não interpreta* (é caudatário da lei via *método* de subsunção e da dedução). O primeiro, entretanto, reconhece a presença da atividade discricionária do julgador nos seus múltiplos *modos* de interpretar e aplicar as regras: aliás, para KELSEN, existem mesmo várias possibilidades de aplicação jurídica, como já referido anteriormente.

¹⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 390.

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 390.

¹⁵⁵ “A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 395).

¹⁵⁶ “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na · Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas cria uma norma individual ou executa uma sanção”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 394).

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 469.

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura-se o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, [...].¹⁵⁸

Disso também resultam as dificuldades de o positivismo assimilar operações que redundem em verificar se as proposições jurídicas são *certas* ou *erradas*, contentando-se, antes, com o exame de legitimidade dessas. Nesse contexto, a *autoridade* (competência) de quem formula a proposição assume grande importância e, não, o conteúdo das proposições:

Um supremo tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava «errado» não tem consequências dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos ou deveres de ninguém. [...]. Isto conduz a uma outra forma da negação de que os tribunais, ao decidir, estão sempre vinculados por regras: «O direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é».¹⁵⁹

KELSEN realiza, nesse sentido, aberta crítica ao positivismo legalista. No bojo de sua obra, encontra-se o conformismo com a relatividade e a indeterminação da atividade de aplicação do Direito, tendo em vista a diferenciação que realiza entre a ciência jurídica – cuja determinação é *pura* determinação cognoscitiva – da atividade decisória de aplicação desse. A despeito disso tudo, o sentido comum teórico critica o positivismo normativismo desse doutrinador, identificando-a com posturas do tipo *juiz boca-da-lei*, o que, como demonstrado, foi refutado por aquele.

Contudo, exemplos práticos demonstram que a essência do positivismo normativista **continua a integrar as práticas jurídicas cotidianas**, nos exatos termos denunciados por STRECK.¹⁶⁰ Vide, por exemplo, falas obtidas na própria

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 391.

¹⁵⁹ HART, L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 155.

¹⁶⁰ “Numa palavra final, não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a ‘dobra da linguagem’, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar!”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

Suprema Corte brasileira e que escancaram esses pressupostos do positivismo normativista: “Isso não é desdouro para nenhum de nós dois. O Direito legislado é, muitas vezes, uma moldura aberta e cabe mais de um recheio”.¹⁶¹ Esse paradigma positivista (de cunho kelseniano-normativista) fica ainda mais evidente na leitura de súmulas como a nº 400 do Supremo Tribunal Federal: “decisão que deu razoável interpretação à lei ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário [...]”. O paradigma positivista-normativista permite explicar, sem constrangimentos, essa delegação da possibilidade de obtenção de uma *melhor* ou *não tão melhor* interpretação (ou decisão) à sorte do jurisdicionado.

O livre convencimento - tal qual concebido pela jurisprudência examinada no tópico anterior - encontra alinhamento inicial no paradigma do positivismo normativista. O relativismo no ato de aplicar o Direito é característico desse paradigma e, ao que se viu acima, encontra-se subjacente na jurisprudência atual. Nesse sentido, cabe também investigar se a própria principiologia invocada pela referida jurisprudência na aplicação constitui um reflexo desse positivismo no campo de aplicação ou se remanesce alguma pertinência teórica naquelas conclusões anteriormente analisadas.

2.3 Os Princípios Jurídicos

Esclarece-se que o presente estudo não tem a pretensão de exaurir toda a temática – e problemática – relativa aos princípios jurídicos ou mesmo exaurir suas diferentes funções no âmbito do Direito, razão pela qual a abordagem desses ocorrerá na exata medida capaz de contribuir para a compreensão do livre convencimento como um *princípio*. Assim, não serão realizadas abordagens em relação à conceitos institutos que lhes são próximos como, por exemplo, “*cláusulas gerais*”, “*conceitos gerais*”, “*normas em branco*”, dentre outros.

Em relação ao tema *princípios*, cabe destacar que não há uma compreensão uniforme na doutrina, sobretudo ao cotejar sua natureza, função e demais elementos constituintes.¹⁶² Pode-se verificar a *variabilidade* da delimitação

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388 – RR, do Plenário. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 19 de março de 2009. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, vol. 212, p. 286, 2010.

¹⁶² Conforme, exemplificativamente, MAYNEZ, Eduardo Garcia. Los «principios generales del

conceitual dos princípios jurídicos tomando-se, de forma exemplificativa, as várias acepções sintetizadas por CARRIO: **(a.)** consubstanciar aspectos importantes de uma ordem jurídica que não podem ser contidas em uma descrição suficientemente informativa; **(b.)** expressar generalizações obtidas por meio das regras do sistema jurídico; **(c.)** como referência à *ratio legis* de uma dada norma ou um dado conjunto de normas; **(d.)** para designar determinadas *pautas* para as quais se atribuem conteúdos intrinsecamente ligados ao *justo*; **(e.)** para identificar certos requisitos formais ou externos que toda a ordem jurídica deve satisfazer; **(f.)** como elementos norteadores da atividade legislativa com caráter exortatório; **(g.)** como determinados juízos de valor que recorrem às exigências básicas de justiça e moral positivas sustentadas em uma suposta “consciência jurídica popular”; **(h.)** para referir determinadas máximas que provém da tradição.¹⁶³ Assumindo-se, pois, a

derecho» y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos. **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1958, vol. 1. p. 229, 1; MOZOS, Jose Luis de los. Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico *in Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid: Tecnos, 1976. v.2. p. 324; CARRIO, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 32. BOBBIO, Norberto. Principii Generali di Diritto *in* AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Org.). **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1967-1983, vol. XIII. p. 889; WRÓBLEWSKI, Jean. Principios de Direito *in* André-jean Arnaud (dir). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Vicente de Paulo Barretto 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 621. ATIENZA, Manuel. Sobre principios e regras. **Panoptica – Direito, Sociedade e Cultura**. vol. 4, n. 03, p. 49, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/85/93>. Acesso em: 19 nov. 2016. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990. p. 51 e segs; GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier, 2005. p. 185; AARNIO, Aulis. Reglas y principios em el razonamiento Jurídico. **Anuario da Faculdade de Derecho da Universidade da Coruña**. n. 04, 2000. p. 595. Disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2070/AD-435.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 set. 2015. SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. p. 48-49. PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Los Principios generales del derecho**. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos. Barcelona: Bosch, 1947. p. XXVII. FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 41. WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas *et alii*. Mexico: Fontamara, 2001. p. 205. Na doutrina nacional, vale citar FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e pratica dos principios gerais do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 14-15, dentre outros.

¹⁶³ CARRIO, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 34-36. LUÑO, por sua vez, refere que os princípios gerais de direito são resultado: **(i.)** em uma concepção positivista como atividade do legislador, que os define como fontes de direito, obtendo-se os mesmos em processo de abstração e generalização das normas particulares do ordenamento jurídico; **(ii.)** da atividade do juiz, que os identifica por meio de interpretação analógica das leis ou os descobre a partir da natureza das coisas ou do direito natural; **(iii.)** da atividade da doutrina, como resultado das suas construções teóricas e análise, elaboração e sistematização dos sistemas jurídicos; **(iv.)** do costume, ou seja, da reiteração de sua invocação e aplicação como norma jurídica e; **(v.)** das convicções e aspirações morais que se manifestam nas sociedades. (Cf. LUÑO, Antonio Enrique Perez. Los principios generales del derecho: ¿um

diversidade de sentidos ora identificados, conclui-se que a expressão “princípios de direito” apresenta-se como polissêmica no vocabulário jurídico, tanto na língua das regras formuladas no âmbito do direito positivo quanto na própria língua da ciência jurídica e, especial, no âmbito da teoria do direito e da dogmática jurídica.¹⁶⁴

2.3.1 Um Resgate Histórico dos Princípios

Cabe a referência de que a palavra *principio*, em sua acepção morfológica, é derivado de *prima*, “o que precede aos outros; o que é mais antigo; o mais importante”.¹⁶⁵ Remontando o tema à ARISTÓTELES,¹⁶⁶ verifica-se que o filósofo grego dividiu a alma em duas partes, uma dotada de razão e, a outra, irracional. A primeira foi separada em duas, sendo uma de natureza *científica*, isto é, aquela que permite observar as coisas cujos primeiros princípios são invariáveis e, outra, de natureza *calculadora* ou opinante, que permite contemplar as coisas passíveis de variação. Na parte da alma científica, Aristóteles alocou o conhecimento científico, isto é, aquele que não está sujeito à variações; na parte da alma calculadora, o filósofo alocou a *prudência*, ou seja, o conhecimento sobre coisas variáveis que gera a deliberação (ou opinião) e, também, a *arte* como o conhecimento relacionado com o fazer, com a criação. Para o filósofo, *deliberar* e *calcular* são a mesma coisa, eis que situados na mesma parte da alma racional, embora ninguém *delibere* sobre coisas *invariáveis*.¹⁶⁷

mito jurídico? **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. Espanha: Ministério de la Presidencia, n. 98, outubro-diciembre, p. 09, 1997. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=255&IDA=17117>>. Acesso em: 15 set. 2015). Outras classificações se apresentam de forma mais sintéticas como, por exemplo: **a.)** princípios como normas jurídicas em vigor; **b.)** princípios como regras que são premissas ou consequências das normas jurídicas em vigor e; **c.)** princípios que se constituem em *outras* regras ou construções que não as referidas anteriormente. (Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas *et alii*. Mexico: Fontamara, 2001. p. 205).

¹⁶⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Princípios de Direito in André-jean Arnaud (dir). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Vicente de Paulo Barretto 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 621.

¹⁶⁵ HECKLER, Evaldo (SJ); BACK, Sebald; MASSING, Egon. **Dicionário morfológico da língua portuguesa**. São Leopoldo: Unisinos, 1984, vol. III. p. 3370-3371.

¹⁶⁶ Justifica-se a remissão ao filósofo grego, dado que sua obra ecoa até hoje na base do pensamento científico ocidental: “*Scientific demonstration gives us strict knowledge (as opposed to mere opinion); [...]. Science is a deductive chain starting from primitive axai of this general type*”. LEE, H.D.P. Geometrical method and Aristotle’s account of first principles in **The Classical Quarterly**. Cambridge: Cambridge University, v. 29, 1935. p. 113-114.

¹⁶⁷ ARISTOTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 113-118.

O conhecimento científico constitui o julgamento sobre coisas universais e, nele, a verdade sempre é demonstrável porque derivada dos primeiros princípios ou axiomas. Esses são assumidos pelo filósofo como as *coisas primeiras*, das quais não cabe demonstração, sendo que alguns são próprios de cada ramo da ciência e, outros, comuns a todos os ramos da ciência.¹⁶⁸ Dito por outras palavras, a existência desses princípios é indemonstrável, podendo ser apreendidos somente pela inteligência¹⁶⁹ evitando, assim, o *regressus ad infinitum*. Esses podem ser agrupados em três espécies: **(i.) axiomas** ou princípios mais gerais, caracterizados por serem comuns a vários ramos do conhecimento e, certamente, pressupostos na base de qualquer conhecimento sobre *algo*; **(ii.) definições**, que assumem significados simples relativos a determinados termos ou expressões e; **(iii.) hipóteses**, que correspondem a suposições de existência de *algo*.¹⁷⁰

Ainda, pode-se referir que, para o filósofo grego, os primeiros princípios são as premissas (causas) de uma conclusão por meio do *raciocínio*.¹⁷¹ Esse é situado, como um discurso no qual são assentadas certas premissas para, delas, serem deduzidas coisas diferentes, podendo ser demonstrativo ou dialético. **O primeiro** é característico do pensamento científico e tem natureza apodítica (lida com os *verdadeiros*), pois parte de premissas (princípios) verdadeiros e primeiros ou de algo que é desses derivado, ressaltando-se que o filósofo não entendia que todo o conhecimento científico pudesse estar fundamentado em um mesmo conjunto de princípios, sendo que cada ramo da ciência teria seus próprios gêneros e predicados e, assim, o raciocínio demonstrativo não poderia passar de um gênero a outro.¹⁷² Nesse sentido, suas diferentes técnicas discursivas foram usualmente agrupadas sob a denominação *analítica* ou teoria da demonstração.

O segundo, entretanto, é construído a partir de premissas (ou princípios) *plausíveis*, isto é, *opiniões* aceitas pela maioria ou pelos sábios.¹⁷³ Assim, o

¹⁶⁸ ARISTOTELES. Analíticos segundos in **Tratados de lógica (organon)**. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988, vol. II. p. 336 **(76a 35 40)**.

¹⁶⁹ ARISTOTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 113-118.

¹⁷⁰ LEE, H.D.P. Geometrical method and Aristotle's account of first principles in **The Classical Quarterly**, p. 113-114.

¹⁷¹ TAMAYO-SALMORAN, Rolando. **Razonamiento y argumentación jurídica**. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 2003. p. 82.

¹⁷² ARISTOTELES. Analíticos segundos in **Tratados de lógica (organon)**. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988, vol. II. p. 335 **(76a 5 10)**.

¹⁷³ Por fim, o raciocínio é *eurístico* quando parte de coisas que *parecem* plausíveis mas não são ou,

raciocínio dialético é característico da *prudência*, capaz de discutir qualquer problema utilizando premissas *plausíveis*, não se mostrando, por esse motivo, uma razão demonstrativa ou científica mas, sim, em uma razão calculadora ou deliberativa (baseada na *opinião*)¹⁷⁴ e mais relacionada com problemas particulares, com a ação e com a prática. E é por lidar com a prática e apreender fatos fundamentais e variáveis como ponto de partida que o raciocínio dialético gera, dentre outras consequências, a chegada aos universais a partir do particular.¹⁷⁵ Dizer-se *variável* significa afirmar que, aquilo com o que a prudência se conforma em determinadas circunstâncias poderá não sê-lo em outras: o raciocínio dialético poderá reclamar, portanto, o uso de *princípios concorrentes*.¹⁷⁶ Quando o raciocínio parte de coisas que *parecem* plausíveis mas que, em realidade, não o são, recebe a denominação de *erístico*.¹⁷⁷ De forma geral, portanto, as matérias das quais não se pode ter um conhecimento preciso porque não é possível sua fixação de modo antecipado são agrupadas no âmbito da dialética.

Observa-se, entretanto, que a relação entre a dialética e a ciência em Aristóteles não é de mútua exclusão nem, tampouco, de identidade. Trata-se, em realidade, de uma relação bastante sutil, cujas diferentes percepções, ao longo dos séculos, acabou influenciando a forma de construção do conceito de *ciência* e, por consequência, a concepção *científica* de Direito legada pela modernidade. Aliás, a própria noção de *conhecimento científico* como o capaz de atender tão somente a uma atitude teórica ou *sistemática* não abrange nem mesmo a totalidade da obra do filósofo, dado o esquecimento histórico de que esse distinguira pelo menos três tipos de ciência.¹⁷⁸ Nessa mesma linha, o pensamento científico moderno também parece

ainda, que parecem ser um raciocínio sem sê-lo. Cf. ARISTOTELES. Tópicos (libro I) *in Tratados de lógica (organon)*. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982, vol. I. p. 90-91. **(100a 25 100b)**.

¹⁷⁴ PATTARO, Enrico. Al origen de la noción "principios generales del derecho": lineamiento histórico filosófico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 59, p. 533, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

¹⁷⁵ ARISTOTELES. Tópicos (libro I) *in Tratados de lógica (organon)*. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982, vol. I. p. 123 **(1143b)**.

¹⁷⁶ PATTARO, Enrico. Al origen de la noción "principios generales del derecho": lineamiento histórico filosófico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 59, p. 533, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

¹⁷⁷ ARISTOTELES. Tópicos (libro I) *in Tratados de lógica (organon)*. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982, vol. I. p. 91 **(100b 20)**.

¹⁷⁸ GUARIGLIA, Osvaldo. *La ética en Aristóteles: o la moral de la virtud*. Buenos Aires: Eudeba, 1997. p. 71. Não é objeto desse trabalho uma investigação exaustiva do pensamento de

ter descurado para as imbricações entre o raciocínio dialético e o demonstrativo, na medida em que, se a ciência advém dos princípios, também se mostra necessária certa capacidade discursiva que possa argumentar não só de forma dedutiva:

En efecto, a partir de lo exclusivo de los principios internos al conocimiento en cuestión, es imposible decir nada sobre ellos mismos, puesto que los principios son primeros con respecto a todas las cosas, y por ello es necesario discurrir en torno a ellos a través de las cosas plausibles concernientes a cada uno de ellos. Ahora bien, esto es propio o exclusivo de la dialéctica: en efecto, al ser adecuada para examinar (cualquier cosa), abre camino a los principios de todos los métodos.¹⁷⁹

Em todo o caso, é possível de extrair-se, de ARISTÓTELES, a compreensão de que os *princípios* permitem explicar/compreender *algo*. Transparecem, pois, como pontos de partida que não apenas permitem compreender a realidade como, também, conferem determinados critérios normativos que dão sentido e justificam aquilo que é analisado. Os princípios constituem algo que “é”, que “se conhece” ou que “se faz” (ou “se opera”)¹⁸⁰ e que são subjacentes tanto ao raciocínio científico quanto ao prudencial.

A influência do pensamento grego sobre a cultura jurídica romana é notória, dispensando, assim, uma demonstração pormenorizada.¹⁸¹ A própria denominação *prudentia* (saber agir/fazer) já reflete aquela influência (o *jurisprudente* é, portanto,

Aristóteles. Entretanto, cabe dizer que o autor ora citado, ao investigar a obra do filósofo, identificou diferentes espécies de ciência (*epistēmē*) nessa, divididas em teóricas (*theōretikē*) e pragmáticas (*apolotelestikē*), sendo essas últimas subdivididas, por sua vez, em práticas (*praktikē*) e produtivas (*poiētikē*). Mais adiante, refere que o filósofo dera prioridade ontológica das ciências teóricas sobre as demais, mas que essa hierarquia não o havia impedido de reconhecer o caráter científico dos outros domínios da realidade e, tampouco, de estabelecer as características específicas que o conhecimento sobre o *mutável* haveria de ter. (p. 74-75).

¹⁷⁹ ARISTÓTELES. Tópicos (libro I) in **Tratados de lógica (organon)**. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982, vol. I. p. 92-93 (**105a 35 – 101b**).

¹⁸⁰ PATTARO, Enrico. Al origen de la noción "principios generales del derecho": lineamiento histórico filosófico. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 59, p. 528-529, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

¹⁸¹ Vide, exemplificativamente, GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. p. 87; WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 17-18; LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 33-34; TAMAYO-SALMORAN, Rolando. **El derecho y la ciencia del derecho** (introducción a la ciencia jurídica). Mexico: Universidad Autónoma del México, 1986. p. 129; PATTARO, Enrico. Al origen de la noción "principios generales del derecho": lineamiento histórico filosófico. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 59, p. 537, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015. JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano - I**. Parte Geral. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 21.

aquele que sabe fazer/agir no âmbito do *ius*). No início, a tarefa da *iurisprudencia* era privilégio dos sacerdotes-pontífices, sendo que a Religião, Moral e Direito eram um todo único, razão pela qual a *interpretatio* do *ius* foi tida como algo misterioso, divino.¹⁸² Entretanto, as transformações ocorridas a partir do final do século III a.C. importam na cisão entre o Direito e a Religião (e Moral), surgindo daí uma distinção clara entre as esferas religiosa e civil.¹⁸³ A atividade jurídica é profissionalizada com o aparecimento do *jurista laico* e das primeiras obras sobre o direito civil, constituídas por coleções de opiniões dadas aos casos particulares. Gradativamente, essas *opiniões* (leia-se, respostas aos casos particulares) passam a ser aplicadas para casos similares, universalizando-se e formando, assim, os *conceitos jurídicos* sob os institutos de “*nomina iuris*” ou “*definitiones*”.¹⁸⁴

A transformação dos particulares - representados pelas *opiniões* - em universais ocorreu mediante o uso, pelos juristas romanos, da ciência grega, introduzido no período do fim do último século A.C.¹⁸⁵ Por ciência entende-se em relação ao ponto uma organização sistemática de uma disciplina mediante sua divisão em gêneros e partes. De acordo com a dialética grega, os gêneros e partes poderiam ser obtidos a partir de procedimentos para apuração de distinções e sínteses.¹⁸⁶ Os juristas romanos obtiveram *princípios* a partir da observação dos singulares, sendo que esses, uma vez estabelecidos, permitiam a extração de novos

¹⁸² CRUZ, Sebastião. **Direito romano (ius romanum)**: introdução. Fontes. 4. ed. Coimbra: Dislivro, 1984, vol. I. p. 289-290.

¹⁸³ TAMAYO-SALMORAN, Rolando. **El derecho y la ciencia del derecho** (introducción a la ciencia jurídica). Mexico: Universidad Autonoma del Mexico, 1986. p. 137.

¹⁸⁴ “*Definitiones* – são explicações do significado dum termo ou duma ideia. Este tipo de obra jurídica é de influência grega. As *definitiones* dos romanos correspondem às obras dos gregos [...] significa estabelecer *bem, muito bem* [...] os limites (daí o *de+limitar*), os termos (daí o *de+determinar*)”. CRUZ, Sebastião. **Direito romano (ius romanum)**: introdução. Fontes. 4. ed. Coimbra: Dislivro, 1984, vol. I. p. 362. A passagem da *definitione* para o campo do direito (“*nomina iuris*”) expressa essa ideia já que muitas discussões diziam respeito ao alcance e peso das palavras (“*nomina iuris*”). Cita-se, como exemplo, que uma das primeiras controvérsias desse tipo dizia respeito ao conceito de *fructus* (no final do século III tornou-se costume legar, durante a vida apenas, o uso de uma propriedade conjuntamente com o direito de gozar os frutos produzidos por essa propriedade, pelo que tornou-se necessário esclarecer o que significa a expressão *fructus*). TAMAYO-SALMORAN, Rolando. **El derecho y la ciencia del derecho** (introducción a la ciencia jurídica). Mexico: Universidad Autonoma del Mexico, 1986. p. 103.

¹⁸⁵ “[...] It was from Aristotle, in particular, that the Roman jurists learned these methods. In his works they found a statement of the general technique by which any science should be constructed, the *ars artium* as Cicero called it (Brutus, 41.153)”. STEIN, Peter. **Regulae iuris**. From justice rules to legal maxims. Edinburg: Edinburg University, 1966. p. 34.

¹⁸⁶ “Thy Aristotle conceived the development of a science as an upward movement of thought, by observations, memory, experience and intuition, as a result of which first principles are discovered and stated, followed by a downward deductive process in which the necessary consequences of those principles are worked out”. STEIN, Peter. **Regulae iuris**. From justice rules to legal maxims. Edinburg: Edinburg University, 1966. p. 36.

enunciados por via de raciocínios silogísticos. Esses diferenciavam os princípios (invariáveis) da ciência e os que ocupam a *prudência*, que cuida das coisas particulares e, portanto, pode se conformar com certas circunstâncias em um caso que não se adequam em outro. Assim, no contexto da prudência, laboraram tanto na perspectiva dos universais quanto dos particulares, sendo que as especificidades de cada circunstância podiam exigir o uso de princípios concorrentes diversos.¹⁸⁷

A *revolução científica*¹⁸⁸ subjacente ao desenvolvimento da jurisprudência romana clássica¹⁸⁹ constitui uma das suas grande contribuições para o Ocidente. Ao seguirem as estratégias de Aristóteles, os juristas romanos conseguiram resolver o problema de como descrever a experiência jurídica, composta basicamente de particulares, mediante conceitos gerais de forma a criar a base de uma *Ciência do Direito*. Daí as referências à *geometrização do direito*, pela sua organização sistemática em uma disciplina.¹⁹⁰

No período clássico, generalizaram-se obras jurisprudenciais de diversos tipos como *instituciones, regulæ, definitiones e sententiæ* ou *opiniones, comentaria ad Edictum, digesta, responsa, quæstiones y disputaciones, epistolæ, etc.* As *regulæ* (assim como as *definitiones* ou *sentetiæ*) constituíam-se como obras elementares que resumiam princípios jurídicos,¹⁹¹ redigidas com finalidade didática para o uso de

¹⁸⁷ PATTARO, Enrico. Al origen de la noción "principios generales del derecho": lineamiento histórico filosófico. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 59, p. 533, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

¹⁸⁸ Expressão de STEIN, Peter. **Regulæ juris**. From Justice Rules to Legal Maxims. p. 26 e segs.

¹⁸⁹ Aqui, a expressão *jurisprudência* adquire um sentido diverso daquele usualmente empregado pela cultura jurídica brasileira. Nessa, a expressão assume, como significado, decisões reiteradas dos Tribunais. Naquela, entretanto, constitui a atividade que realizam os juristas ao “descreverem” o direito, mais próximo, portanto, do que no Brasil se entende como *ciência do direito, doutrina ou ainda, dogmática jurídica*. (Cf. TAMAYO-SALMORAN, Rolando. **El derecho y la ciencia del derecho** (introducción a la ciencia jurídica). Mexico: Universidad Autónoma del México, 1986. p. 143. Nesse sentido também JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano - I. Parte Geral**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 86; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespânia e L.M. Macaísta Malheiros. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. p. 90 (acrescenta, o autor, que a expressão designa, nas línguas *neolatinas*, o conjunto das decisões judiciais, sendo que o termo inglês *jurisprudence* tem um sentido mais próximo daquele empregado pelos romanos).

¹⁹⁰ TAMAYO-SALMORAN, Rolando. **El derecho y la ciencia del derecho** (introducción a la ciencia jurídica). p. 130. Foi a adoção da dialética que possibilitou o estudo sistemático dos gêneros e das espécies jurídicas pela jurisprudência romana. (Cf. SCHULZ, Fritz. **Storia della giurisprudenza romana**. Trad. Guglielmo Nocera. Firenze: Sansoni, 1968, p.121-123).

¹⁹¹ “REGULAE – São princípios fundamentais ou preceitos jurídicos, quer de normas vigentes quer sobretudo de doutrina: “[...] são um precedente da sistematização ou da formulação (não da criação) das normas e da exposição sistemática do *Ius*”. CRUZ, Sebastião. **Direito romano (Ius romanum)**: introdução. Fontes. 4. ed. Coimbra: Dislivro, 1984, vol. I. p. 363. Na mesma linha, confira-se SCHULZ, Fritz. **Storia della giurisprudenza romana**. Trad. Guglielmo Nocera.

principiantes, apresentada como regras concisas expostas de forma contínua para serem memorizadas.

Já a *definitio* era usada como sinônimo de *regulæ*, diferenciando-se de *sententiæ* ou *opiniones* porque essas últimas, conquanto também expressassem fórmulas breves de princípios jurídicos, às vezes referiam também sua origem, história e fundamento; *parecem*, por isso, terem sido mais destinadas aos práticos que aos estudantes. Para PUIGARNAU, a jurisprudência romana não tratou de conceber princípios como elementos *apriorísticos* (ou prévios) do direito romano, mas, sim, os construiu como “*mero*” resumo obtido *a posteriori*, por via de recapitulação ou síntese, do direito preexistente.¹⁹²

*The practical nature of the jurists’ interests comes out very clearly in their writings. Apart from works definitely intended for beginners, these are all constructed on the casuistic principle, i.e. the discussion of cases, actual or hypothetical, is much more frequent than the abstract statement of legal principle.*¹⁹³

Pode-se afirmar, portanto, que as *regulæ* descenderam dos princípios aristotélicos da ciência mediante a aplicação, pelos juristas romanos, da lógica inaugurada por aquele filósofo. Apareceram no âmbito da jurisprudência romana próximas ao início da era Cristã como súmulas concisas, com caráter mais normativo. No período *pós-clássico*, entretanto, aparecem *regulæ-maximas*, com características mais gerais e mais parecidas com provérbios, sabendo, os jurisprudentes, que haviam muitas exceções às *regulæ* e que essas não deviam ser entendidas de forma literal nem aplicadas a todos os casos.¹⁹⁴ Finalmente, as *regulæ* foram recompiladas no Digesto de Justiniano (Livro L, Título XVII, I)¹⁹⁵ como

Firenze: Sansoni, 1968, p. 307.

¹⁹² PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Los principios generales del derecho**. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos. Barcelona: Bosch, 1947. p. XXXI-XXXII. O doutrinador deixa claro que as *regulæ* também apareciam em outras obras jurisprudenciais, não sendo exclusivas das ora referidas.

¹⁹³ JOLOWICZ, H. F. **Historical introduction to the study of roman law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1952. p. 386.

¹⁹⁴ PATTARO, Enrico. Al origen de la noción "principios generales del derecho": lineamiento histórico filosófico. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 59, p. 539, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

¹⁹⁵ Fragmento atribuído a Paulo: “*regulæ est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*”. *Regulæ* deve ser compreendida como regra e *res* como o mesmo direito geral aplicado a várias coisas. Nesse sentido encontram-se traduções do fragmento em referência: “*regra é a <proposição> que expõe brevemente a coisa como ela é; o direito não se toma da regra, pois essa é realizada do direito preestabelecido*”. PUIGARNAU,

fórmulas breves, empregadas como expressão de princípios inspiradores do direito vigente.

À jurisprudência romana seguiu-se, historicamente, a recepção do *Direito Romano*, ocorrida a partir do século XII.¹⁹⁶ Interessante anotar a singularidade desse processo histórico, dado que as instituições da Europa Medieval eram majoritariamente germânicas e eclesiásticas ou seja, não eram nem remotamente parecidas com as romanas. Refoge ao âmbito desse trabalho uma análise pormenorizada sobre essa recepção, mas cabe referir a lição de MERRYMANN sobre o tema, especialmente no que tange ao fato de que a concepção de um Império Sacro Romano era muito presente na Itália do século XII. Os juristas medievais reconheceram a qualidade intelectual do *Corpus*, atribuindo-lhe a qualidade de *ratio scripta*, em oposição às compilações bárbaras utilizadas durante a dominação germânica sobre a península itálica. Em suma, a obra de Justiniano estaria imbuída da autoridade do Papa e do Imperador e de uma civilização tida como superior.¹⁹⁷

Esta refração da ideia de Roma mostra precisamente que todos os partidos vêem agora no direito romano pura e simplesmente o direito da comunidade jurídica humana. Para todos ele constituía o direito natural por força da sua dignidade histórica e autoridade metafísica; e assumiu, assim, no projecto conjunto do pensamento jurídico medieval, a categoria de uma moral válida em geral: tudo isto, no entanto, sem exigir, nem sequer na Itália, uma sua aplicação directa através dos corpos de magistrados.¹⁹⁸

Jaime M. Mans. **Los principios generales del derecho**. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos. Barcelona: Bosch, 1947. p. XXXIII.

¹⁹⁶ A distinção entre “*jurisprudência romana*” e “*Direito Romano*” é realizada porque esse último normalmente é referido como sinônimo do *Corpus Iuris Civilis*, monumental obra legislativa compilada por ordem de Justiniano entre 529 e 535. Essa compilação é resultado da análise e junção dos materiais e fragmentos de textos jurídicos romanos (*lex* e *ius*) mediante seleção e modificação pelos compiladores. “*Alterations in the texts, the emperor himself says, were multa et maxima [...] Their alterations, or ‘interpolations’, [...] are however not marked in any way, so that the authors mentioned in the inscriptions of the fragments are often represented as saying what in fact they did not say*”. JOLOWICZ, H. F. **Historical introduction to the study of roman law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1952. p. 496. Não se pode perder de vista que a obra em questão foi compilada no âmbito da sociedade multi-racial e cristã de Bizâncio, bastante diferente da romana, razão pela qual o trabalho foi direcionado de forma a harmonizar a legislação com as exigências de uma nova sociedade cristã, com os costumes do Oriente helênico e, também, respaldar a autoridade do Imperador. (Cf. TAMAYO-SALMORAN, Rolando. **Razonamiento y argumentación jurídica**. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 2003. p. 161-163).

¹⁹⁷ MERRYMANN, John. **La tradición jurídica romano-canónica**. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 29.

¹⁹⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 44-45.

A universidade de Bolonha, inicialmente, e outras universidades, mais tarde, passaram a constituir-se em centros de estudos desse Direito Romano, sendo que uma das escolas de estudo e exegese dos textos romanos que merece especial destaque pela relevância e farta literatura produzida é a dos *glosadores* ou *comentadores*.¹⁹⁹ Esses empreenderam um vasto trabalho de integração por meio da exegese e da busca contínua pela harmonização dos textos estudados, considerados esses como verdadeira *ratio scripta* e dotados, portanto, de autoridade incontestável²⁰⁰ e realizando uma transformação dos métodos de raciocínio dialéticos recuperados da antiga filosofia grega. Aristóteles, por exemplo, negava o caráter apodítico do raciocínio dialético, na medida em que esse não podia chegar à certeza em face à incerteza de suas premissas (axiomas). Contudo, os juristas medievais usaram a dialética para *demonstrar* o verdadeiro e o justo, virando Aristóteles “*pelo avesso*” ao fundirem os raciocínios dialético e apodítico em sua análise e síntese das normas jurídicas: como os textos de Direito Romano eram verdadeiras e justas, podiam fundamentar raciocínios apodíticos visando novas verdades e justiça. Mas, como também continham lacunas, ambiguidades e contradições, também exigiam o método dialético, isto é, a colocação de problemas, realização de classificações e afirmação de opiniões divergentes visando sintetizar os conflitos verificados.²⁰¹

Verifica-se, assim, que os juristas medievais elevaram a dialética grega a um novo nível de abstração. É nesse contexto que se interessaram pelo estudo das *regulæ*, visando sistematizar o Direito estudado em regras e princípios.²⁰² Esses

¹⁹⁹ Para Harold J. BERMAN, o *currículum* das Faculdades de Direito do século XII consistiam, em primeiro lugar, na leitura dos textos de Direito Romano. O professor lia e corrigia a linguagem dos manuscritos, fazendo as correções necessárias. Sendo esse texto difícil, tinha de ser explicado, razão pela qual o professor o glosava, isto é, interpretava palavra por palavra, linha por linha. Tais explicações – ou glosas – eram copiadas pelos estudantes entre as linhas do texto e, com o tempo, adquiriram uma autoridade quase igual ao do próprio texto glosado. **(Direito e revolução.** Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 165-166).

²⁰⁰ Nesse sentido vale anotar a lição: “As premissas das quais os glosadores partiam impunham certas restrições. Para eles, não havia como questionar a doutrina do *Corpus Juris*, pois este expressava a *ratio scripta*, a razão escrita. Qualquer atentado aos textos era, portanto (literalmente), algo destituído de razão e sentido. Também não viam o *Corpus Juris* como o produto de uma civilização determinada; longe de considerá-lo um documento histórico, elevavam-no à categoria de modelo universal e eterno, de revelação”. (CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 71).

²⁰¹ BERMAN, Harold J. **Direito e revolução.** Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 178.

²⁰² STEIN, Peter. **Regulæ iuris.** From justice rules to legal maxims. Edinburg: Edinburg University, 1966. p. 131.

últimos eram observados no Digesto como em outros lugares, sendo tratados como máximas, isto é, como princípios independentes e com validade universal.²⁰³ Observa-se, por exemplo, as influências aristotélicas no uso dessa expressão, conforme exemplificativamente se vê em Boécio (480-524), que utilizou a expressão “*maxima propositio*” como proposição universal e conhecidíssima que decorre de conclusão silogística e que constitui o que Aristóteles denominou de *lugares* em sua *Tópica*.²⁰⁴

Nesse período, também verificou-se o surgimento da expressão *brocardo* que, nas suas versões mais antigas, constituíam coleções de *glosas* que justapunham, aos textos glosados, regras gerais, proposições dogmáticas, sentenças ou máximas jurídicas na forma de regras concisas contrapostas às passagens duvidosas ou discordantes visando sanar a contradição. Com o tempo, entretanto, os brocardos passaram a significar uma regra abstrata de direito, às vezes com o objetivo de conciliar antinomias.²⁰⁵ Ocorreu, assim, um processo que acabou por turvar a distinção entre *regulæ* e brocardos, a qual acabou desaparecendo, razão pela qual os juristas passaram a identificar as *regulæ* como princípios gerais.

Assim é que, na Europa Continental, a discussão teórica sobre a natureza das *regulæ* continuou durante os séculos XV e XVI, constituindo-se não como uma espécie de síntese, mas como verdadeiros princípios gerais de direito, porque passaram a ter um significado abstrato, desligado dos casos concretos dos quais foram derivados. Veja-se, como exemplo, *De Iuris Arte Libellus* (Corasius, 1560), que considera as *regulæ* da última parte do Digesto como *generalia iuris principia et elementa*, concebidas como universais necessários para qualquer sistema racional de direito razão. Também em *Bronchorst* que, em sua obra *Prolegomena*, asseverou que as *regulæ* constituíam os primeiros princípios de direito, com os quais identificavam-se os axiomas para resolver qualquer caso por meio da dedução.²⁰⁶ Anota-se, portanto, que os glosadores medievais contribuíram decisivamente na

²⁰³ BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 177.

²⁰⁴ “*Maximas, id est universales ac notissimas propositiones, ex quibus syllogismorum conclusio descendit, in Topicis ab Aristotele conscriptis locos appellatos esses perpeximus [...]*”. STEIN, Peter. **Regulæ iuris**. From justice rules to legal maxims. Edinburg: Edinburg University, 1966. p. 156.

²⁰⁵ PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Los principios generales del derecho**. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos. Barcelona: Bosch, 1947. p. XXXVII.

²⁰⁶ STEIN, Peter. **Regulæ iuris**. From justice rules to legal maxims. Edinburg: Edinburg University, 1966. p. 162-167.

distinção da ideia de *regra* como *norma jurídica* e de *regras* em forma de *regulæ*, brocardos ou máximas, equivalentes aos *lugares-comuns* dos retóricos, ou da *problemata* para os geômetras.²⁰⁷ Essa distinção foi reforçada pela própria teologia moral, que contribuiu para a introdução, no direito secular, de princípios como *æquitas*, *bona fides*, *conscientia*, *honestas*, *miserericordia*, etc.²⁰⁸

O passo seguinte foi dado pelo jusracionalismo,²⁰⁹ resultado de diversos fatores incluindo o esgotamento do modelo fundado na recepção prática dos textos justinianeus, do modelo escolástico e do raciocínio dialético medieval. Com o passar do tempo, aquele modelo se tornou extremamente complexo e de difícil aplicação ao multiplicar as questões controversas e dilatar as suas figuras lógicas para que as mesmas pudessem comportar as novas realidades sobrevindas. Por essas razões, o mesmo fora caindo em desuso. Assim, o Direito Romano antes estudado sob o reconhecimento de uma *auctoritas* que lhe era inerente, como autêntica *ratio scripta*, passou a ser cotejado como mais uma fonte de direito, localizada historicamente.²¹⁰

Mostra-se importante essa referência porque o jusracionalismo, em sua diversidade de autores e de ideias, comungou, no seu conjunto, a ideia de que é possível uma *verdadeira ciência* da moral, entendendo como *verdadeiras ciências* aquelas que haviam aplicado com sucesso o método matemático. O jurista medieval caracterizara-se pelo emprego do método dialético e tópico em disciplinas que se

²⁰⁷ STEIN, Peter. **Regulæ iuris**. From justice rules to legal maxims. Edinburg: Edinburg University, 1966. p. 167.

²⁰⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 75.

²⁰⁹ A identificação e problematização do *jusnaturalismo* não integra os objetivos desse trabalho. De forma muito sintética, contudo, pode-se afirmar que esse movimento tem seus precursores no século XVI e constitui uma herança do *jusnaturalismo* ao partilhar a pretensão de validade universal e interporal de suas proposições, - abandonando a revelação (*ius divinum*) ao remetê-la para a teologia moral – e o racionalismo dos seus processos de prova, bem como regressando ao dualismo da antiguidade entre o *ius naturale* e o *ius civile (positivum)*. (Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 298.) O jusracionalismo como *herdeiro* (e, não, como solução de continuidade) do *jusnaturalismo* transparece também em BOBBIO e BOVERO, em suas referências ao *direito natural moderno* (BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Brasília: Brasiliense, 1994, p. 16) ou, ainda, em GOYARD-FABRE quando refere que o “*jusnaturalismo ‘moderno’* vê no direito natural um *dictamen rationis*”. GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 101.

²¹⁰ “Ao demonstrar a historicidade e, desse modo, a relatividade do *Corpus iuris*, os humanistas destruíram a autoridade absoluta de que desfrutara até então. Se o direito romano fosse apenas o produto de uma dada sociedade num dado período, que razão poderia haver para submeter-se a ele em outro período ou para dar-lhe uma autoridade superior ao direito dos povos modernos?” CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80.

situavam na lógica do *provável*, extraindo conclusões a partir da análise argumentativa das opiniões dos doutores. No contexto medieval, sua tarefa não se mostrava tão diferente daquela desempenhada pelo teólogo, na medida em que aceitava a *autoridade* do texto, circunscrevendo-se aos seus comentários a partir das várias regras que servem à sua compreensão (regras de “*interpretatio*”). O jusracionalismo, entretanto, recusou essa *interpretatio* até porque deixou de acatar a *auctoritas* dos textos de Direito Romano. Não que deixasse de comentar leis, mas, ao fazê-lo, tornava-se um *descobridor* e, não, um intérprete.²¹¹ Assim, o jusracionalismo compreendeu uma *verdadeira* ciência da moral e, ao refutar o *método medieval*, negou também a *dialética* de Aristóteles (e a conseqüente lógica do *provável*), recorrendo método demonstrativo característico das ciências exatas.²¹²

De facto, a redução a relações que podem ser expressas em números constitui a condição de formulação de leis válidas em geral, uma vez que só a medida permite a comparação de acontecimentos que se repetem inalteradamente [...]. A experimentação sobre esta natureza visa a averiguação de leis naturais de tipo particular, a partir das quais se possam deduzir leis mais gerais e, finalmente, axiomas. É através deste progredir em direcção a formulações cada vez mais gerais que se formam os sistemas fechados desta época – a imagem fiscalista da natureza de Newton [...] a *Ethica more geometrico demonstrata* de Espinosa e, com uma importância não menor, os sistemas jusracionalistas.²¹³

PASCAL, por exemplo, efetua uma clara distinção entre o *espírito da geometria* e o *espírito da finesa* em nítida inspiração aristotélica.²¹⁴ Para o filósofo, esses são de uso comum, sutis e de grande número; aqueles, entretanto, são palpáveis e afastados do uso comum.²¹⁵ ESPINOSA (1632-1677), por sua vez, ao elaborar sua doutrina acerca da ética, contribuiu com a “aplicação mais acabada do

²¹¹ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Brasília: Brasiliense, 1994. p. 22-23.

²¹² “A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas”. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 288.

²¹³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 286-287.

²¹⁴ PATTARO, Enrico. Al origen de la nocion “principios generales del derecho”: Lineamiento historico filosofico. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 59, p. 534, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

²¹⁵ “Os geômetras que são apenas geômetras, têm o espírito reto, mas desde se lhes expliquem bem tôdas as coisas por definições princípios; [...] E os sutis, que são apenas sutis, não poder ter a paciência de descer até aos primeiros princípios das coisas especulativas e da imaginação [...]”. PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Trad. Sergio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro. p. 52.

novo pensamento matemático à metafísica, constituindo a sua espantosa forma expositiva *more geometrico* a expressão mais directa do seu método”.²¹⁶

PUFENDORF (1632-1694), por fim, recepcionou os trabalhos dos pensadores racionalistas que lhe antecederam, desenvolvendo um sistema geral por meio da dedução racional em cadeia, bem como da observação empírica, estabelecendo, “os requisitos metodológicos de uma ética social autónoma e sistemática, ordenou, a partir daí, o conteúdo ético e intelectual das teorias sociais medievais no sentido de uma teoria geralmente válida do direito natural profano”.²¹⁷ A minuciosidade da sistematização do conhecimento jurídico elaborada pelo autor, influenciou, inclusive, as grandes *codificações* elaboradas nos séculos XVIII e XIX.

Assim o século XVIII viveu na crença da ordem natural, cuja razão nos faz conhecer as leis. Que as assembleias revolucionárias quiserem legislar, Cambacéres tentará no seu primeiro projeto do Código Civil dar a expressão destas leis naturais, e quando o homem se tiver libertado do culto devido à divindade, celebrará a festa da deusa Razão, reconhecendo, mesmo contra vontade que esta Razão não é uma pura faculdade da alma, mas uma força superior diante da qual nos devemos inclinar.²¹⁸

O jusracionalismo, ao fornecer as bases de sistematicidade e, conseqüentemente, de metodologia específica à sistematização/produção do conhecimento jurídico, aprofundou a tradição de construção dos *princípios gerais de direito* por via de elaboração dos “*conceitos gerais*”. Há uma sensível modificação de paradigma nesse processo histórico, dado o abandono dos textos de Direito Romano e da dialética e, conseqüentemente, das *regulæ*. O triunfo da *razão natural* impôs uma conseqüente abstração e sistematização do Direito com vistas à construção de princípios com validade universal, ou seja, um sistema pelo qual seria possível a dedução de soluções detalhadas a partir de poucas premissas.²¹⁹ Nesse sentido, os princípios assumem uma importante função de sistematização do direito (do conhecimento jurídico), pois “terminam por constituir aqueles conceitos gerais que permitem que se fale em ‘teorias gerais’”.²²⁰

²¹⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 345.

²¹⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 353.

²¹⁸ RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 30.

²¹⁹ STEIN, Peter. **Regulæ iuris**. From justice rules to legal maxims. Edinburg: Edinburg University, 1966. p. 176.

²²⁰ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O Uso criativo dos paradoxos do Direito: a aplicação dos

É possível afirmar, portanto, que as matrizes do pensamento aristotélico, tanto relativo aos princípios da ciência como aos princípios de obrar foram recebidas pelo pensamento jurídico ocidental e repercutiram também na noção de *princípios gerais de direito*. Isso ocorreu tanto sob a perspectiva da recepção do Direito Romano quanto pela própria reflexão metaética e ética acerca do Direito Natural. Nos séculos XVII e XVIII, verifica-se que a razão prática deixou de refletir uma *razão prudencial* e foi configurada sob os moldes da razão científica aristotélica, isto é, como uma razão geométrica ou demonstrativa operante no campo da ética.²²¹ Na linha do que foi dito antes, portanto, há uma redução substancial do conceito de *ciência* na modernidade, decorrente da autoridade granjeada pelas ciências físico-matemáticas.²²²

A era das codificações e ulterior influência do positivismo sobre o Direito já foi abordada anteriormente. Nesse período, os princípios gerais sofreram uma expressiva *guinada*, dado que sua incorporação ao sistema jurídico passou a ser supletivo, como se vê, por exemplo, no art. 7º do Código Civil Austríaco de 1811, que determinava que, *na ausência de lei e na falta de disposições análogas, o caso será decidido segundo os princípios gerais de Direito natural*. Ainda, o Código Civil Albertino de 1838, ao referir, no seu art. 1.815, que, os casos ainda duvidosos, deveriam ser decididos segundo os referidos princípios. O próprio Código Civil Italiano de 1865 seguiu a redação do seu antecessor referido, como se vê no seu art. 3º, ao dispor que nos casos em que a controvérsia não pudesse ser decidida com uma disposição legal, deveria ser levado em consideração as disposições relativas aos casos análogos e, se ainda restasse duvidoso, seria decidido conforme os princípios gerais de Direito.

Enfim, o art. 6º do Código Civil Espanhol de 1888 segue idêntica senda,²²³ sem esquecer o próprio conteúdo do art. 4º do Decreto-Lei nº 4.4657/42 (Lei de

princípios gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia in ROCHA, Leonel Severo (org). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 260.

²²¹ PATTARO, Enrico. Al origen de la noción "principios generales del derecho": Lineamiento histórico filosófico. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 59, p. 535 e p. 537, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

²²² GUARIGLIA, Osvaldo. **La ética en Aristóteles**: o la moral de la virtud. Buenos Aires: Eudeba, 1997. p. 72. O doutrinador anota, nesse contexto, que o próprio uso da expressão *epistēmē* pelos gregos fora mais liberal, coincidindo mais com o que denominados hodiernamente de *conhecimento (cognitio)*.

²²³ COUSUELO, José María Díaz. **Los principios generales del derecho**. Buenos Aires: Plus Ultra,

Introdução às Normas de Direito Brasileiro, anteriormente denominada de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), que dispõe: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. No direito codificado, portanto, os princípios gerais ingressam de forma supletiva às normas positivas para *fechar* o sistema jurídico, evitando, assim, a existência de lacunas e, também, evitar que essas últimas sejam supridas mediante a discricionariedade do intérprete.²²⁴

Dado o referido caráter supletivo, a discussão acerca dos princípios gerais de direito no âmbito das codificações passou para a sua natureza jurídica, isto é, a dúvida se esses advêm do Direito Natural ou se seriam resultado direto do Direito Positivo. Em outras palavras, subsistiu uma forte discussão sobre a natureza jurídica desses princípios gerais, se seriam realmente inspirados no *Direito Natural* e, portanto, representariam um conjunto de exigências de índole axiológica que servem de fundamento para as prescrições de direito positivo ou, então, seriam o resultado do estudo das normas jurídicas vigentes com o objetivo de obter aquelas diretrizes por meio do método indutivo.²²⁵ Hodiernamente, pode-se acrescentar àquele debate doutrinas inspiradas em teorias sistêmicas, que entendem os princípios como *paradoxos* na medida em que os princípios jurídicos não existem *per se*, uma vez que são criados em função das consequências que produzem mas, por outro lado,

1971. p. 30-41. O doutrinador fornece muitos outros exemplos de codificações que seguiram idêntica senda, isto é, previram expressamente os princípios gerais de direito como fontes supletivas – ou subsidiárias – de direito (art. 3º do Código Civil Italiano/1942, art. 19 do Código Civil Mexicano/1928, § 2º do Código Civil Suíço/1912, dentre outros).

²²⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Teoria general del derecho *in* SANCHÍS, Luis Prieto (coord.) **Introducción al derecho**. Cuenca: Universidad de Castilla, 1996. p. 23-24. Entende-se, nesse sentido, oportuna a referência de Lenio Luiz STRECK quando aduz que os princípios foram introduzidos no Direito como um “critério positivista de fechamento do sistema” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 139).

²²⁵ MAYNEZ, Eduardo Garcia. Los «principios generales del derecho» y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos *in* **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1958, vol. 1. p. 229. A discussão conta com grande lista de autores. Exemplificativamente, autores que entendem tais princípios como derivados do *Direito Natural*: ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984. p. 67; VECCHIO, Giorgio del. **Los principios generales del derecho**. trad. Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1933. p. 23 e segs.; RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 39 e segs.; FRANÇA, Limongi R. **Teoria e prática dos princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 1971. p. 179. Exemplificativamente, autores que entendem esses princípios como derivados do próprio *Direito Positivo*: CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hilmar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, vol. I. p. 191; BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 158-159. GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Introducion y parte general. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, vol. I. p. 51.

existem porque produzem determinadas consequências no âmbito do sistema jurídico.²²⁶

Também é importante mencionar, ainda, que a dogmática jurídica teve um papel relevante na recepção dos princípios gerais, como se observa no que WARAT denominou de *etapas do método dogmático*. Para o doutrinador, a primeira etapa da dogmática é constituída pela atividade de conceitualização do discurso jurídico. A segunda, por sua vez, implica na fixação dos dogmas jurídicos, elaboração de preposições, categorias e princípios obtidos a partir dos conceitos jurídicos e que, na cultura novecentista, são extraídos dos textos legais. Assim é que são obtidos princípios gerais, isto é, dogmas que fixam a pauta diretora e que passam ordenar teoricamente o funcionamento do conjunto de normas por meio dos institutos e demais construções jurídicas. Enfim, a terceira etapa é caracterizada pela sistematização significada pela constituição de uma disciplina específica, objeto de conhecimento em um sistema. Nesse momento, são estabelecidos conceitos e princípios com certos de universalidade e invariabilidade e que marcam presença estrutural comum a todos os institutos e construções jurídicas. Em outras palavras, nesse ponto é formada a dogmática geral ou teoria geral do direito.²²⁷

No âmbito da dogmática construída a partir das codificações e sob o paradigma do positivismo jurídico, pode ser compreendida a diferenciação entre *princípios gerais de Direito* e *princípios jurídicos*. Os primeiros possuem caráter geral e com inspiração jusnaturalista;²²⁸ os últimos, por sua vez, são elementos de organização e sistematização do conhecimento do Direito, formulados pela dogmática a partir das suas etapas acima descritas. No âmbito dessa *dogmática*, ainda, os princípios gerais acabaram sendo compreendidos como aforismos, estereótipos ou lugares-comuns, assumindo características de *fórmulas ocas* pelas quais são veladamente introduzidos, no sistema jurídico, determinados critérios axiológicos que permitem a obtenção da completude do sistema e cujo processo de incorporação ao Direito pretende regular. Assim, esses princípios podem atuar

²²⁶ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia in ROCHA, Leonel Severo (org). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997. p. 269.

²²⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, vol II. p. 17-19.

²²⁸ VECCHIO, Giorgio del. **Los principios generales del derecho**. Trad. Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1933. p. 06-07.

também como um modo indireto de redefinição das palavras da lei.²²⁹ Nesse sentido, a *vagueza* apontada permite a manutenção de certas ficções importantes para a dogmática como, por exemplo, a coerência e a completude do sistema jurídico.²³⁰

Tem-se, portanto, duas vertentes, isto é, a compreensão dos princípios como: **(i) os jurídicos**, que são produtos do estudo sistemático do Direito Positivo, característicos, portanto, da *ciência jurídica* e; **(ii) os gerais**, que constituem aforismos, estereótipos ou máximas do Direito Natural incorporadas ao sistema jurídico e podendo (ou não) serem regulados pela dogmática.²³¹ Essa duplicidade dificultou a acomodação dos princípios em uma disciplina específica, trazendo, por consequência, *confusões* em torno de sua estruturação e juridicidade, até porque, conforme advertência do doutrinador referido, não se está diante de compartimentos estanques em relação ao tema. Ocorreu uma dissociação não bem resolvida porque, de um lado, o trabalho dogmático inspirado por valores próprios do formalismo codificador e do positivismo jurídico desemboca na compreensão *cientificista* dos princípios e, por outro, assume uma axiologia moldada em aforismos e lugares-comuns advindas decorrentes do jusnaturalismo e que nem sempre se apresenta de forma sistemática.²³²

Ambas as vertentes também podem ser encontradas nos repositórios jurisprudenciais brasileiros. Assim, por exemplo, já se decidiu que a legitimidade do Poder Judiciário para *integrar* a legislação “*onde não exista norma escrita*”,

²²⁹ VECCHIO, Giorgio del. **Los principios generales del derecho**. Trad. Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1933. p. 18-19.

²³⁰ FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 21.

²³¹ “*El positivismo jurídico, en su versión normativista, ha tendido a enfatizar la identificación de los principios generales con las reglas inducidas del propio sistema normativo; mientras que algunas de sus orientaciones dogmáticas y la jurisprudencia de conceptos conciben a los principios como aquellas categorías formales que resumen la quintaesencia de los conceptos jurídicos fundamentales. Para la Escuela histórica los principios jurídicos representaron preferentemente las fuentes tradicionales generadoras del derecho. En tanto que las diversas posturas iusnaturalistas han coincidido en potenciar la concepción axiológica de los principios*”. LUÑO, Antonio Enrique Perez. Los principios generales del derecho: ¿um mito jurídico? **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. Espanha: Ministério de la Presidencia, n. 98, outubro-deciembre, p. 09, 1997. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=255&IDA=17117>>. Acesso em: 15 set. 2015.

²³² Ver FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Sworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 41-42. O doutrinador conclui: “*Se origina en los principios un conflicto de ideologías que, sin duda, reproduce ceirta esquizofrenia de la que parecen adolecer muchos dogmáticos: positivistas e su ejercicio, iusnaturalistas de convicción*”.

recorrendo-se à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito,²³³ dando vazão, pois, ao caráter supletivo dos citados princípios. Por outro lado, também é possível verificar a presença de princípios epistemológicos na jurisprudência como, por exemplo, ao receber recurso de embargos de declaração como agravo regimental com base no *princípio da economia processual* e da *fungibilidade*.²³⁴

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.427 – CE**, da Corte Especial. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, julgado em 05 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1111294&num_registro=201101855771&data=20120229&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. **No mesmo sentido:** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.321.967 – RS**, da 1º Turma. Agravante: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. Agravado: Suely Nunes da Costa e outros(s). Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, julgado em 01/12/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1078836&num_registro=201001105033&data=20111219&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. Nesse, encontra-se a seguinte passagem: “[...] versa acerca de situação excepcional que não encontra no ordenamento jurídico uma solução pré-definida, o que autoriza a solução ora proposta, em obediência ao disposto no art. 4º da LINDB, segundo o qual, ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’ [...]”. **Ainda nesse sentido:** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Recurso Especial nº 388.423 – RS**, da 4º Turma. Embargante: Petroplastic Indústria de Artefatos Plásticos Ltda. Embargado: Primeira Indústria e Comércio Ltda. Relator: Ministro Jorge Scartezini, Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=668184&num_registro=20101698390&data=20070205&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. Nesse, reafirma-se a aplicação subsidiária dos princípios gerais de direito no seguinte exerto: “é expresso o aresto quanto à incidência de princípios gerais de Direito para o deslinde da controvérsia, conforme imposto pelos arts. 4º da LICC e 126 do CPC, quando necessária a integração do Direito face a lacunas legais”. **Por fim:** A função *subsidiária* dos princípios gerais de direito também transparece a *contrario sensu* em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 36.329 – RJ**, da 1º Turma. Agravante: Rio Star Indústria e Comércio Ltda. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 20/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1166336&num_registro=201101949381&data=20120820&formato=PDF>. Acesso em: 18/11/2016. Nesse, entendeu-se que a alegação de violação a esses princípios “[...] não caracteriza meio hábil a viabilizar a interposição de recurso especial”.

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 511.172 – MG**, da 3º Turma. Embargante: Banco Bradesco S/A. Embargado: Maria Nícia Serpa Ignacio e Manoel Ignacio Neto. Relator: Ministro João Otávio De Noronha. Brasília, DF, julgado em: 08 de setembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439918&num_registro=201400912821&data=20150911&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. **No mesmo sentido:** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.524.730 – MG**, da 3º Turma. Recorrente: TV Vale do Aço Ltda. Recorrido: Carlos Wagner Fernandes de Alencar. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, julgado em: 18 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1429602&num_registro=201300112170&data=20150825&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. Nesse, a leitura (compreensão) de normas processuais foi realizada a partir do princípio em causa: “Recurso especial. Civil e processual civil. Arts. 368 e 369 do código civil. Compensação. Possibilidade de alegação em contestação. Defesa indireta de mérito. Princípios da economia e da celeridade processual. Concentração dos atos de defesa do réu. Inteligência do novo código de processo civil”. **Ainda nesse sentido:** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Recurso Especial nº 1.234.321/SC**, da 4º Turma. Embargante: Maria de Lourdes Caires. Embargado: Marcus Túlio Sartorato. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, julgado em: 18 de dezembro de

2.3.2 Os Princípios no Direito Pós-Segunda Guerra Mundial

A discussão em torno dos princípios ganhou novos contornos a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Com o processo de Nuremberg, constatou-se que os crimes abomináveis praticados pelos dirigentes alemães não podiam ficar imunes à justiça, mesmo que os tivessem praticado sob a égide – e resguardo – de leis vigentes à época de sua ocorrência ou mesmo na ausência de leis sancionadoras expressas.²³⁵ Por outro lado, observou-se que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, prescreveu a submissão dos juízes à lei e ao *Direito* no seu artigo 20.²³⁶ Foi nesse contexto, pois, que o Tribunal Federal Constitucional Alemão (TFC) foi demandado a julgar casos concretos ocorridos sob a vigência do direito nazista. “Pela tradição, este é um típico caso resolvido pela aplicação do adágio latino *tempus regit actum*. Contudo, isso significaria dar vigência às leis nazistas em pleno restabelecimento da democracia e fundação de um novo Estado”.²³⁷

Na experiência jurídica alemã do Pós-Guerra, os impasses referidos foram resolvidos por via de uma argumentação fundada em princípios axiológicos-materiais capazes de remeter a justificação das decisões para fatores *extra legem* gerando, como consequência, a afirmação de um *direito distinto da lei*.²³⁸ Essas

2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1203832&num_registro=201100234662&data=20130204&formato=PDF>.

Acesso em: 18 nov. 2016. (relativamente ao princípio da demanda). **Por fim:** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.178.500/SP**, da 3ª Turma. Recorrente: Banco BMG S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, julgado em: 04 de dezembro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199631&num_registro=201000213302&data=20121218&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. Nesse, é realizada a análise do deferimento de *tutela equivalente* àquela deferida pelo Juiz à luz do princípio da demanda.

²³⁵ PERELMAN, Chäim. **Logica jurídica**. Trad. Vergínea K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 102.

²³⁶ “**Artigo 20 [Princípios constitucionais – Direito de resistência] (1)** A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. **(2)** Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário. **(3)** O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito”. ALEMANHA. **Lei Fundamental** da República Federal da Alemanha. Trad. Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), 2011. p. 31.

²³⁷ DAWSON, John P. **The oracles of the law**. New York: William S. Hein & Co., 1968. p. 493.

²³⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 60. Veja-se também: “*La posibilidad de que existan leyes que no constituan Derecho es para nosotros un principio de una certeza incontrovertible. [...] Pero, gracias a Dios, podemos incluso desde el punto de vista del Derecho positivo, apoyándonos en disposiciones como la de la Ley Fundamental, artículo 20,*

foram as bases da construção de uma nova orientação jurisprudencial fundada em argumentos calcados em “cláusulas gerais”, “enunciados abertos” e princípios, que remetiam a justificação das suas decisões para fatores externos à lei.²³⁹ Com isso, abriu-se um novo registro capaz de tornar, aquele Tribunal, menos um “guardião da Constituição” e, mais, em garantidor da sua própria história jurisprudencial de modo auto-referenciada. O Tribunal, ao dispor dessa compreensão de Constituição, “encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição”.²⁴⁰ Tal como o movimento do *direito livre*, esse hodierno Direito Natural também obteve um forte impacto e a adesão de inúmeros discípulos. Os juízes passaram a invocar livremente conceitos como “sentimento natural de justiça”, “consciência pública” ou direito natural puro e simples, sendo que os textos de direito positivo servem para legitimar (“positivar”) as ideias morais na forma predispostas pelas Cortes de Justiça.²⁴¹

Em realidade, pode-se afirmar que problema do (re)assentamento jurídico no pós-Guerra tem dimensões mais amplas, pois a Alemanha pré-Nazista já contava com inúmeros adeptos à jurisprudência dos valores. Com a ascensão do nazismo, o Estado Totalitário subverteu as fontes jurídicas tradicionais por via de um retorno ao jusnaturalismo representado pela ideia de que, acima do direito positivo, existia uma ideia de Direito que incluía os valores do Nacional-Socialismo. Os juízes ficaram em uma situação de incerteza, tendo em vista que os novos princípios com os quais deviam interpretar as velhas fontes normativas eram vagos. Essa incerteza, por sua vez, interessava ao regime político instalado tanto por recusar uma racionalidade quanto por permitir quaisquer mudanças interpretativas necessárias ao poder.²⁴² O

parágrafo 3, llegar a la conclusión de que semejante imposición no puede ser asimilada a lo que entienden las leyes fundamentales de Alemania occidental por vinculación de los jueces”. SCHMIDT, Eberhardt. La ley y los jueces: valores positivos y negativos del positivismo *in* RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhardt; WENZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Trad. Jose Maria Rodrigues Paniagua. Madrid: Aguilar, 1971. p. 53.

²³⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 60.

²⁴⁰ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade e o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 58, p. 191-192, 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%20C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

²⁴¹ DAWSON, John P. **The oracles of the law**. New York: William S. Hein & Co., 1968. p. 493.

²⁴² LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: WMF, 2010.

regime pós-Guerra, entretanto, *culpou* o positivismo jurídico pelas “degenerações nacional-socialistas” e, com base nisso, buscou o caminho de reconstrução do Estado de Direito nas fontes jusnaturalistas.²⁴³

Vários doutrinadores passaram a tratar dessa temática a partir desse novo registro histórico e, portanto, várias são as teorizações acerca dos princípios gerais e não há espaço para que possam ser cotejadas de forma individual. Esse é o motivo pelo qual são realizadas remissões a apenas algumas dessas, já que não se mostra viável esgotar o tema neste estudo.

Assim, destaca-se inicialmente o pensamento de ESSER sobre os princípios jurídicos para quem a qualidade jurídica de um princípio não pode ser definida *em abstracto*, isto é, sem conhecer previamente o método de descobrimento do direito empregado em uma dada constituição. Entende, assim, que os princípios não atuam *per se* como criadores de normas porque extraem sua força – ou valor - da sua união com o ordenamento jurídico, sendo que, no âmbito desse, possuem função bem definida. Os princípios somente estão aptos para formarem normas quando acessíveis à uma argumentação de natureza jurídica, a partir dos pontos-de-vista da justiça e da adequação, fixados de forma que possam ser circunscritos do mesmo modo diante de uma dada *tarefa* ou *problema*.²⁴⁴

O doutrinador verifica, ainda, que, no âmbito do pensamento codificador moderno, tem-se introduzido uma multiplicidade de princípios como produto de uma invenção *aberta* que é convertida em parte de um pensamento de *aparência* puramente axiomática no qual as considerações de política jurídica e da própria casuística vinculam-se à questões voltadas às cláusulas gerais, normas em branco e outras instituições de recente criação e, portanto, estranhas à temática própria dos princípios.²⁴⁵ Assim, o autor efetua uma classificação dos princípios em *axiomáticos* (no sentido construtivo moderno), *problemáticos* (ou ideias básicas em sentido retórico) e *dogmáticos*.²⁴⁶ Dada a discrepância entre os critérios apontados, entende

p. 207-209.

²⁴³ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: WMF, 2010. p. 239-240.

²⁴⁴ ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 88-89.

²⁴⁵ ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 61-62.

²⁴⁶ ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 61-62.

não ser possível realizar a conceituação unitária dos princípios,²⁴⁷ razão pela qual realiza uma formulação *negativa*, aplicável para todas: princípios jurídicos não se constituem preceitos jurídicos e, tampouco, normas jurídicas em sentido técnico, pois não contém instruções vinculantes de tipo imediato para um determinado campo de questões.²⁴⁸

Por último, cabe referir que ESSER identificou também importante diferença no trato da matéria *princípios e regras* no âmbito do *civil law* e do *common law*. Com efeito, para o autor, a primeira família de sistemas jurídicos possui uma diferenciação muito maior dos institutos em análise se comparada com a segunda. No nosso sistema, a distinção não se dá em razão da *abstração* ou do *caráter geral* dos princípios jurídicos, mas pela possibilidade de precisar – ou não - *a priori* seus casos de aplicação. Os princípios não se constituem *instruções per se*, mas, sim, em causas, critérios e justificativas dessas. Assim, encontram-se incluídos na instrução enquanto *ratio legis*, determinando a posição dessa no âmbito do ordenamento jurídico. Os princípios até podem converterem-se em instruções concretas, desde que exista um sistema de dedução ou um método que estabeleça a constituição dessa norma partindo da casuística e que, em virtude dessa, sejam fixados os valores normativos ou constitutivos dos princípios.²⁴⁹

LARENZ partilha da posição de ESSER quando refere que os princípios jurídicos não são regras concebidas de forma muito geral às quais possam ser subsumidas situações de fato, também de forma muito geral. Os princípios jurídicos “carecem, antes, sem exceção, de ser *concretizados*”.²⁵⁰ O doutrinador efetua uma análise dos vários graus de concretização daqueles princípios, aduzindo que, no seu grau mais elevado, não contém especificação de previsão ou de consequência jurídica, mas “só uma «ideia jurídica geral»”. Os indícios de uma especificação de previsão e ou consequência jurídica ou, nas palavras do autor, do “começo da formação de regras” são obtidos nos princípios subsequentes ou “subprincípios”. Mas adverte que, mesmo esses, ficam muito longe de representar

²⁴⁷ ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 61-62.

²⁴⁸ ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 65.

²⁴⁹ ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 66-67.

²⁵⁰ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 674.

regras que possam ser aplicadas diretamente na resolução de casos particulares, sendo que tal concretização necessita de investigações ulteriores que “em primeiro lugar, já o legislador levou à cabo”. Quanto à concretização final, essa é efetuada sempre pela jurisprudência dos tribunais. Enfim, o autor comunga explicitamente com ALEXY ao dizer que os princípios podem entrar em contradição entre si, razão pela qual entende que o sistema jurídico está orientado, em última análise, ao “valor posicional dos princípios individualmente considerados no quadro de um sistema de tais subprincípios”.²⁵¹

CANARIS, enfim, acrescenta que os princípios jurídicos possuem conteúdo axiológico explícito.²⁵² Não se pode considera-los, todos, necessariamente como *portadores de unidade* e, assim, como *sistematizadores*.²⁵³ O autor reconhece a existência de *subsistemas* jurídicos (exemplificando-os como o Direito das Obrigações, o Direito Sucessório, etc.) e, nesses, os princípios de uns podem não ser relevantes para outros e, por isso, “[...] uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como «geral», no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo”.²⁵⁴ Enfim, comunga com a ideia de que os princípios não valem sem exceção, podendo entrar em contradição – ou oposição – entre si, ostentado sentido próprio apenas em uma relação de complementação e restrição recíprocas.²⁵⁵

Também merecem referências as obras de DWORKIN e de ALEXY no âmbito da hodierna discussão acerca dos princípios de direito. Conforme já referido anteriormente, DWORKIN efetuou, nas suas próprias palavras, um ataque ao positivismo jurídico, entendendo que esse se mostra *cego* ao papel central

²⁵¹ LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 675-676. Para o doutrinador, também existem princípios jurídicos que, “[...] condensados numa regra imedatadamente aplicável, não só são *ratio legis*, mas, em si próprios, *lex*”. (p. 682).

²⁵² CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 77.

²⁵³ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 79.

²⁵⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 79.

²⁵⁵ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 88 e p. 92. Mais adiante, o doutrinador conclui: “Finalmente, os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio. De facto, eles não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou «notmativizados»”. (p. 96) (o itálico está no original).

desempenhado pelos princípios na experiência cotidiana dos tribunais.²⁵⁶ Assim, propõe um modelo de distinção de natureza *lógica* entre regras e princípios no qual as regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*, razão pela qual suas respostas são analisadas no âmbito da validade/invalidade ou, em outras palavras, se duas regras são conflitantes entre si uma delas não poderá ser válida. Já os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, algo que as regras não têm.

Do exposto, concluiu que os princípios podem se inter cruzar, hipótese em que o aplicador terá de resolver os eventuais conflitos levando em consideração a força de cada um.²⁵⁷ Sua tese, portanto, é de que o positivismo parte do pressuposto de que o Direito é um modelo de *regras* e que esse se mostra sua insuficiência especialmente para a resolução dos denominados casos difíceis. Para o doutrinador, o direito constitui-se em um modelo de regras e princípios.²⁵⁸

ALEXY, por sua vez, compreende a distinção entre regras e princípios tendo em mira que esses últimos são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível em relação às possibilidades jurídicas e fáticas, enquanto que as regras impõe cumprimento pleno. Assim, eventual conflito entre regras é resolvido no plano da *validade*, isto é, declarando-se a validade de uma e invalidade da outra. Os princípios, por sua vez, constituem *mandatos de otimização* que se caracterizam por serem cumpridos em diversos graus e as colisões entre os princípios são resolvidas de forma a dar prevalência a um sem que isso implique em declarar o outro inválido, nem que tenha de ser introduzida alguma cláusula de exceção.²⁵⁹

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35. Nas palavras do autor: “Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. (p. 36). É relevante observar que o *ataque* efetuado pelo autor foi dirigido a um modelo específico de positivismo, qual seja, a “versão de H. L. A. HART”. (p. 35).

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-43.

²⁵⁸ Isso fica melhor explicitado em outra passagem na qual explica as *mudanças* de uma regra de direito pelos juízes pela atividade de interpretação e reinterpretação, podendo resultar, disso, inclusive, a não-execução da “vontade do legislador”. Ocorre que, se fosse *discricionário* o poder de o Tribunal mudar regras, então não haveria direito “nos termos do modelo positivista”. No caso de mudanças de regras com base nos princípios, “[...] não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, [...] se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 59-60.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **DOXA – Cuadernos del Filosofía del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante,

Para o autor, caso a atividade de sopesar (*ponderar*) princípios fosse resumida a um enunciado de preferências pessoais ou subjetivas, então essa não poderia ser considerada um procedimento racional, dando lugar a um modelo *decisionista*. A esse modelo, contrapõe o *fundamentado*²⁶⁰, razão pela qual conclui que uma teoria dos princípios exige um complemento via teoria da argumentação jurídica.²⁶¹

Um balanço possível, relativo aos registros epistemológicos dos princípios gerais de Direito a partir do Período Pós-Guerra, é que partilham da pretensão (consciente ou não) de afastamento em relação tanto do modelo científico aristotélico seguido pelos juristas do jusracionalismo quanto do positivismo jurídico novecentista, de forma a inaugurarem uma nova etapa em relação à temática. Assim, os princípios jurídicos já não contam mais com o pressuposto de *causa primeira*, independentemente de sua configuração a partir do Direito Natural ou do Direito Positivo e, também, não são mais configurados a partir de um dado método de raciocínio.²⁶² Não que isso se configure uma novidade no cenário jurídico, eis que, no direito romano, ao serem obtidos a partir de resumos obtidos *a posteriori* por meio do trabalho de recapitulação ou síntese do direito preexistente, detinham características mais *consequencialistas*.²⁶³ Nessa medida, também poderia ser referida a obra dos glosadores medievais que, a partir da identificação de um *problema*, extraíam os princípios por meio do método dialético, muito embora a introdução de conjunto de princípios cristãos contribua para uma ideia de formação

nº 5, p. 143-150, 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/n-5--1988/>>. Acesso em: 14 set. 2015. O autor complementa dizendo que as regras, por sua vez, exigem seu cumprimento pleno o que pode, ou não, ocorrer, isto é, sendo válida, então haverá a obediência à sua determinação, nem mais nem menos.

²⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 164-165.

²⁶¹ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **DOXA – Cuadernos del Filosofía del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, nº 5, p. 143-150, 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/n-5--1988/>>. Acesso em: 14 set. 2015.

²⁶² Josef ESSER, por exemplo, refere que os princípios axiomáticos – ou autênticos por possuírem valor de deduções – constitui uma limitação do conteúdo dos princípios a uma só técnica jurídica (**Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 65). Karl LARENZ, por sua vez, refere que os princípios e subprincípios jurídicos, pelas suas características, não formam um sistema dedutivo (**Metodología da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. p. 676). Também Klaus Wilhelm-CANARIS, para quem os princípios gerais de direito são inadequados para fundamentar um sistema axiomático-dedutivo (**Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 100).

²⁶³ PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Los principios generales del derecho**. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos. Barcelona: Bosch, 1947. p. XXXIII.

de princípios gerais no sentido de causas primeiras. Na outra ponta, podem ser referidos os princípios no sentido de causas primeiras encontrados pelo juracionalismo. Em todos os casos referidos, porém, identifica-se a variação da metodologia empregada na busca e identificação desses.

ESSER parecia correto ao afirmar que existe uma discrepância substancial entre as diferentes definições de princípios, o que impede um trato unitário do tema e explica a disparidade de lições a respeito dentre os doutrinadores.²⁶⁴ Entretanto, seu posicionamento não ficou infenso à críticas como a encontrada, por exemplo, em KELSEN. Esse último dedicou um capítulo inteiro de seu livro “*Teoría geral das normas*” para criticar ESSER, aduzindo, em síntese, que os princípios ou são jurídicos (isto é, incorporados expressamente) ou são alheios ao Direito (como os da Moral, Política ou Costume). Esses últimos até podem influenciar a produção das normas individuais (leia-se, *decisões judiciais*), mas isso não implica em transforma-los em princípios jurídicos *per se*. Isso porque a influência desses princípios tem a autoridade da coisa julgada como fundamento de validade da decisão e, não, o próprio Direito.²⁶⁵ KELSEN não vê, portanto, sentido na identificação das discrepâncias conceituais dos princípios na forma propugnada por ESSER, resumindo a problemática dos princípios à autoridade da decisão que os utiliza/referencia.

Também DWORKIN sofreu críticas doutrinárias. CARRIO, por exemplo, critica a diferenciação entre regras e princípios e o próprio espírito *antipositivista* do primeiro doutrinador. Para tanto, chama atenção para o fato de que DWORKIN realiza se *ataque* a um tipo de positivismo jurídico, qual seja, o professado por HART. Ao realizar esse ataque, trata de inculpir um conceito de *regra* muito restrito, limitado ao binômio “*tudo ou nada*”. Assim, esquece que o positivismo atacado prevê hipóteses de regras muito gerais ou *standards*, que podem não exigir condutas específicas de seus destinatários.²⁶⁶ Ainda, que as regras podem conviver com

²⁶⁴ ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 63. Daí a referência em doutrina: “*Much of the discussion intersects with broader problems of philosophy and logic so that one cannot identify a single main trend. There is, however, one consistent purpose, to construct new methods of analysis, at intermediate levels of generality, to supplement or replace those derived solely from the codes*”. DAWSON, John P. **The oracles of the law**. New York: William S. Hein & Co., 1968. p. 497.

²⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoría geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 146-147. O capítulo inteiro, aliás, é voltado para a crítica da obra de ESSER.

²⁶⁶ CARRIO, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 58. Mesmo HART refere textualmente que “[...] é seguro que não tencionava sustentar

exceções variada e que, portanto, existe a pretensa diferenciação lógica entre regras e princípios.²⁶⁷

CARRIO sustenta que nada obsta que o conjunto de pautas de segundo nível, primordialmente dirigidas aos juízes e que servem para ajustar, ampliar ou restringir, as regras de primeiro nível, sejam também denominadas de regras, tal qual aquelas metas, objetivos, *polices*, exigências de equidade e de moral.²⁶⁸ Assim, finaliza sua exposição com a assertiva de que a artilharia *dworkiana* dirigida contra um “*modelo e regras*” acabou, em realidade, por diferir substancialmente da teoria que pretendia atingir.²⁶⁹

ALEXY, por fim, também sofre críticas como, por exemplo, a formulada por STRECK. Para esse último, a (trans)formação dos princípios em *postulados* ou *mandados de otimização* tem, por trás, um projeto que não conseguiu superar o positivismo *lato sensu*.²⁷⁰ Nesse sentido, o projeto do positivismo jurídico (*lato sensu*) representou a formação de um *sistema de regras*, do qual a *faticidade* (isto é, o mundo prático) ficou de fora. Os princípios são instrumentos que possibilitam reintroduzir a *faticidade* no mundo jurídico, sendo que concebe-los como mandados de otimização significa “[...] resgatar a abstratidade da regra e afastar o mundo prático insito aos princípios”.²⁷¹ Ao fim, portanto, se cabe ao intérprete ponderar (hierarquizar e escolher) o princípio ou a regra aplicável, mostra-se possível perguntar qual a real diferença entre o “intérprete ponderador” e o “intérprete positivista” que, de forma discricionária, escolhe a “melhor” interpretação.²⁷²

através do uso que fiz da palavra «regra» que os sistemas jurídicos só contêm regras de «tudo ou nada» ou regras quase conclusivas. [...]. HART, L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 327.

²⁶⁷ CARRIÓ, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 59.

²⁶⁸ CARRIÓ, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 63.

²⁶⁹ CARRIÓ, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 74. Nesse sentido, uma outra linha crítica constatada em doutrina ao pensamento de Dworkin é relativa à uma suposta falta de precisão da linguagem *dworkiana* sobre os princípios, o que pode ser observado pelo fato desses serem utilizados para referirem fenômenos diversos. (Ver LUÑO, Antonio Enrique Perez. Los principios generales del derecho: ¿um mito jurídico? **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. Espanha: Ministério de la Presidencia, n. 98, outubro-deciembre, p. 09, 1997. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=255&IDA=17117>>. Acesso em: 15 set. 2015.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 235-236. As expressões em aspas são utilizadas com essas no

Conclui-se, portanto, com NERY JUNIOR, ao referir que o pecado mais sério da doutrina atual é o de tratar esse tema de forma *sincrética*, “[...] misturando-se as teorias que se utilizam de critérios e parâmetros distintos uns dos outros”.²⁷³ Para se falar em princípios, mostra-se imprescindível um prévio acordo sobre o método (critério) usado para a sua adequada identificação.²⁷⁴ Fora disso, é incorrer no risco de promover-se o sincretismo antes referido, misturando-se espécies e naturezas diversas, contribuindo, portanto, para o seu uso descriterioso e propiciando dessa forma, em última análise, que qualquer decisão possa ser justificada a partir do uso daqueles.

2.3.3 O Livre Convencimento: Regra, Princípio ou *Sistema*

De tudo quanto se viu até o momento, resta averiguar se o livre convencimento, enquanto categoria de direito processual, está realmente afeta à temática dos princípios jurídicos. A questão parece relevante na medida em que, como já observado anteriormente, mostra-se usual o uso forense da expressão *princípio* do livre convencimento (ou da persuasão racional).

Ciente da advertência de NERY JUNIOR referida logo acima, há de cuidar-se com o uso *sincrético* da expressão *princípio*. O seu sentido aristotélico – enquanto causa primeira - não pode ser empregado no caso do instituto em análise. Tanto que pode ser afastado – ou limitado – por regras legais relativas à prova como, por exemplo, o art. 444 do CPC/2015, que limita a possibilidade de prova testemunhal nos casos em que a lei exija prova escrita da obrigação (salvo nos casos em que ocorrer *começo* de prova escrita). O livre convencimento, portanto, deve ser compreendido como algo *derivado*, do que não se extrai conclusão de que seja *causa primeira*.

Pode-se cogitar no debate sobre a persuasão racional enquanto *princípio* no sentido aristotélico a partir de uma *formulação negativa* (para usar a expressão de ESSER), isto é, suprimindo *em tese* a regra-matriz que lhe dá suporte do sistema

original. Mais abaixo, o doutrinador conclui que: “Parece-me que o positivismo, neste ponto, era mais explícito. E mais sincero”. (p. 236).

²⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

²⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

jurídico e verificar as consequências desse raciocínio. No caso da externalização do convencimento judicial, havendo – ou não – regras processuais fixadas em Leis Ordinárias, destaca-se que o art. 93, IX da Constituição Federal dispõe sobre a obrigatoriedade de *fundamentação* e, em relação ao seu conteúdo, é preciso verificar o que a própria Carta Política impõe/determina *a priori*, ou seja, *antes* das regras processuais ordinárias. Nesse sentido, a persuasão racional também não pode ser considerada um *princípio* simplesmente porque não se consegue deriva-la dos comandos constitucionais que norteiam a *fundamentação* da decisão judicial. Daí porque a persuasão racional não integra o conjunto de princípios que constituam um saber de natureza filosófica-jurídica, isto é, o “«*conocimiento de los principios últimos permanentes, invariables, seguros, universales y sistemáticos sobre los cuales fundaméntase el derecho [...]*»”.²⁷⁵

Entretanto, a conclusão de que a persuasão racional seja um *princípio derivado* ou subprincípio ou, ainda, um *princípio setorial* parece mais condizente com uma forma de organização do conhecimento jurídico de cariz positivista, principalmente com a construção *dogmática* do Direito à luz do *dado observável*, isto é, do direito positivo. Vale dizer, com base no método dogmático identificado por WARAT e anteriormente referido, a identificação de certos princípios faz parte das etapas desse método ou, por outras palavras, a expressão é empregada como sinônimo de elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma dada disciplina especializada,²⁷⁶ como é o processo civil. Nessa senda, seu emprego é realizado no sentido de introduzir e organizar o estudo da disciplina do processo civil, sendo compreendido como um conhecimento *a priori* que será referendado pelo futuro exame do Direito Positivo (do qual foi extraído), em uma circularidade cognitiva percebida de forma puramente abstrata,²⁷⁷ tal qual as obras produzidas pela *dogmática* jurídico-processual intituladas de “*princípios*”.²⁷⁸

²⁷⁵ ORESTANO, Francesco *apud* MARTÍNEZ, José la Torre. Los principios del derecho natural y los principios tradicionales del Derecho *in* **Los principios generales del derecho**. Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: Actas, 1993. p. 171.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54.

²⁷⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54-55.

²⁷⁸ Cita-se, exemplificativamente, É nesse sentido que deve ser entendida a expressão *princípio* contida em títulos de obras doutrinárias como a de Hans PLANITZ (**Princípios de derecho privado Germanico**. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosh, 1957), Marco Gerardo Monroy CABRA (**Principios de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis, 1974); Giuseppe CHIOVENDA

Destarte, não subsiste, na persuasão racional, algum veio que possa lhe conferir um caráter *problemático*. Sua construção histórica e dogmática não entra em choque com outras *regras* ou *princípios* do processo em face do seu estreito campo de incidência, sendo mesmo incabível uma eventual “*ponderação*” sobre sua aplicação. Entende-se, por isso, que não há espaço para a sua análise pelo crivo principiológico na ótica das teorias de DWORKIN ou ALEXY. Mas isso só poderá ser demonstrado por meio de incursão na teoria do processo, o que será feito no próximo capítulo.

Por último, refere-se que o aspecto *sincrético* de que adverte NERY JUNIOR parece ficar claro pelo contraste entre a acepção dogmática em que o *princípio* da persuasão racional é utilizado pela doutrina e a axiomática, com que é usada pelas decisões judiciais referidas anteriormente. Ironicamente, entretanto, ao utiliza-la na forma axiomática (ou seja, limitando a sua aplicação apenas ao exame da presença – ou não – de algum *iter* lógico da decisão), a jurisprudência comentada reflete o paradigma do positivismo jurídico normativista. Ou seja, apesar de todo o esforço doutrinário de superação desse, a atividade decisória no âmbito dos Tribunais está cuidando de reforçar-lo ainda que sem fazê-lo de forma explícita.

De outro norte, ao encontrarem fundamento de validade unicamente na autoridade da coisa julgada, tais decisões acabam por eternizar, no Brasil, (mais) uma grave lição de KELSEN: “O princípio da coisa julgada concede aos tribunais, especialmente aos tribunais de última instância, um poder quase absoluto, essencialmente restrigente da exigência positivo-jurídica da legalidade material de decisões judiciais e da significação da legislação [...]”.²⁷⁹ Para desfazer essas confusões – ou sincretismos – o melhor seria abandonar a expressão princípio para qualificar juridicamente o instituto da persuasão racional e utilizar, em seu lugar, *sistema* tal qual parcela da doutrina a ser analisada mais adiante.

(Principios de derecho procesal civil. Trad. José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922), etc. Em todos esses, transparece a pretensão de organização e sistematização da disciplina processual com base no exame precípua da legislação vigente.

²⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 147.

3 OBJETO DO PROCESSO (PERCURSOS DO LIVRE CONVENCIMENTO NA TEORIA DO PROCESSO)

SANCHES refere que a expressão *objeto* é usada na terminologia comum com o sentido de *fim*, *finalidade*, *escopo* ou de *objetivo*. Nesse sentido, esmiuçou, na doutrina nacional, os mais variados escritos jurídicos que trazem a palavra *objeto* com aquele sentido. Importa notar, contudo, que o citado doutrinador adverte que *finalidade* ou *escopo* possuem significados inconfundíveis, os quais não podem ser compreendidos como equivalentes à expressão *objeto*. Ao doutrinador parece, portanto, conveniente fazer a distinção entre a *finalidade do processo* e *objeto do processo*.²⁸⁰ Seguindo a sua senda, não se pretende tratar, aqui, do objeto do processo no sentido de *finalidade*. Nesse particular, pode-se referir SANTOS, quando aduz que aquilo que carece de *objeto* também carece de *finalidade*, mas, principalmente, que o primeiro tem sentido próprio, constituindo-se naquilo sobre o que se projeta a atividade jurisdicional ou processual em cada processo.²⁸¹

Etimologicamente, a palavra *objeto* possui origem latina, sendo resultado da preposição *ob* (preposição) + *jacio*, *jactum* ou *jacere* (verbo). A preposição *ob* significa *diante*, *defronte*, *à vista* e, o verbo *jacio*, *lançar*, *arremessar*, *estar num estado de arremessado*.²⁸² Daí porque o substantivo *objectus* designa algo que se põe diante de alguém ou de uma pessoa. No processo civil, pode-se afirmar, de forma genérica, que o objeto do processo é aquilo (coisa no seu sentido amplo) que esse coloca diante do Estado-Juiz.²⁸³ Nos processos regidos pelo princípio do dispositivo, a *res de qua agitur* (coisa de que se trata) constitui-se na *res in iudicio*

²⁸⁰ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 16, ano VI, julho, p. 135, 1979. A delimitação é relevante. Veja-se, por exemplo, a doutrina que, ao se dedicar sobre o tema do processo, inicia sua exposição com o capítulo "*concepto, contenido y objeto del proceso*", mas se debruça, nele, à determinação sobre o *fim* do processo (por exemplo, ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941, tomo I. p. 232-233. FERRÁNDIZ também refere essa acepção na parte inicial da sua obra, destinando capítulo próprio ao exame dos *objetos gerais do processo* e, neles, realizando o delineamento de várias finalidades desse (FERRÁNDIZ, Leonardo Prieto-Castro. **Derecho procesal civil**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1989. p. 34-35).

²⁸¹ SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 23.

²⁸² HECKLER, Evaldo (SJ); BACK, Sebald; MASSING, Egon. **Dicionário morfológico da língua portuguesa**. São Leopoldo: Unisinos, 1984, vol. III. p. 2253-2256. Os autores esclarecem que, com o prefixo, o *jac* passou para *jec* no próprio latim.

²⁸³ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 305.

deducta (coisa levada à juízo). Parcela da doutrina exclui desse objeto as denominadas questões processuais e certas questões incidentais porque, embora a atividade processual também recaia sobre essas últimas, as mesmas não guardam relação com o que justifica o processo e não justificam que a atividade jurisdicional se ponha em marcha se consideradas *per se*.²⁸⁴

A doutrina em geral aponta em relação à identificação do objeto do processo, um tema de grande importância, na medida em que contribui para a compreensão da demanda proposta e seus limites e, assim, para a investigação de fenômenos processuais correlatos como o da *litispêndência*, *coisa julgada*, a cumulação de ações e outros.²⁸⁵ A preocupação maior da teoria do objeto do processo é, portanto, determinar como o direito substantivo comparece no processo.²⁸⁶ Todavia, o esgotamento dessa temática não é escopo desse trabalho, tampouco a análise exaustiva das suas consequências em relação aos institutos correlatos como os acima referidos. Sua análise será realizada à luz – e na medida – de interesse da compreensão da persuasão racional.

A legislação brasileira não recepcionou a expressão *objeto do processo* com um sentido unívoco. O CPC/73, ao mencionar a palavra *objeto*, raras vezes o faz referindo o *objeto do processo* ou *objeto litigioso*, como se vê logo abaixo.

No **CPC/73**, a expressão *objeto* aparece no: **(i.) art. 10, IV**, referindo-se à outorga uxória nas ações que tenham, por *objeto*, as matérias nele referidas; **(ii.) art. 46, III**, relativo ao litisconsórcio facultativo nos casos em que duas ou mais pessoas litigarem nas causas em que houver conexão pelo *objeto* ou causa de pedir; **(iii.) art. 103**, que prevê conexão de causas pelo *objeto* ou causa de pedir; **(iv.) art. 104**, que prevê a continência de causas com identidade de partes e causa de pedir, mas o *objeto* de uma é mais amplo que da outra; **(v.) art. 135, IV**, relativa

²⁸⁴ SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 24.

²⁸⁵ SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 128. Também em LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de pedir e pedido no Processo Civil** (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 343; ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 103; DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 339. CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Objeto Litigioso no Processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 9. SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 23; FERNANDEZ, Miguel Angel. **Lecciones de derecho procesal**. 2. ed. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1985. p. 16.

²⁸⁶ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1978. p. 217. O doutrinador complementa: “Basta con observar este planteamiento para deducir que en el fondo late una concepción dualista del derecho y del proceso”. Também em JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Trad. F. Silveira Santos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 203.

à suspeição do Juízo quando aconselhar alguma das partes sobre o *objeto* da causa; **(vi.) art. 202, III**, que refere os requisitos essenciais da carta, dentre os quais a menção ao seu *objeto*; **(vii.) art. 258, V**, que estipula o valor da causa quando o litígio tiver por objeto as pretensões ali referidas; **(viii.) art. 256, IV, “a”**, que trata da hipótese de suspensão do processo quando a sentença de mérito depende do julgamento de existência ou inexistência de relação jurídica que constitua *objeto* de outro processo; **(ix.) art. 268, parágrafo único**, que trata da perempção, isto é, vedação de intentar nova ação com o mesmo *objeto*; **(x.) art. 275, II, “g”**, que trata do procedimento sumário nas causas que tiverem, por *objeto*, a matéria ali especificada; **(xi.) art. 285 B**, que trata das causas que tenham por *objeto* as matérias ali especificadas; **(xii.) art. 414**, que trata da testemunha com interesse no *objeto* do processo; **(xiii.) art. 434 (e art. 438)**, que tratam do *objeto* do exame pericial; **(xiv.) art. 460**, que trata da vedação de, em sentença, condenar o réu a *objeto* diverso do que lhe foi demandado; **(xv.) art. 461**, que trata do cumprimento da tutela específica nas ações que tenham por *objeto* a entrega de coisa; **(xvi.) art. 466 C**, que trata de contrato que tenha, por *objeto*, as matérias nele especificadas; **(xvii.) art. 475 C**, que trata da liquidação nos casos em que o exigir o seu *objeto*; **(xviii.) art. 475 O**, que trata da sustação da execução provisória pelo acórdão que modifique ou anule a sentença *objeto* da execução; **(xix.) art. 479**, que trata do julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência, que será *objeto* de súmula; **(xx.) art. 512**, que trata do efeito substitutivo do recurso, naquilo que lhe for o seu *objeto*; **(xxi.) art. 515, § 1º**, que trata do efeito devolutivo da apelação, relativo ao *objeto* de apreciação pelo juízo *ad quem*; **(xxii.) art. 530**, que trata do *objeto* do recurso de embargos infringentes; **(xxiii.) art. 646**, que trata do *objeto* da execução por quantia certa; **(xxiv.) art. 650, II**, que trata da penhora, à falta de outros bens, de *objetos* de culto religioso; **(xxv.) art. 656, IV**, que trata da penhora de bem *objeto* de gravame; **(xxvi.) art. 666, § 2º**, que trata da preferência na penhora de *objetos preciosos*; **(xxvii.) art. 676**, que trata da penhora que recai sobre direito que tenha por *objeto* prestação ali especificada; **(xxviii.) art. 739, §3º**, que trata do efeito suspensivo aos embargos à execução que tenha por *objeto* parte da execução; **(xxix.) art. 874 (e art. 876)**, que refere *objetos retidos* no caso do penhor legal; **(xxx.) art. 894**, que refere o *objeto* de prestação indeterminada; **(xxxi.) art. 993**, que refere *objetos de ouro*; **(xxxii.) art. 1.034, § 2º**, que refere sobre imposto *objeto* de lançamento; **(xxxiii.) art. 1.047, II**, que refere sobre o cabimento de embargos de terceiro em favor do credor com garantia real *objeto* de hipoteca; **(xxxiv.) art. 1.074, III**, que trata dos requisitos do compromisso arbitral, de conter o *objeto do litígio*; **(xxxv.) art. 1.095**, que trata dos requisitos essenciais do laudo relativo ao compromisso arbitral, dentre os quais o relatório, que conterà, dentre outros, o *objeto do litígio*; **(xxxvi.) art. 1.100**, que delinea hipótese de nulidade do laudo arbitral quando em desacordo com seu *objeto*; **(xxxvii.) art. 1.156**, que fala de bens com valor de afeição, dentre os quais *objetos* de uso pessoal; **(xxxviii.) art. 1.175**, que trata de *objetos* deixados em hotel; **(xxxix.) e; (xl.) art. 1.204**, que trata da extinção das fundações quando ilícito o seu *objeto*;

É possível verificar, portanto, que a palavra *objeto* transparece com o sentido de *pedido* nos itens **(i.)**, **(iv.)**, **(vii.)**, **(xiv.)**, **(xvii.)**, **(xxiii.)**; *causa de pedir* nos itens **(ii.)**, **(iii.)**; *pedido e causa de pedir* nos itens **(v.)**, **(viii.)**, **(ix.)**, **(x.)**, **(xi.)**, **(xii.)**, **(xxviii.)**,

(xxxiv.), (xxxv.), (xxxvi.);²⁸⁷ *ato processual* no item (vi.); *coisa (bem) ou prestação* nos itens (xiii.), (xv.), (xvi.), (xiv.), (xxv.), (xxvi.), (xvii.), (xxix.), (xxx.), (xxxi.), (xxxiii.), (xxxvii.), (xxxviii.); *decisão judicial* nos itens (xviii.), (xix.) e; *outros* nos itens (xx.), (xxi.), (xxii.), (xxxii.), (xxxix.) e (xl.). Soma-se, a isso, a circunstancia de que BUZAID, o autor do anteprojeto que resultou no CPC/73, não laborou, em sua doutrina, com o conceito de objeto do processo, preferindo falar em *lide*. O doutrinador entendeu que o conceito de *lide* se presta para caracterizar o mérito da causa, circunscrevendo aquela à acepção de Carnelutti, ou seja, “*como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro*”.²⁸⁸

BUZAID afirma que a “lide é, portanto, o objeto fundamental do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.²⁸⁹ Nesse sentido, pode-se constatar sua fidelidade doutrinária na elaboração do CPC/73, pois, nesse, acolheu expressamente a expressão *lide* no sentido conferido por Carnelutti e, com essa, designou o *mérito* do processo.²⁹⁰ Ou, como refere na EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS daquele Código: “o projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa”. Nela também pode ser encontrada a seguinte lição:

Lide é, consoante lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.²⁹¹

²⁸⁷ Anota-se que a única referência à expressão *objeto litigioso* ocorre em relação aos requisitos essenciais do *laudo arbitral*, que deve mencionar seu *objeto litigioso* (itens xxxv e xxxvi mencionados).

²⁸⁸ BUZAID, Alfredo. **Do Agravo de petição** no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 103.

²⁸⁹ BUZAID, Alfredo. **Do Agravo de petição** no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 104.

²⁹⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 299-300.

²⁹¹ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil *in* BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: histórico da Lei, vol. I, tomo I. p. 13. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequencia=4>>. Acesso em: 15/09/2015. A assertiva pode ser melhor compreendida contextualizando-a na obra doutrinária do seu redator, na qual transparece sua compreensão conceitual entre “matéria da lide” e “questões que lhe dão lugar”. Ou, como prefere o doutrinador, “[...] na petição inicial o autor, portanto, enunciará a matéria da lide e as questões que lhe dão lugar, delimitará seu objeto [...]”. Mais adiante conclui dizendo que a “[...] sentença de mérito é, portanto, a resposta do juiz à pretensão do autor, ou mais precisamente, o julgamento da lide formulada na petição inicial”. BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição** no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 106-107.

Daí porque, na legislação processual de 73, o vocábulo *lide* é usado com o “inegável intuito de designar o mérito da causa”²⁹², sendo certo que seus dispositivos legais alternaram o uso de ambas as expressões (*lide* e *mérito*) com idêntico *sentido* (“objeto principal do processo”).²⁹³

O CPC/2015, por sua vez, salvo na redação do seu art. 457,²⁹⁴ manteve a tradição do Código revogado, na medida em que utiliza a expressão *lide* como sinônimo de *mérito* em pelo menos 03 (três) dos seus dispositivos legais. Por outro lado, utiliza, ainda, a expressão *mérito* sem referência explícita à *lide* em outros 66 (sessenta e seis) dispositivos:

No **CPC/2015**, verifica-se o uso da expressão *lide* como *mérito*: **(i.) art. 113, III** (dispõe sobre a formação de litisconsórcio facultativo nos casos em duas ou mais tiverem comunhão de direitos ou de obrigações relativas à *lide*); **(ii.) art. 505** (dispõe que o juiz não decidirá novamente a mesma *lide*, salvo nas hipóteses que especifica) e; **(iii.) art. 509, § 4º** (dispõe que é vedado discutir de novo a *lide* no âmbito do incidente de liquidação). Ainda, diretamente a expressão *mérito*: **(i.) art. 4º** (direito de as partes obterem a solução integral do mérito em prazo razoável); **(ii.) art. 6º** institui o dever de cooperação entre os sujeitos do processo para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva); **(iii.) art. 36, § 2º**, que veda a revisão do mérito da sentença estrangeira pela autoridade judiciária brasileira; **(iv.) art. 45, §2º**, que veda o exame de mérito sobre pedido na hipótese em que especifica; **(v.) art. 57**, pelo qual, verificada a continência, será proferida sentença sem resolução de mérito em relação à ação contida e; ainda, em outras 61 (sessenta e uma) regras.

A tradição é demonstrada, também, pelo próprio uso da expressão em sentido diverso daquele empregado para *mérito*,²⁹⁵ bem como nas referências à expressão *objeto*, com vários sentidos:

No **CPC/2015**, a expressão *objeto* aparece: **(i.) art. 27**, que refere o *objeto* da cooperação jurídica internacional; **(ii.) art. 30**, que trata dos *objetos* do auxílio direto; **(iii.) art. 73, IV**, referindo-se à necessidade de formação de litisconsórcio

²⁹² DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol I. p. 300.

²⁹³ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 300. Muito embora o doutrinador identifique, no contexto daquele Código, usos da expressão *lide* de forma diversa à ideia de mérito.

²⁹⁴ Nesse dispositivo legal observa-se a referência expressa ao *objeto do processo*: “Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo”.

²⁹⁵ Vide os seguintes dispositivos legais: **(i.) o art. 303** (dispõe sobre o requerimento de tutela antecipada em petição inicial com exposição da *lide*) e; **(ii.) art. 305** (dispõe sobre o requerimento de tutela cautelar em caráter antecedente com a indicação da *lide*). Em ambos os casos, o que o autor deverá indicar é “[...] a pretensão principal que pretende trazer depois ao exame do Poder Judiciário”. DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 300 e; **(iii.2.) denúncia da lide**, eis que, nessa, a *lide* designa, conforme uso tradicional, o *processo* (idem).

passivo necessário entre cônjuges nas ações que tenham por *objeto* as matérias ali definidas; **(iv.) art. 85, § 10º**, relativo à condenação em honorários nas ações com perda e *objeto*; **(v.) art. 138**, relativo à admissão do *amicus curiae* em razão da especificidade do tema *objeto* da demanda; **(vi.) art. 139, IV**, relativo às incumbências do juiz no sentido de determinar as medidas necessárias para o cumprimento de ordem judicial, inclusive naquelas que tenham por *objeto* prestação pecuniária; **(vii.) art. 145, II**, relativa à suspeição do Juízo quando aconselhar alguma das partes sobre o *objeto* da causa; **(viii.) art. 236**, sobre a carta arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ato *objeto* de pedido de cooperação judiciária; **(ix.) art. 246, § 3º**, que refere exceção relativa à citação de lindeiros em usucapião quando *objeto* for unidade autônoma de prédio em condomínio; **(x.) art. 260**, que refere, como requisito das cartas, a menção do ato processual que lhe constitui o *objeto*; **(xi.) art. 292, II e IV**, que estipula o valor da causa quando o litígio tiver por objeto as pretensões ali referidas; **(xii.) art. 311**, relativo às tutelas de evidência do pedido ali referido, deverá ser entregue o *objeto* custodiado; **(xiii.) art. 313, V, “a”**, que trata da hipótese de suspensão do processo quando a sentença de mérito depende do julgamento de existência ou inexistência de relação jurídica que constitua *objeto* principal de outro processo; **(xiv.) art. 323**, que trata de ação que tiver por *objeto* cumprimento de obrigação em prestações sucessivas; **(xv.) art. 324, III**, que refere o pedido genérico quando a determinação do *objeto* ou do valor da condenação dependa de ato que deva ser praticado pelo réu; **(xvi.) art. 330, § 2º**, relativo a requisito para as ações que tenham por *objeto* a revisão de obrigação decorrente de empréstimo; **(xvii.) art. 457**, que trata da testemunha com interesse no *objeto* do processo; **(xviii.) art. 459**, que determina a não admissão de perguntas que tiverem relação com questões de fato *objeto* da atividade probatória; **(xix.) art. 464, § 3º**, relativo à formação acadêmica na área *objeto* do depoimento do perito, nos casos de perícia simplificada; **(xx.) art. 465**, que determina a nomeação de perito especializado no *objeto* da perícia; **(xxi.) art. 473; art. 478 e art. 480**, que tratam do *objeto* da perícia; **(xxii.) art. 486, § 3º**, que trata da *perempção*, isto é, da vedação de propositura de ação contra o réu com o mesmo *objeto*; **(xxiii.) art. 489, § 2º**, que determina ao juiz justificar o *objeto* e critérios de ponderação efetuada no caso de colisão de normas; **(xxiv.) art. 492**, que trata da vedação de, em sentença, condenar o réu a *objeto* diverso do que lhe foi demandado; **(xxv.) art. 497; art. 498 e art. 502**, que tratam, respectivamente, do cumprimento da tutela específica nas ações que tenham por *objeto* prestação de fazer ou e não fazer, de entrega de coisa e de emissão de declaração de vontade; **(xxvi.) art. 509, I**, que trata da liquidação por arbitramento nos casos em que o exigir o *objeto* da liquidação; **(xxvii.) art. 525, § 8º**, que trata do efeito suspensivo no caso em que a impugnação disser respeito à parte do *objeto* da execução; **(xxviii.) art. 529, § 3º**, que refere que o *objeto* da execução de alimentos pode ser descontado em folha; **(xxix.)** que trata dos casos de impugnação parcial, em que a parte não questionada será *objeto* de cumprimento; **(xxx.) art. 543**, que refere o *objeto* da prestação relativa à coisa indeterminada; **(xxxi.) art. 565, §§ 3º e 4º**, que refere à área *objeto do litígio* em ação de manutenção e ou de reintegração de posse;²⁹⁶ **(xxxii.) art. 599**, que refere o *objeto* da ação de dissolução parcial de sociedade; **(xxxiii.) art. 874 (e art. 876)**, que refere *objetos retidos* no caso do penhor legal; **(xxxiv.) art. 894**, que refere o *objeto* de prestação indeterminada; **(xxxv.) art. 993**, que refere *objetos de ouro*; **(xxxvi.) art. 620, “d”**, que regula os objetos de ouro em ação de inventário; **(xxxvii.) art. 662, § 2º**, que refere sobre imposto *objeto* de

²⁹⁶ Anota-se que a única referência à expressão *objeto do litígio* ocorre em relação às áreas disputadas em ações possessórias (item xxx mencionado). Também há uma única referência ao *objeto do processo* (item xvii).

lançamento; **(xxxviii.) art. 674, § 12º, IV** que refere sobre o cabimento de embargos de terceiro em favor do credor com garantia real *objeto* de hipoteca; **(xxxix.) art. 678**, referente aos bens litigiosos *objeto* dos embargos de terceiro; **(xl.) art. 703, §1º**, relativo aos *objetos retidos* no caso do penhor legal; **(xli.) art. 706**, que refere sobre a consolidação da posse do autor sobre o *objeto* com a homologação do penhor legal; **(xlii.) art. 742**, que, no âmbito do inventário, refere sobre a alienação de *objetos* de uso pessoal ocorrerá somente com a declaração de vacância da herança; **(xliii.) art. 765, I**, que trata da extinção das fundações quando ilícito o seu *objeto*; **(xliv.) art. 772, III**, que faculta, ao juiz, determinar que terceiros indicados pelo exequente forneçam informações relacionadas ao *objeto* da execução; **(xlv.) art. 791**, que dispõe sobre execução que tiver por *objeto* obrigação ali mencionada; **(xlvi.) art. 791, § 1º**, que dispõe acerca de constrição que recaia sobre o *objeto* sobre o qual recai gravame;²⁹⁷ **(xlvii.) art. 804**, que refere sobre a ineficácia de alienação de bem *objeto* de contrato de compra e venda ou de cessão registrada; **(xlviii.) art. 815**, que refere o *objeto* da execução de obrigação de fazer; **(xlix.) art. 833**, que excepciona da impenhorabilidade o *objeto* de financiamento; **(l.) art. 840**, que dispõe sobre o depósito de *objetos* preciosos; **(li.) art. 848, IV**, relativo a preferência de bens livres a bens *objeto* de gravame; **(lii.) art. 890, III**, relativo às restrições de lance em relação aos bens e direitos *objeto* de alienação; **(liiii.) art. 919, § 3º**, relativo ao efeito suspensivo aos embargos à execução que tenha por *objeto* parte da execução; **(liv.) art. 928, parágrafo único**, que trata do julgamento de casos repetitivos, cujo objeto é objeto for questão de direito material ou processual; **(lv.) art. 949, § 2º**, relativo ao incidente de arguição de inconstitucionalidade, no qual a parte legitimada para a propositura de Adin e ADC pode se manifestar por escrito sobre a questão constitucional *objeto* de apreciação; **(lvi.) art. 966, § 3º**, relativo ao cabimento da ação rescisória, que pode ter por *objeto* apenas um capítulo da sentença; **(lvii.) art. 968, § 5º**, relativo à emenda da petição inicial para adequar o *objeto* da ação rescisória nos casos em que especifica; **(lviii.) art. 982 e art. 984**, relativo ao *objeto* do incidente de resolução de demandas repetitivas; **(lix.) art. 985, § 2º**, relativo ao incidente de resolução de demandas repetitivas que tiver por *objeto* questão relativa à prestação de serviço concedido; **(lx.) art. 998, parágrafo único**, relativo à análise de questão relativa a *objeto* de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos; **(lxi.) art. 1.008**, que trata do efeito substitutivo do recurso, naquilo que lhe for o seu *objeto*; **(lxii.) art. 1.013, § 1º**, que trata do efeito devolutivo da apelação, relativo ao *objeto* de apreciação pelo juízo *ad quem*; **(lxiii.) art. 1.037, § 7º**, relativo aos recursos representativos de controvérsia requisitados e que tenham outras questões além daquela *objeto* da afetação; e **(lxiv.) art. 1.040**, relativo ao julgamento de recursos sobrestados em razão de recurso extraordinário e especial repetitivos, nos casos em que versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público *objeto* de concessão.

Verifica-se, portanto, que a palavra objeto transparece com o sentido de pedido nos itens **(iii.)**, **(xi.)**, **(xv.)**, **(xxiv.)**, **(xvi.)**, **(xxix.)**, **(xlv.)**, **(xlviii.)**; causa de pedir no item **(lvi.)**; pedido e causa de pedir nos itens **(iv.)**, **(v.)**, **(vii.)**, **(viii.)**, **(xiv.)**, **(xvi.)**, **(xvii.)**, **(xxii.)**, **(xxiii.)**, **(xxv.)**, **(xxvii.)**, **(xviii.)**, **(xxxi.)**, **(xliv.)**, **(liii.)**, **(lvii.)**; ato processual no item **(i.)**, **(viii.)**, **(x.)**; coisa (bem) ou prestação nos itens **(ii.)**, **(ix.)**,

²⁹⁷ Anota-se que uma mesma regra (**art. 791**) contém, no *caput*, a expressão *objeto* com o sentido de pedido e, no seu § 1º, com o sentido de coisa.

(xii.), (xix.), (xx.), (xxi.), (xxx.), (xxxii.), (xxxiii.), (xxxiv.), (xxxv), (xxxvi.), (xxxvii.), (xviii.), (xxxix.), (xl.), (xli.), (xlii.), (xlvi.), (xlvii.), (xlix.), (l.), (li.), (lii.); decisão judicial nos itens (vi.); outros nos itens (xviii.), (xliii.), (liv.), (lv.), (lviii.), (lix.), (lx.), (lxii.), (lxi.), e (lxiv.)

Do acima exposto, pode-se colher certa *polissemia*, tanto CPC/2015, quanto no Código que lhe antecedeu, relativa ao uso da expressão *objeto*, bem como a ausência de definição e ou conceituação de *lide* ou *mérito* nos referidos textos legislativos, muito embora, em relação aos dois últimos termos, aquelas legislações façam referência às hipóteses em que ocorrem as decisões de mérito,²⁹⁸ estabelecendo a relação dessas com os limites da coisa julgada, etc. Contudo, se é possível extrair o referencial dogmático relativo à lide na Exposição de Motivos do CPC/73 conforme antes citado, o mesmo não ocorre em relação ao CPC/2015 já que sua Exposição silenciou a respeito da matéria. Contudo, verifica-se que o vocábulo *lide* transparece nas inúmeras discussões engendradas ao longo da sua tramitação na Câmara dos Deputados, com o sentido claro de *mérito*.²⁹⁹

Por fim, cabe a referência de que, se a terminologia *objeto do processo* mostra-se relativamente refratária à redação das regras previstas no CPC/2015 (ressalvado seu art. 457), a mesma aparece de forma reiterada na jurisprudência brasileira hodierna – em conjunto ou não - com a expressão *objeto litigioso*. Com efeito, podem ser colhidas lições jurisprudenciais no sentido de que “[...] o pedido delimita o objeto litigioso e, por conseguinte, o âmbito de atuação do órgão judicial [...]”³⁰⁰ ou, ainda, que

²⁹⁸ Ver o **art. 485** e o **art. 487** do CPC/2015, que estabelecem as hipóteses em que a decisão judicial não resolve o mérito ou que decide o mérito, respectivamente, cuja redação é muito próxima dos arts. 267 e 269 do CPC/73.

²⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o projeto de lei nº 6.025/2005 e nº 8.046/10, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869/73)**. Brasília, 2012. p. 35. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 14 set. 2015. Ver, exemplificativamente, fl. 31, 82, 97, 102, 105, 123, etc.

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.368.210 - SP**, da 3ª Turma. Recorrente: São Paulo Alpargatas S/A e San Remo Empreendimentos Comerciais Ltda. Recorrido: Os Mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, julgado em 04 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1240402&num_registro=201202649647&data=20130617&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. Nesse mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.230.097 - PR**, da 4ª Turma. Recorrente: Silvana Galarca Moraes e outro. Recorrido: União. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, julgado em 06 de setembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1175958&num_registro=201100076880&data=20120927&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. /2016. Também em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no**

[...] “o objeto do processo (pois neste incluem-se também as questões suscitadas pelo réu) é diferente do objeto litigioso, sendo este último a lide, ou o mérito, exclusivamente fixado pelo pedido do autor” (Manual de Direito Processual Civil, Arruda Alvim, vol. 1, Parte Geral, 7ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 370) [...].³⁰¹

Em outras hipóteses, contudo, a mesma Corte asseverou que o objeto litigioso é formado pela causa de pedir e pedido. Assim é que examinou a *pretensão* do Ministério Público em determinada ação, delimitando o objeto litigioso pelo pedido e causa de pedir,³⁰² ou decidiu conflito de competência pela definição daquele com base em ambos os elementos citados.³⁰³ Por fim, entendeu que, *em havendo dúvida* sobre a interpretação do dispositivo, “deve-se preferir a que seja mais conforme à fundamentação e aos limites da lide, em conformidade com o pedido formulado no processo”.³⁰⁴

Conflito de Competência nº 52.424 – PB, da 1º Seção. Agravante: Telemar Norte Leste S/A. Agravado: Valdilene Félix de Andrade. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, julgado em 13 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=753318&num_registro=200501154175&data=20080303&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. Consta na ementa desse acórdão a assertiva de que a “[...] relação jurídica entre autor e réu foi delimitada pela coisa deduzida em juízo (res in iudicium deducta) em suma, o objeto litigioso do processo [...]”.

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 239.038 – CE**, da 2º Turma. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Raymundo Farias e outros. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília, DF, julgado em: 17 de outubro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=61706&num_registro=199901052009&data=20010319&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³⁰² “No presente caso, pelo objeto litigioso deduzido pelo Ministério Público (causa de pedir e pedido), o que se tem é pretensão de tutela de um direito divisível de um grupo: o direito de acesso à informação”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.283.206 – PR**, da 2º Turma. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, julgado em: 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1114554&num_registro=201102295818&data=20121217&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³⁰³ “[...] DEMARCAÇÃO DA COMPETENCIA EM RAZÃO DO OBJETO LITIGIOSO (PEDIDO E CAUSA DE PEDIR) [...]”. Logo abaixo, consta, de forma específica, que “[...] a competência é delimitada em função da lide demarcada na inicial pelo pedido e pela “causa petendi”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 3.220 – SP**, da 2º Seção. Suscitante: Juízo Federal da 7º Vara – SP. Suscitada: Oitava Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo – SP. Relator: Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, julgado em 30 de setembro de 1992. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200163793&dt_publicacao=03-11-1992&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1.199.865 – MG**, da 3º Turma. Agravante: Maria Laura Converso Caetano e outros. Agravado: Fertilizantes Fosfatados S/A – Fosfértil. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, julgado em: 21 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1171640&num_registro=201001178925&data=20120824&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016. Esse acórdão reproduz, todavia, lição extraída de outro: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 818.614 - MA**, da 3º Turma.

Permanece atual, portanto, a advertência de BAPTISTA DA SILVA ao referir que uma das questões centrais na análise de um corpo legal, como o formado pelo Código de Processo Civil, diz respeito ao conjunto de regras que estabeleçam conceitos ou que alberguem doutrinas específicas esposadas pelo legislador. O doutrinador inquire se tais regras devam ser entendidas como *sóis* ao redor dos quais devem girar constelações menores ou se, pelo contrário, devam – como as demais – ser inseridas no contexto global do sistema de forma a se acomodar harmonicamente às *proposições básicas do conjunto*.³⁰⁵ No caso, uma maior aproximação do conceito de *objeto do processo* e respectivas distinções com as *questões* por esse engendradas se mostrará útil para fins de exame do tema central desse trabalho, que é o da persuasão racional.

3.1 A Compreensão do Objeto do Processo Como *Mérito* do Processo

É importante rememorar que o tema relativo ao *objeto do processo* não será esgotado nas linhas abaixo, posto que, certamente, tal tarefa excederia o objetivo desse estudo. Busca-se, tão somente, apontar as grandes linhas de orientações a respeito daquele, sem pretensão de exaustão da doutrina a respeito da matéria, com vistas a constituir as premissas necessárias para ulterior enfrentamento do tema em pauta frente à persuasão racional.

De qualquer forma, na perspectiva etimológica a palavra *mérito* tem origem no latim “*merescere*”, incoativo de *merere*, que significa ganhar, merecer, receber. “*Mer*”, por sua vez, tem raiz grega, significando parte ou divisão (parte de alguma coisa).³⁰⁶ Como se vê, os termos *mérito* e *objeto* (do processo) não são sinônimos entre si em uma perspectiva etimológica, sendo que a sua aproximação conceitual no plano jurídico é fruto de construção doutrinária. Como SANTOS, portanto, deixa-se assentado que *mérito* significa objeto do processo.³⁰⁷

Recorrente: Banco do Estado do Maranhão S/A. Recorrido: Francisco José Honaiser. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, DF, julgado em: 16 de outubro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=658686&num_registro=200600284008&data=20061120&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Sentença e coisa julgada** (ensaios e pareceres). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 104.

³⁰⁶ HECKLER, Evaldo (SJ); BACK, Sebald; MASSING, Egon. **Dicionário morfológico da língua Portuguesa**. São Leopoldo: Unisinos, 1984, vol. III. p. 2704-2705.

³⁰⁷ SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 24.

A tradição jurídica brasileira liga-se ao método italiano centrado na *ação*,³⁰⁸ a qual tem como centro de convergência, razão pela qual o objeto do processo é estudado sob o prisma dessa, da teoria do *tre a eadem*.³⁰⁹ “Diversamente do que ocorreu com a doutrina do direito alemão, que procurou determinar o objeto litigioso partindo da ideia de pretensão, os autores italianos preferiram defini-lo, servindo-se da ideia de *ação*”.³¹⁰ Nesse sentido, alemães e italianos divergem em relação ao cerne do polo metodológico do estudo do objeto do processo, sendo que os primeiros o realizaram sob o prisma da pretensão enquanto que, os segundos, pela ideia de *ação*.³¹¹ A doutrina processual brasileira segue a tradição italiana, definindo o objeto

³⁰⁸ Ciente da aguda crítica no sentido de “[...] não haver, nem na doutrina dos juristas romanos e nem nos juristas modernos clássicos, qualquer preocupação com o estudo da ‘ação’ processual [...]”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 167. Anota-se que o presente estudo não tem, como escopo, o aprofundamento – e respectiva problematização – do tema *ação*. Daí porque assume que a *ação* (processual) é o direito público e subjetivo imediato de exercer, contra o Estado, a pretensão de uma tutela jurídica, podendo ser compreendida também como um direito subjetivo pois o seu exercício se faz de forma a individualizar o *que entende ser seu*. (Cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 87 e p. 90). No mesmo sentido: CARVALHO, Milton Paulo. **Do Pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 66.

³⁰⁹ “El objeto del proceso, o lo que es lo mismo la acción, viene constituido por tres elementos esenciales que lo identificam”. DEU, Teresa Armenta. **La acumulacion de autos** (reunion de procesos conexos). Madrid: Montecorvo, 1983. p. 165. Lição similar também pode ser referida: “[...] secondo l’impostazione tradizionale, [...] l’oggetto del processo e del conseguente giudicato sostanziale attraverso gli elementi di identificazione dell’azione o, più esattamente, del diritto fatto valere in giudizio [...]”. PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1996. p. 66. Ou, ainda, “[...] rende evidente che l’oggetto sostanziale del processo si determina preminentemente attraverso l’esercizio dell’azione [...]”. MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**. Torino: G. Giappichelli, 1973, vol. I. p. 103. Aliás, ROCCO prefere falar em objeto do direito de *ação* e, não, em objeto do processo (ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Parte general. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Depalma, 1969, vol. I. p. 373-374). Nesse sentido, também pode ser encontrado em FERRÁNDIZ, Leonardo Prieto-Castro. **Derecho procesal civil**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1989. p. 99. No Brasil, vale anotar lição de Araken de ASSIS (**Cumulação de Ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 105). Em outra obra, o doutrinador citado refere que: “no direito brasileiro, o art. 337, § 2º «do CPC/2015» encarregou-se de ministrar um critério seguro para caracterizar esse objeto «do processo», que reside na *ação afirmada pelo autor e individualizada por seus três elementos – as partes, a causa de pedir e o pedido*”. (ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. I. p. 315.

³¹⁰ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso *in Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 111. De outro lado, a doutrina esclarece que os “autores alemães, aliás (mesmo os mais modernos), jamais se apegaram ao conceito de *ação* e à sua colocação metodológica ao centro do sistema, ou em polo de destaque. [...] o estudo de temas que os processualistas latinos colocam em torno da *ação*, num capítulo de primeira grandeza na teoria do processo, os germânicos pulverizam em outros capítulos, sem conferir à *ação* esse poder magnético de polarização a que estamos habituados nós”. DINAMARCO, Candido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**. Rio de Janeiro: Forense, ano IX, vol. 34, abril-junho, p. 35, 1984.

³¹¹ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso *in Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 111.

do processo por meio dos elementos da demanda, isto é, partes, pedido e causa de pedir.³¹²

[...] os processualistas pátrios praticamente não desenvolveram teorias próprias sobre objeto do processo [...]. A razão encontra-se na diferença entre os fundamentos do Direito Processual brasileiro – a *ação* como, repetidamente aludem os autores que acabam por se deparar com o problema relativo à conceituação do objeto do processo – e do direito Processual alemão – a *pretensão*.³¹³

Entretanto, a terminologia *objeto do processo* encontra maior eco no direito processual alemão, devendo muito à existência – e imprecisão – do conceito legal de *Anspruch* constante na ZPO como será melhor visto abaixo, não sendo assimilada com essa dimensão pelas regras jurídicas que compõe o processo civil brasileiro. Nessa linha, lei processual pátria prefere as expressões “lide” e “mérito”, reconhecendo-se, nesse sentido, que BUZAID é responsável pelos padrões dogmáticos que permeiam as regras que compõe o direito adjetivo brasileiro, ao menos na vigência do CPC/73.³¹⁴ Destarte, tendo em conta que o CPC/2015 cuidou em manter a terminologia do CPC revogado, pode-se afirmar que não houve uma expressiva solução de continuidade, ao menos em relação à influência terminológica na legislação brasileira.

Abaixo, serão averiguadas diferentes concepções doutrinárias acerca do objeto do processo – aqui entendido como sinônimo de mérito. Claro que, em uma primeira aproximação, seria possível dizer que o objeto do processo é o caso (aqui entendido como um sucesso histórico com relevância jurídica), já que a jurisdição se utiliza do processo como instrumento para resolução dos *casos concretos*. Contudo, essa aproximação não se mostra muito precisa em vista dos processos regidos pelo princípio dispositivo.³¹⁵ Todo o processo começa com um objeto preciso e, de ordinário, toda a atividade processual se desenvolve com relação a esse. Daí a razão do seu estudo na forma abaixo. Por último, em que pese ser possível efetuar a exposição em comento à luz da divisão entre autores alemães e italianos, para fins

³¹² KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 167.

³¹³ KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 158.

³¹⁴ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 121.

³¹⁵ SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 26-27.

desse trabalho, entende-se mais adequado fazê-lo com base nas delimitações relativas ao *conteúdo*, agrupando, em torno desse, as várias posições doutrinárias (e respectivos doutrinadores) estudados.

3.1.1 Mérito e *Lide*

Não obstante a identificação da *lide* como o objeto do processo - ou o seu *mérito* - tenha inspiração confessadamente *carneluttiana* como dito acima, tal identificação não foi realizada pela obra de Carnelutti, ao menos nos termos claros e radicais como os professados por BUZAID.³¹⁶ De fato, ainda que CARNELUTTI tenha, em suas Instituições, definido a lide na forma citada por BUZAID, não há um estabelecimento explícito daquela como o objeto do processo, limitando-se, aquele doutrinador, em realidade, a definir o *objeto* da lide como “*objeto del interés es un bien. Tal es necesariamente también el objeto del conflicto de intereses y, por tanto, de la relación jurídica y de la litis*”.³¹⁷

Dessa forma, a assertiva de que o “*juízo da lide é o juízo do mérito da causa*”³¹⁸ pode ser atribuída somente ao próprio BUZAID. Entretanto, também cabe referir que o doutrinador também reconheceu a pertinência da crítica de LIEBMAN relativamente à identificação da lide *carneluttiana* como o mérito da causa.³¹⁹ Para o Mestre, é inegável o reconhecimento do valor teórico e sistemático daquela concepção de lide, muito embora sua identificação com o mérito somente poderia ser aceita com alguns *reparos*. Isso porque nem sempre o *conflicto de intereses* é submetido ao Juiz em sua inteireza, visto que as partes é que decidem – de forma soberana – a porção do conflito a ser trazida à conhecimento do Estado. Aliás, seria mesmo possível afirmar que não existe processo integral - isto é, que contenha toda a lide existente - visto que não existem conflitos de interesses que não apresentem aspectos diferentes daqueles configurados pelos advogados ou, ainda, problemas secundários que as partes entenderam por bem ignorar. Por fim,

³¹⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 320.

³¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, vol I. p. 30.

³¹⁸ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso *in Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 122.

³¹⁹ BUZAID, Alfredo. **Do Agravo de petição** no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 95 e segs.

não há como compreender o objeto do processo como o conflito de interesses em sua realidade pura. É que, para o processo, mostra-se insuficiente a demonstração do conflito ao Juiz, visto que esse não o resolve da forma que mais achar justa.³²⁰

Continuando, o LIEBMAN aduz que o autor deve expor ao juiz as circunstâncias fáticas e jurídicas que provocaram o conflito, bem como pedir uma providência concreta, que considere adequada para o caso, de forma a satisfazer seu interesse. Ora, nem sempre o conflito é tão simples que possa comportar uma única solução; pelo contrário, poderá dar lugar à tantas soluções diferentes entre si que cabe ao autor realizar o diagnóstico concreto do caso e escolher aquela solução que melhor lhe sirva, apresentando-a ao juiz para exame. Esse último, por sua vez, fica ligado e limitado pela escolha do autor.³²¹

Em síntese, o conflito de interesses não entra para o processo tal qual manifestado na vida real, mas, sim, indiretamente, conforme a feição e configuração que lhe dá o autor em seu pedido. Por tudo isso, o Mestre conclui que Calamandrei estava certo ao afirmar que o conceito *caneluttiano* de lide tem natureza sociológica e, não, jurídica. O conflito de interesses existente fora do processo é a razão de ser ou, ainda, a causa remota, mas, não, o objeto do processo.³²² Nesse sentido, afirma que a lide se distingue rigorosamente do processo, sendo esse o *continente* e, aquela, o *conteúdo*.³²³ pode-se afirmar, com base na citada crítica *caneluttiana*, que

³²⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. O despacho saneador in LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 127 e segs.

³²¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. O despacho saneador in LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 129-130.

³²² LIEBMAN, Enrico Tulio. O despacho saneador in LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 130.

³²³ LIEBMAN, Enrico Tulio. O despacho saneador in LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 131. No mesmo sentido, Jose Luis ESTEVEZ entende que a teoria do conflito de interesses não pode ser aceita, porque padece do defeito de ser mais sociológica do que jurídica, além de deixar de fora as hipóteses de processos sem lide e não ser aplicável ao processo penal. Sua construção foi realizada sobre a noção de interesse, cuja compreensão é oscilante e imprecisa. (La teoría del objeto del proceso in **Anuario de derecho civil**. Madrid: Boletín Oficial del Estado. n. 2, vol. 2, 1949. p. 615-616). Não fossem essas críticas, a concepção *caneluttiana* de lide também merece *reparos* quando contrastada com as contingências atuais do processo, visto que se restringe ao âmbito privado, sendo insuficiente, portanto, para a compreensão das disputas que contrapõe interesses coletivos, difusos e questões ligadas ao próprio interesse do Estado ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 51. Disso decorre que a “ideia de lide, no sentido original, *caneluttiano*, está praticamente abandonada pela doutrina brasileira”. KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 166.

só muito secundariamente a composição do litígio constitui o objeto do processo.³²⁴

A despeito da crítica acima, encontra-se em Thereza ALVIM que o objeto litigioso é a lide, definida pela doutrinadora como o “conflito de interesses tal qual trazido à juízo e delimitado pela pretensão do autor.”³²⁵ Ainda, aduz que *deseja deixar claro que, em seu entender, “a lide somente existe no processo; é aquilo que, do conflito de interesses, é levado, perante o Estado-Juiz pelo autor, que lhe fixa os contornos para aplicação concreta da lei [...]”*³²⁶ CAMPOS, por sua vez, entende que o conceito de lide (junto com o de *questão*) é central no sistema processual brasileiro, a ponto de referir que as formulações *carneluttianas* constituem pontos de partida para a análise correta de institutos como a coisa julgada. Assim, mostra-se incorreto ignorar o tratamento técnico dado por aquele doutrinador aos conceitos de *lide* e de *questão*.³²⁷ LEAL, por fim, entende que a matéria de mérito define a lide a que se referia Carnelutti, visto envolver a litigiosidade entre as partes em torno de um bem da vida ou *res deducta in iudicium*. Nesse sentido, propugna que a lide constitua a qualidade ontológica do mérito ou, ainda, o discurso procedimental que narra o conflito e que tem raiz no espaço procedimental no *objeto mediato do pedido*, que é o mérito.³²⁸

3.1.2 Mérito e o *Complexo de Questões* (de Mérito)

Uma outra corrente de pensamento compreendeu o *mérito* como o complexo de *questões*, levando DINAMARCO a concluir pela confusão conceitual que esses realizaram entre o *mérito* e as *questões* de mérito.³²⁹ Com efeito, para LIEBMAN:

O conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em consequência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão formam, em seu complexo, o *mérito da*

³²⁴ ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Madrid: Aguilar, 1966. p. 135.

³²⁵ ALVIM, Thereza. **Questões prévias e limites da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 08.

³²⁶ ALVIM, Thereza. **Questões prévias e limites da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 09.

³²⁷ CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. p. 44-46.

³²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Primeiros estudos. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson. p. 113-114.

³²⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol I. p. 307.

causa [...]. Não se pode estabelecer qualquer regra sobre a ordem lógica em que as várias questões de mérito deverão ser examinadas: deverá o juiz, caso a caso, examina-las e resolvê-las na ordem que lhe parecer mais conveniente.³³⁰

Daí porque o Mestre coloca, dentro do mérito, as *questões* que influem na sua decisão.³³¹ Idêntica linha pode ser apontado em CARNELUTTI, para quem o mérito (na sua obra, o *fundo*) é o conjunto das questões materiais que apresenta a lide.³³² Em outras palavras, a decisão é a resolução das *questões do litígio*.³³³ Tanto o é que refere, expressamente, que o pronunciamento de fundo se vincula com o princípio pelo qual o juiz deva se pronunciar sobre toda a demanda, isto é, sobre *todas as questões que tenha de resolver a fim de acolher ou rechaçar as conclusões propostas por cada uma das partes*.³³⁴

Contudo, o doutrinador deixa claro que *questão* não é lide,³³⁵ eis que aquela consiste em dúvida acerca de uma razão: quando uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da discussão) possa engendrar dúvidas e, portanto, tenha de ser verificada, converte-se numa *questão*. Essa, por sua vez, pode ser definida como um ponto duvidoso, de fato ou de direito. Aquela, por sua vez, é um conflito de interesses, enquanto que as questões constituem conflitos de *opiniões*.³³⁶ Por isso, afirma que não só uma lide pode implicar em várias questões como, também, uma questão pode interessar a várias lides.³³⁷

Ao estudar a legislação italiana então vigente, GARBAGNATI concluiu que o julgamento de mérito decorre da análise da *fattispecie* constitutiva do direito controvertido. A palavra “mérito” é usada, pois, para indicar não todo o complexo de questões cuja resolução pode influir no conteúdo do provimento jurisdicional de

³³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Dinamarco Rangel. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 222-223. Em outra obra, entretanto, o Mestre associa o mérito do processo ao pedido, como será melhor visto abaixo.

³³¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 307.

³³² CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, vol. I. p. 37.

³³³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Funzione e composizione del proceso. Padova: Cedam, 1936, vol. I. p. 271.

³³⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Atti del processo. Padova: Cedam, 1938, vol. II. p. 131.

³³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, vol. I. p. 36.

³³⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Funzione e composizione del proceso. Padova: Cedam, 1936, vol. I. p. 353.

³³⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, vol. I. p. 37-38.

acertamento relativo à existência ou inexistência do direito controvertido, mas, unicamente, o grupo de questões relativos à existência do fato constitutivo do direito afirmado processualmente pelo autor e à interpretação da norma jurídica que serão aplicadas sobre aquele.³³⁸ Verifica-se, portanto, que o doutrinador entende como mérito um “grupo de questões” relativos aos fatos constitutivos, diferenciando-as, todavia, da *massa de questões* produzida em um processo.

MENESTRINA efetua a distinção, no processo, entre *pontos* – aqui significados pelos fundamentos ou defesas que tenham permanecido incontroversos no processo, isto é, que as partes – ou o juiz, de ofício - não tenham levantado dúvida a respeito – e *questões* – aqui significados pela contestação de um ou mais *pontos*. Assim, o *ponto* contestado se torna uma *questão*.³³⁹ O processo gera *pontos duvidosos* ao longo da sua tramitação, os quais são denominados de *questões* e que podem recair tanto sobre fatos sobre os direitos relativos à situação jurídica-material controvertida quanto sobre a própria regularidade do processo (condições da ação, pressupostos processuais), de onde se extrai a distinção entre questões substanciais e questões processuais. Pelo exposto, as questões relativas à relação material podem ser vistas como questões de mérito, muito embora não sejam, elas próprias, o mérito.³⁴⁰ PALERMO, por fim, compreende a *questão fundamental da causa* como mérito, determinando aquela pelo contraste entre as razões deduzidas pelas partes em cotejo com a relação de direito substancial objeto do juízo. Mérito da causa é, portanto, o conjunto das questões relativas à relação substancial deduzida em juízo, as questões preliminares de mérito e as questões prejudiciais salvo aquelas que digam respeito à competência.³⁴¹

Por isso, DINAMARCO critica a redação do inciso III do art. 458 do CPC/73, que refere que, no dispositivo da sentença, o *juiz resolverá as questões que lhe foram submetidas*, visto que, no seu entender, a resolução dessas *questões* já terá ocorrido na segunda parte (fundamentação) da sentença, pois nessa são decididas

³³⁸ GARBAGNATI, Edoardo. Questioni preliminari di merito e questione pregiudiziali. **Rivista di diritto processuale**. Padova: CEDAM, vol XXXI (II serie), p. 259-260, 1976. Do mesmo doutrinador, também em *Questione pregiudiziale in SANTORO-PASSARELLI, Francesco (dir). Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. p. 74.

³³⁹ MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel proceso civile**. Viena: Manz, 1904. p. 121-123.

³⁴⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 309-310.

³⁴¹ PALLERMO, Antonio. **Il processo di formazione della sentenza civile**. Milão: Giuffrè, 1956. p. 96-97.

todas as questões resultantes da controvérsia formada entre a *causa petendi* apresentada na petição inicial e *causa excipiendi* deduzida na contestação. O dispositivo, enquanto conclusão, constitui uma resposta do tipo *sim* ou *não* ao pedido formulado pelo autor, sendo que “isso não é resolver *questão*, mas decidir a pretensão mesma – ou, para quem preferir a linguagem *carneluttiana*, está aí a decisão da *lide*, ou sua *justa composição*”.³⁴² Observa-se, todavia, que o legislador manteve, ao regular os “*elementos essenciais*” no CPC/2015, o dispositivo como *locus* no qual ocorrem *resolução das questões submetidas ao juiz*, em redação praticamente idêntica àquela criticada pelo doutrinador em comento.

Conforme será visto abaixo, a legislação brasileira parece adotar a concepção de mérito como o complexo de questões de mérito, principalmente sob influência da doutrina de CARNELUTTI. Nesse momento, também será visto que a assimilação dessa doutrina também pode ser percebida na jurisprudência.

3.1.3 Mérito e *Demanda*

Entende-se por demanda o primeiro ato do processo, ou seja, aquele que dá origem à relação processual. A demanda constitui-se em ato realizado pelo autor do processo, com a intenção de o iniciar e que traz dentro de si, uma pretensão processual. Desse conceito, depreende-se claramente que demanda e pretensão processual constituem-se institutos diversos, sendo que o primeiro contém o segundo.³⁴³

É de DINAMARCO a advertência no sentido de apontar que as teorias que associam o mérito à demanda inicial não mostram muita preocupação por uma precisão conceitual em relação à expressão *demanda*.³⁴⁴ CHIOVENDA, por exemplo, afirma que pela sentença, o juiz recebe ou rejeita a *demanda* do autor.³⁴⁵ Em outro momento, entretanto, refere que o objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclama, assim como o próprio poder de

³⁴² DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 309.

³⁴³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 121.

³⁴⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 313.

³⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, vol. I. p. 198.

reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação.³⁴⁶ Transparece, portanto, na obra do doutrinador, três diferentes elementos sob o âmbito do objeto do processo (demanda, atuação da vontade da lei e ação), muito embora deva-se dizer que os dois últimos estão, topograficamente, situados dentro de subcapítulo com denominação “*objeto do processo*” enquanto que o primeiro, não. Nesse sentido, cabe referir que em outra obra o doutrinador volta a dizer que o objeto do processo é: **(i.)** a vontade concreta da lei, de cuja atuação e existência se trata e; **(ii.)** o poder de *pedir* essa atuação.³⁴⁷

CALAMANDREI, por seu turno, realizou conhecido estudo no qual revisitou criticamente o conceito *carneluttiano* de lide, demonstrando que a lide não se constitui no objeto imediato do processo. Ao efetuar uma reconstrução do conceito de lide das questões no pensamento *carneluttiano*, o doutrinador, conclui que o juiz não toma contato (ou ciência) com a lide tal qual ocorrida fora do processo, mas, sim, tão-somente com a sua porção colocada em evidência pela demanda do autor. Desse modo, o que é levado à presença do juiz não é a lide, mas, sim, a demanda, sendo certo que todos os problemas que devem ser resolvidos estão unicamente nessa última, sem necessidade alguma de ir mais além.³⁴⁸

Enfim, a associação entre mérito à demanda também é encontrada em MONTESANO quando refere que as sentenças de mérito são as que acolhem ou rejeitam a demanda, todas as demandas, uma ou alguma das demandas propostas no processo, apoiando-se, para tanto, no texto do art. 277 do Código de Processo Civil italiano de 1940.³⁴⁹ Encontra-se, em MICHELI, que constituem o objeto do processo o conteúdo das demandas propostas pelas partes. O doutrinador menciona, ainda, que a *pretensão* constitui o conteúdo objeto da demanda.³⁵⁰ GUILLÉN entende que *demanda* possui várias acepções no âmbito do processo,

³⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, vol. I p. 71.

³⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo I. p. 100.

³⁴⁸ CALAMANDREI, Pierro. El concepto de “litis” en el pensamiento de F. Carnelutti in **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Argentina, 1961. p. 290-291.

³⁴⁹ MONTESANO, Luigi. Questioni preliminari e sentenze parziali di merito. **Rivista di diritto processuale**. Padova: CEDAM, vol. XXIV (II Serie), p. 581, 1969. O dado relativo ao texto legislativo citado é importante, visto que, conforme o doutrinador, naquele se encontra a seguinte referência: “«il collegio nel deliberare sul merito deve decidere su tutte le domande»”.

³⁵⁰ MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1970. p. 36-37.

destacando que pode ser entendida como: **(i.)** ato de postulação; **(ii.)** objeto sobre qual versa o processo, ou seja, o conteúdo da pretensão que o autor faz valer por meio daquela e; **(iii.)** ato de incoação ou ato de iniciação (uma nova demanda promove um novo processo).³⁵¹

PISANI, enfim, destaca que o objeto do processo (e da coisa julgada) não constituem fato ou ato, mas sempre e somente o direito afirmado em juízo, o qual é determinado pelos três elementos clássicos – *tre eadem* (pessoas, pedido e causa de pedir). Assim, o objeto do processo é determinado com base na *demand* do autor.³⁵² Na mesma linha, aliás, MENCHINI, para quem o objeto do processo é a situação subjetiva afirmada com a demanda, cuja existência é pronunciada pelo juízo³⁵³ e, também, CARLI, ao dizer que a demanda determina o objeto do processo.³⁵⁴

DINAMARCO propõe alguns cuidados conceituais na associação de mérito à demanda. Ressalta que para os autores italianos, em especial os clássicos, a expressão “*domanda*” constitui o ato pelo qual o provimento jurisdicional é postulado (diferenciando-se da ação enquanto o *poder* de provocar o referido provimento). Nesse sentido, também explicita que, no direito alemão, “*Klage*” expressaria o pedido de tutela jurídica, diferente de “*Klagerecht*”, esse como o direito ao citado provimento. Para aqueles doutrinadores, portanto, pode-se falar em propositura da ação - não, da demanda - ou, ainda, de cúmulo de demandas - não, de ações - etc.,³⁵⁵ sendo que a demanda – enquanto exercício da ação processual³⁵⁶ - não

³⁵¹ GUILLÉN, Víctor Fairén. **Estudios de derecho procesal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 439.

³⁵² PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1996. p. 66-67.

³⁵³ MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milão: Giuffrè, 1987. p. 45. Ver, nesse sentido, GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 1958. p. 12-14).

³⁵⁴ CARLI, Carlo. **La demanda civil**. Buenos Aires: LEX, 1977. p. 116.

³⁵⁵ Veja-se, a respeito, o próprio texto normativo do CPC/2015, que emprega a expressão *demand* no sentido de processo (ver, exemplificativamente, o **art. 12, § 2º, III**, que faz referência ao incidente de resolução de demandas repetitivas; **art. 46, §§**, que faz referência aos domicílios nos quais o réu será demandado; **arts. 51 e 52**, que fazem referência às pessoas jurídicas de direito público neles mencionadas, na qualidade de demandados; **art. 75, § 2º**, que faz referência à pessoa jurídica de direito privado nele mencionado, na qualidade de demandado; **art. 138**, que trata da intervenção do *amicus curiae* tendo em conta o tema objeto da demanda, etc.) ou, ainda, de pedido (ver, exemplificativamente, o **art. 324, § 1º**, que trata da impossibilidade de o autor individualizar os bens demandados; **art. 492**, que veda a condenação do réu em objeto diverso do que lhe foi demandado).

³⁵⁶ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 86. Verifica-se, na doutrina, a distinção entre *demand* e *ação*, entendendo que *ação* constitui o poder de demandar a todos concedido de forma indistinta, enquanto que a *demand* constitui o exercício concreto

corresponde ao mérito da causa, mas, tão somente, o veículo de algo externo e anterior ao processo. “A demanda é fato estritamente processual [...]. Ela é apenas o veículo da pretensão do demandante, entendida esta como uma aspiração a um determinado bem ou a determinada situação jurídica [...]”.³⁵⁷

3.1.4 Mérito e Pretensão

A expressão *pretensão* foi utilizada, pela primeira vez em doutrina, por WINDSCHEID no século XIX, em estudo que efetuou sobre a *actio* romana em confronto com “*Klagerecht*” germânica. Nesse estudo, o doutrinador acabou por concluir que a pretensão nasce da lesão a um direito, sendo que, em face daquela, surge um direito contra o violador, *direito esse que ainda não é o direito de ação*. O doutrinador denomina de *Anspruch* essa *tendência* que todo o direito tem de sujeitar a vontade alheia ao império próprio, terminologia essa que foi traduzida na Itália por *pretesa*, nos países hispânicos por *pretensión* e, em Portugal e Brasil, por *pretensão*.³⁵⁸

As teses materiais sobre a constituição do objeto do processo decorrem da construção dogmática da pretensão material obtida na obra do aludido doutrinador: nela, o objeto é a própria pretensão material que é trazida à juízo por meio do exercício do seu direito de ação, o qual permite ao titular do direito violado agir jurisdicionalmente contra o respectivo violador. Assim, o doutrinador acabou por “identificar *actio* com o *direito*, agora a vincula à ideia de ‘exigência’ que o titular do direito poderá fazer a outrem”.³⁵⁹

[...] o conceito de *pretensão* proposto por Windscheid, nascera com o defeito congênito, agora revelado, de limitá-lo às ‘pretensões obrigacionais’, mantendo-se rigorosamente fiel às fontes do direito privado romano, que igualmente reduzia a *jurisdictio* às *ações* à tutela através da *actio*, não dos interditos, que seriam providências de natureza administrativa – provavelmente por serem, na

desse poder. (CARVALHO, Milton Paulo. **Do Pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 62-63). No mesmo sentido dessa distinção: COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 34-74.

³⁵⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 315.

³⁵⁸ FREIRE, Homero. Da pretensão ao direito subjetivo *in Estudos de direito processual in memoriam do ministro Costa Manso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965. p. 83.

³⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 174.

maior parte dos casos, provimentos *provisórios* – e, como consequência, não jurisdicionais.³⁶⁰

Em um segundo momento, entretanto, a doutrina processual acabou desvinculando a pretensão com a esfera de direito material e, ao ligar o mérito com aquela, acabou o concebendo, portanto, sob o ponto de vista puramente *processual*.³⁶¹ Nesse sentido, pode-se apontar WACH como o primeiro autor que desenvolveu o estudo da pretensão à tutela jurídica (“*Rechtsschutzanspruch*”)³⁶² demonstrando, por via do estudo da ação declaratória negativa, que poderia existir ação (processual) conferida a quem não tem direito (no plano material) e, dessa forma, apontando a autonomia da *ação processual* em relação ao direito material. Conforme o doutrinador, o objeto do processo não é, necessariamente, uma relação jurídica *litigiosa*; mais que isso, “*para que haya proceso y objeto procesal no es necesario que haya litis, ni antes del proceso ni durante el mismo*”.³⁶³

O doutrinador acabou definindo a “pretensão processual” como a exigência que o particular formula ao Estado, pedindo-lhe tutela processual,³⁶⁴ colocando o direito subjetivo do demandante como o objeto da demanda enquanto direito sobre o qual se busca a satisfação.³⁶⁵ Se “Windscheid foi o criador do conceito de pretensão em direito privado, Wach foi o criador do conceito de pretensão em direito no direito processual civil, pondo-o como objeto imediato do processo civil”.³⁶⁶ Não

³⁶⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 173.

³⁶¹ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**: (introducción). Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997. p. 180-181.

³⁶² RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 79. Para o doutrinador, “[...] el vocablo «*Anspruch*» en sí no es acción, sino *pretensión*, exigencia o derecho a algo. La nota de Pietro-Castro a mi entender, confirma que *Anspruch* es vocablo distinto de acción (*Klage*) [...]”. Também em RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40. Ainda, a Wach “[...] se le debe la doctrina del *Rechtsschutzanspruch* y a nadie se le há ocurrido, en este caso, traducir *Anspruch* por acción, sino *pretensión* o exigencia o por derecho”. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. **Cuestiones de terminología procesal**. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972. p. 48.

³⁶³ WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, vol. I. p. 41.

³⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 166. Nas palavras de WACH, “[...] el objeto de todo proceso es una pretensión, la pretensión de tutela jurídica, es decir, la pretensión del demandante, o en su caso del demandado, de que se conceda tutela jurídica procesal. El proceso es un medio para conceder la tutela jurídica justa, o visto subjetivamente: para satisfacer el interés legítimo en la tutela jurídica. Ese interés confiere pretensión al acto procesal de tutela”. WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, vol. I. p. 42.

³⁶⁵ WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, vol. I. p. 41.

³⁶⁶ BUZAID, Alfredo. Da liide: estudo sobre o objeto litigioso in **Estudos e pareceres de direito**

obstante as críticas que se seguiram à obra do doutrinador em comento, fato é que essa teve o mérito de demonstrar a autonomia do direito processual frente ao material, abrindo, por isso, um registro inteiramente novo na dogmática do processo civil moderno.³⁶⁷

Cabe referir, ainda, que, no plano legislativo alemão, a primeira vez que a expressão pretensão (“*Anspruch*”) aparece em um texto legislativo é no § 194 do BGB, para o qual configura-se como o direito de pretender de outrem um fazer ou não fazer. Ocorreu, entretanto, uma confusão conceitual da expressão porque essa também foi usada na Ordenança Processual alemã (ZPO) em seu § 281 (“*Anspruch*”). A ZPO usou, ainda, outros termos como sinônimos daquele: *Streitgegenstand* (§ 81), *Streitverhältnis* ou relação litigiosa (§ 118, III e 139, I), *streitiges Rechtsverhältnis* ou relação jurídica litigiosa (§§ 66 e 606).³⁶⁸

Essa imprecisão terminológica acabou sendo disseminada em outras legislações sendo, por vezes, usada no seu sentido processual e, por vezes, no seu sentido material, de forma a evidenciar a ausência de critérios seja qual for a norma analisada.³⁶⁹ Essa crítica remonta à CHIOVENDA, para quem a confusão deriva de uma série de questões infinitas e confusas sobre o conceito de pretensão (*Anspruch*), pois cada um o entende a seu modo. Para o doutrinador, aquele que trabalha com esse instituto deve dizer que significado pretende dar ao mesmo, chegando ao ponto de considera-lo indeterminado e infecundo.³⁷⁰ Nesse sentido, também MENDEZ alerta que a expressão *pretensão* acabou por adquirir as mais diversas significações e acepções a ponto de se encontrar, na doutrina, advertências de que cada autor deveria defini-la de forma prévia para que seu pensamento pudesse ser compreendido.³⁷¹

processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 94.

³⁶⁷ As críticas à doutrina de WACH não integram os limites do presente estudo, mas podem ser conferidas, com profundidade, em RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41-42.

³⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil.** São paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 77-78. O doutrinador adverte que os dispositivos se referem à ZPO anterior à importante reforma ocorrida em 1977. Por outro lado, a doutrina também rememora “[...] que o direito alemão muito deve, em torno do objeto litigioso, à existência e às imprecisões do conceito legal de *Anspruch* distribuído nos §§ 313, 118, 281 e 321 da ZPO”. ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações.** 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 105.

³⁶⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva.** Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 55.

³⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **L'azione nel sistema dei diritti.** Bologna: Nicolla Zanichelli, 1903. p. 44-49.

³⁷¹ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso.** Barcelona: Bosch, 1978. p. 85.

Em todo o caso, a doutrina germânica acabou realizando uma distinção rigorosa de pretensão de direito material (“*materiellrechtliche Anspruch*”) e a pretensão de direito processual (“*prozessuale Anspruch*”),³⁷² sendo que essa última corresponde a um conceito puramente processual e, conforme SCHWAB, reina completo consenso na doutrina a esse respeito. Para o doutrinador, a pretensão processual é o objeto litigioso do processo.³⁷³

A doutrina sobre a *pretensão processual* como objeto do processo pode ser agrupada sob duas grandes linhas, sendo que, uma delas, constata que o direito material vive no processo em um mero estado de afirmação e, por isso, aquela é constituída na *afirmação jurídica do direito material constitui o objeto do processo*. A segunda, por sua vez, se afasta totalmente do direito substantivo, entendendo que o objeto do processo constitui algo unicamente processual. Em outras palavras, embora ambas as linhas divisem a pretensão como algo diferente do direito material, o primeiro grupo não realiza um rompimento completo entre ambos, pois identifica a pretensão em um direito material *afirmado* (não, um direito material verificado). Já o segundo, efetua uma separação completa, não mais reportando a pretensão ao direito material (afirmado).³⁷⁴

Finalmente, cabe lembrar que no Brasil, PONTES DE MIRANDA não confere uma definição clara do seu conceito de mérito, muito embora diga o que deve estar contido na sentença de mérito, diferenciando-a da sentença de *não-mérito* por meio de analogia entre a distinção do *error in iudicando* do *error in procedendo*.³⁷⁵ O doutrinador preocupou-se mais com o estudo do conceito de *pretensão*, criticando a sua definição contida no § 194 do Código Civil alemão. Na sua ótica, tal conceito enquanto o “[...] *direito de exigir de outrem ato ou abstenção* está limitado às prestações de fazer e de não fazer, deixando de fora, portanto, pretensões de declaração e de constituição”.³⁷⁶ Por isso, entendeu que o dispositivo contido na lei alemã confundiu o direito e a pretensão, definindo o efeito pela causa.³⁷⁷

³⁷² TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. São paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 78.

³⁷³ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 05.

³⁷⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 129.

³⁷⁵ LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 82.

³⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. p. 60-61.

³⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller,

Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, “[...] dever corresponde a direito; obrigação, a pretensão”. A pretensão não tem a ver com eventual execução forçada, haja vista que essa última corresponde a *pedido* feito ao Estado, *com* ou *após* o exercício da pretensão à tutela jurídica.³⁷⁸ Assim, aduz que pretensão não é o direito, nem a ação (*a fortiori*) processual, muito embora seja *acionável* (mas, nem por isso, confunde-se com ação).³⁷⁹ “A pretensão contém a ação, que é exigência + atividade para a satisfação”.³⁸⁰ Ação e pretensão não se confundem porque essa última é acionável, muito embora possa não o ser.³⁸¹ A ação pode ocorrer tanto extrajudicial – ação material - quanto judicialmente – ação processual:

Dito de outra forma, a ação pode ser desenvolvida no plano material, correspondendo a um *agir contra o obrigado*, para a realização do direito e de forma independente da sua colaboração. Essa ação tem, como pressuposto, um direito material que preexiste ao referido *agir*. Ocorre, entretanto, que as sociedades modernas coíbem, salvo raríssimas exceções, a ação material, com vistas a evitar o caos e a desintegração das relações sociais. Daí porque a ação toma rumo, em

1998, tomo I. p. 69. Contudo, em outra passagem, o doutrinador refere que a pretensão se constitui na posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa (p. 68), o que levou outros pensadores à conclusão de que Pontes acabou por repetir o equívoco que levantou em relação à definição legal contida no Código Civil Alemão. (cf. KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão *in* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 167).

³⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. p. 67.

³⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. p. 68-69.

³⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. p. 63-64.

³⁸¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. p. 70. Também vale anotar a seguinte explicação: “Pode haver direito subjetivo sem que haja, ainda, ou não mais exista, a faculdade normal que seu titular deveria ter de poder exigir a observância e a realização do próprio direito. Se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há *status* que corresponde a tal categoria de direito das obrigações, porém, não disponho ainda da faculdade de *exigir* que meu devedor cumpra o dever correlato, satisfazendo a meu direito de crédito. No momento em que ocorrer o vencimento, nasce-me uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passa a dispor, que seja o *poder exigir* que meu devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Nesse momento, diz-se que o direito subjetivo, que se mantinha em estado de latência, adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de *pretensão*. A partir do momento em que posso exigir o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica, diz-se que o direito subjetivo está dotado de pretensão. Contudo, a partir daí, se meu direito de crédito não é efetivamente exigido do obrigado, no sentido de compeli-lo ao pagamento, terei, pelo decurso do tempo e por minha inércia, prescrita essa faculdade de exigir o pagamento. Haverá, a partir de então, direito subjetivo, porém, não mais pretensão e, conseqüentemente, não mais ação [...]”. BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 29, ano X, nov., p. 101, 1983.

regra, por meio do processo, sendo dirigida contra o Estado para que esse, provocado pelo interessado (autor), exerça a atividade jurisdicional e preste a respectiva tutela, dando resposta adequada ao pedido efetuado. Trata-se da *ação processual*, que corresponde a um *direito exigível* (=pretensão) e que nasce como decorrência da proibição da autotutela privada, pelo estabelecimento do monopólio da jurisdição. A esse *direito exigível* dá-se o nome de *pretensão de tutela jurídica*.³⁸²

Pelo exposto, o monopólio da jurisdição referido implicou em uma duplicação do direito de ação, que pode tanto ser a material (compelir o obrigado a adimplir a pretensão, raramente facultada ao titular), quanto a processual (que não é dirigida contra o obrigado, mas, sim, contra o Estado para que esse, por meio do juiz, pratique a ação cuja realização privada foi proibida pelo referido Estado).³⁸³ A pretensão processual visa uma tutela jurisdicional, que se traduz em *pretensão à sentença*. Cuide-se, entretanto, para a advertência de BAPTISTA DA SILVA no sentido de que a verdadeira essência da função jurisdicional não é o pronunciamento da sentença, visto que essa constitui apenas uma atividade-meio para a realização do direito material que o Estado impediu por via da auto-realização.³⁸⁴ É nesse contexto pode ser melhor compreendida a assertiva no sentido de que, quando “[...] se exerce a pretensão à tutela jurídica, exerce-se pedindo que se cumpra a promessa estatal de tutela jurídica. Tal exercício dá ensejo a que nasçam pretensões à sentença, pretensões processuais”.³⁸⁵ Por isso é que “[...] a pretensão de tutela jurídica, como a 'ação processual', nunca é improcedente, mas simples veículo para

³⁸² BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 29, ano X, nov., p. 114, 1983.

³⁸³ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. , n. 29, ano X, nov., p. 105, 1983.

³⁸⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 72.

³⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. p. 299. KIMMICH alerta, contudo, que, em outra passagem, PONTES DE MIRANDA parece confundir ação com pretensão à tutela jurídica, ao dizer que só há pretensão de tutela jurídica para aquele que tem o direito (KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 169). A passagem referida é: “a perda, na lide, pelo autor da ação pode consistir em se decidir que a ele não assistia pretensão à tutela jurídica «???»”, ou que, na espécie ou no caso, o remédio jurídico era impróprio”. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. p. 110.

se averiguar a procedência ou improcedência da *afirmação* sobre a *existência* do direito material invocado”.^{386 387}

No direito processual brasileiro, verifica-se que a expressão *pretensão* também foi introjetada nos textos legislativos adjetivos, ainda que de forma gradativa. Com efeito, aparece em 01 (uma) oportunidade no CPC/39; em 06 (seis) no CPC/73 e; 11 (onze) no CPC/2015:

No **CPC/39**, o **art. 201**, que dispõe que, a requerimento do réu, o juiz poderá absolver-lo da instância nos casos em que verificar interesse imoral ou ilícito do autor pelos fatos e provas nos quais o autor funda sua *pretensão*.

No **CPC/73**, verifica-se que a expressão aparece no **(i.) art. 14, III**, pelo qual as partes e seus procuradores não devem formular *pretensões* destituídas de fundamentos; **(ii.) art. 17, I**, que reputa litigante de má-fé aquele que deduzir *pretensão* contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; **(iii.) art. 288, I**, que autoriza pedido genérico quando a *pretensão* recai sobre alguma universalidade; **(iv.) art. 390**, que determina a arguição de falsidade de documento em petição, expondo-se os motivos que a parte funda a sua *pretensão*, bem como os meios de prova; **(v.) art. 527, III**, que possibilita o deferimento pelo Relator, em antecipação de tutela, da *pretensão* recursal e; **(vi.) art. 712**, que determina aos credores formularem suas *pretensões* acerca da disputa sobre o direito de preferência na entrega de dinheiro.

No **CPC/2015**, verifica-se que a expressão aparece no **(i.) art. 77, II**, pelo qual as partes e seus procuradores não devem formular *pretensões*, cientes de que destituídas de fundamentos; **(ii.) art. 80, I**, que reputa litigante de má-fé aquele que deduzir *pretensão* contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; **(iii.) art. 302, IV**, que impõe responsabilidade pela efetivação da tutela de urgência nos casos em que o juiz acolher a decadência ou prescrição da *pretensão* do autor; **(iv.) art. 343**, que autoriza ao réu formular *pretensão* própria na reconvenção; **(v.) art. 431**, que determina a arguição de falsidade mediante exposição dos motivos em que a parte funda a sua *pretensão*; **(vi.) art. 487, III, “c”**, que denomina de sentença de mérito aquela que homologa a renúncia à *pretensão* formulada na ação ou reconvenção; **(vii.) art. 557**, que veda, na pendência de ação possessória, a propositura de ação de domínio salvo se a *pretensão* for deduzida em face à terceira pessoa; **(viii.) art. 726, § 1º**, que trata dos requisitos da *pretensão* em dar conhecimento ao público do conteúdo da notificação; **(ix.) art. 792, I**, que trata da fraude à execução nos casos de alienação de bem sobre o qual pende ação fundada em direito real ou com *pretensão reiperçussória*; **(x.) art. 909**, que determina aos credores formularem suas *pretensões* acerca da disputa sobre o direito de preferência na entrega de

³⁸⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. , n. 29, ano X, nov., p. 102, 1983.

³⁸⁷ Contudo, em outra passagem da sua obra, PONTES DE MIRANDA refere que “a petição «inicial» é que determina o conteúdo e a extensão do procedimento [...]”. Essa assertiva auxilia a compreensão de outra, pela qual refere que, em relação à sentença “[...] há de corresponder à petição «inicial», pois é a petição que lhe determina a *classe* e a *medida*”. Enfim, aduz que o mérito é o *fundo da causa*, o *direito material que se quer aplicado*. (**Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. p. 301-302). Nessa medida, portanto, não parece que o doutrinador trate o tema *pretensão* como objeto do processo, especialmente se entender esse último como *mérito*.

dinheiro; **(xi.) art. 1.019, I**, que possibilita o deferimento, pelo Relator do recurso de agravo de instrumento, de antecipação de tutela da *pretensão* recursal.

Do acima exposto, mostra-se inegável que a expressão *entrou* para a linguagem jurídica-processual brasileira, sendo densificado seu uso com o passar do tempo. Contudo, ao ler os dispositivos processuais que a utilizam, verifica-se que, em todos eles, *pretensão* é utilizada como equivalente ao *pedido*.³⁸⁸ Tal aclimatação pode ter sido facilitada pelas teses processuais alemãs que compreenderam o pedido como objeto do processo, valendo, como exemplo, o magistério de SOUZA que não faz referência à *pretensão*, mas, sim, ao pedido e causa de pedir. Para o doutrinador, as teses processuais sobre a constituição do objeto do processo têm, como metodologia comum, o dualismo antes apontado. Contudo, também esclarece que:

[...] nem todas as teses processuais estruturam identicamente o objeto do processo, despontando na doutrina posições que reconduzem ao *pedido* – teses processuais unilaterais – e orientações que o referem ao *pedido* e à *causa de pedir* – as teses processuais bilaterais.³⁸⁹

Nesse sentido, a identificação do pedido (*petitum*) e *pretensão* processual³⁹⁰ também é encontrada em DINAMARCO, que *ora* sustenta que o objeto do processo é a *pretensão*, *ora* aduz que o referido objeto é o pedido. Com efeito, o doutrinador *empenha-se* “[...] em demonstrar a opinião de que o mérito é a *pretensão* trazida ao juiz, em busca de satisfação”.³⁹¹ Mais adiante, na *mesma* obra, refere que

³⁸⁸ Atenção, contudo: o *pedido* é o veículo da *pretensão*. “Ao formular o pedido, nele precisa o autor, em regra, incluir de modo expresso tudo que pretende”. Ainda: “em termos gerais, é possível distinguir, no pedido, um objeto *imediato* e um objeto *mediato*. Objeto *imediato* do pedido é a providência jurisdicional solicitada (ex: a condenação do réu ao pagamento de x); objeto *mediato* é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência (ex.: a importância de x). o objeto imediato (de *um* pedido) é sempre único e determinado. Não assim o *mediato*”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro** (exposição sistemática do procedimento). 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 12.

³⁸⁹ SOUSA, Miguel Teixeira. O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual). **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 81, vol. 292 (out/nov/dez), p. 143, 1985.

³⁹⁰ CARVALHO, Milton Paulo. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 76.

³⁹¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 323. Em *outro* artigo, refere que “[...] satisfaço-me em concluir quanto à *pretensão processual como objeto do processo*, excluídas as questões e excluído também que a lide ou a própria demanda inicial é que consubstanciem tal objeto. [...]. Se a *pretensão* que vem assim para ser alvo da medida judicial e constituir o mérito é representada pela afirmação ou pelo pedido, ou se a *causa petendi* também se considera incluía nela para esse efeito [...] – tais dúvidas constituem um desafio, a ser enfrentado convenientemente em nossa doutrina”. DINAMARCO, Candido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**. Rio de Janeiro:

“decididamente, tenho por objeto do processo somente o pedido, repudiando decisivamente a inclusão da causa de pedir”.³⁹² Assim, em que pesem as *variações* terminológicas, mantendo-se, todavia, o núcleo comum de identificar, no âmbito nacional, a pretensão processual com o *pedido* ou com o *pedido + causa de pedir* e, esses, por sua vez, com o exame de mérito ou do objeto litigioso.

Por fim, cabe trazer à lume crítica de MANDRIOLI à associação do mérito como *pretensão*, afirmando que a disputa em torno da identificação do objeto do processo, “*ancora viva*” na doutrina processual alemã e formulada em torno ou do pedido de um provimento com determinado conteúdo ou da afirmação de um direito, mostra-se pouco concludente, ao menos se levar em consideração, como pano de fundo, o direito positivo italiano.³⁹³ Também para MENDEZ, os estudos sobre o objeto do processo na sua perspectiva *processual* se mostram insatisfatórios em uma perspectiva dualista, porque não consegue obter uma compreensão uniforme da matéria. Isso ocorre porque não há unidade relativa à sua noção, sendo que a própria lei pode especificar diversas acepções do instituto. Para o doutrinador, uma concepção monista impõe, como ponto de referência, as relações entre direito e processo, ou seja, não se pode isolar o conteúdo do *processus iudicii* como algo distinto da própria atividade das partes e do juiz.³⁹⁴

Enfim, a crítica também pode ser encontrada em ESTEVEZ, para quem é incompleta a teoria que faz, da pretensão, o objeto do processo. Para o doutrinador, a pretensão é um ato do processo, razão pela qual não se compreende como possa ser, ao mesmo tempo, o objeto desse. Para o doutrinador, a pretensão constitui tema inexpressivo, já que o fundamental no processo é a resolução ou, ainda, a atividade prévia investigadora do juiz.³⁹⁵

Forense, ano IX, vol. 34, abril-junho, p. 45, 1984.

³⁹² DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 348.

³⁹³ MANDRIOLI, Crisanto. **L'azione esecutiva**. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo. Milão: Giuffrè, 1955. p. 94 (nota nº 215).

³⁹⁴ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1978. p. 272-273.

³⁹⁵ ESTEVEZ, Jose Louis. La teoría del objeto del proceso *in* **Anuario de derecho civil**. Madrid: Boletín Oficial del Estado. n. 2, vol. 2, 1949. p. 615-616.

a.) O mérito associado à relação jurídica controvertida, à situação jurídica substancial ou à afirmação de uma ação.

Essa concepção do mérito pode ser identificada naquilo que DINAMARCO denomina de *situações externas ao processo*, cuja compreensão está associada ao pensamento tradicional constante no brocardo *res in iudicium deducta*. “Res está aí por *relação jurídica substancial*, e a locução vale para designar a *relação jurídica controvertida em juízo*. O mérito, portanto, seria representado pela relação jurídica substancial controvertida pelas partes”.³⁹⁶ Em outras palavras, essa concepção não faz uma identificação pura e simples do mérito com pretensão material, concebendo-o como um conceito processual, todavia, apoiado em grande medida no direito material do qual extrai seu conteúdo. “*La afirmación de varios derechos materiales configuraría, por lo tanto, una acumulación de acciones; la afirmación de un derecho material distinto, una modificación del objeto litigioso*”.³⁹⁷

Uma das doutrinas mais expressivas, no âmbito dessa concepção, é a de LENT,³⁹⁸ em cuja obra pode ser verificada a compreensão de que o conteúdo da pretensão processual é determinado pelo direito material.³⁹⁹ Para o doutrinador, o núcleo do objeto do processo constitui-se na afirmação de um direito ou relação jurídica pelo autor. Em outras palavras, não é necessário que exista o direito material, sendo suficiente a sua *afirmação*.⁴⁰⁰ Disso decorre que:

*[...] no debe seguirse, sin embargo, que el objeto litigioso sea para LENT la pretensión material de § 194 del BGB. También él lo considera un concepto procesal. Para acreditarlo, basta su opinión de que el objeto del litigio [...] no es el derecho material como tal, sino la afirmación de un derecho o de una relación jurídica.*⁴⁰¹

LENT refere que a decisão do juízo se refere ao pedido formulado, muito embora esse somente decida o mérito após verificar se existe – ou não – o *direito*

³⁹⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 316.

³⁹⁷ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 06-07.

³⁹⁸ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 129.

³⁹⁹ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 13.

⁴⁰⁰ LENT, Friedrich. **L'oggetto della lite**. Parte prima: il procedimento di cognizione. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1963. p. 147.

⁴⁰¹ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 13.

substancial.⁴⁰² Ou, por outras palavras, “[...] a sentença recairá, necessariamente, sobre *Rechtsbehauptung* (afirmação jurídica) e sobre a consequência jurídica material; sendo assim, nessa doutrina importa sublinhar a *Rechtsbehauptung* (afirmação de Direito)”.⁴⁰³ Verifica-se, portanto, que o direito material adquire grande relevância dentro dessa concepção, muito embora não se confunda com o próprio *objeto* (ou direito afirmado).⁴⁰⁴

REDENTI realizou um apanhado das orientações relativas à concepção processual e material da pretensão enquanto objeto do processo, referindo que as múltiplas abordagens e diferenças doutrinárias se mostram insatisfatórias. Entretanto, reconhece inicialmente que existe uma conexão íntima entre o objeto e causa de pedir, a qual esvazia qualquer tentativa de discutir somente um desses elementos de forma *asséptica*, sem referência ao outro. Objeto e causa de pedir diferenciam um processo de outro, sendo que o que se denomina de *objeto* contém seu ponto de referência na *ação jurídica*. A causa de pedir, por sua vez, é um elemento cuja pureza é supérflua.⁴⁰⁵ Contudo, ao esmiuçar o tema relativo ao objeto do processo, aduz que a *ação (“ação-pretensão”)*⁴⁰⁶ investe o juiz para a cognição de eventuais motivos de impugnação e demais exceções eventualmente produzidas pelo réu, que se somam àquela para identificar o aludido objeto:

*[...] el objeto del proceso [...] viene, pues, a estar constituído en su conjunto por el quid (legítimo) disputatum inter partes [lo (legítimamente) disputado entre las partes] en el momento en que ese mismo proceso llega a decisión; y esse quid constituye el thema decidendum para el juez [...].*⁴⁰⁷

⁴⁰² LENT, Friedrich. **L’oggetto della lite**. Parte prima: il procedimento di cognizione. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1963. p. 150.

⁴⁰³ CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Objeto litigioso no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 31.

⁴⁰⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 129. Nessa linha, “[...] LENT [...] continuava a ammonire sulla impossibilità di rescindere del tutto il collegamento tra oggetto del processo e della decisione, da un lato, e diritto sostanziale, dall’altro lato”. MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civil**. Milão: Giuffrè, 1987. p. 25.

⁴⁰⁵ REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 272.

⁴⁰⁶ A expressão *ação-pretensão* utilizada é usada por Enrico REDENTI tendo em conta que, para o doutrinador, pretensão é o mesmo que ação na vida prática. A *pretensão em estado de controvérsia* é o que se propõe ao juiz como *objeto da litis*. (**Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 50).

⁴⁰⁷ REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 244.

Em outra passagem, porém, o doutrinador refere que a propositura de uma ação (pretensão) ou de uma exceção (pretensão) com o intuito de que se forme um juízo sobre essa é expressada pela locução *deduzir em juízo* (*res in iudicium deducta* ou coisa levada à juízo).⁴⁰⁸

FAZZALARI, por fim, refere que o objeto do processo pode ser visualizado a partir da relação de coordenação entre direito e processo, ou seja, entre desenvolvimento do processo e afirmação de uma *situação substancial*.⁴⁰⁹ Essa “comparece no ato introdutório do processo, sendo declarada pelo autor” na sua exposição dos fatos e dos elementos de direito que constituem as razões da sua demanda. Mas, com a citação, podem-se inserir outros atos concernentes à situação substancial, sendo que esses vão criando um contexto processual com consequências para os novos atos, bem como capaz de provocar certas consequências.⁴¹⁰

Mais especificamente, a existência do direito substancial deduzido *in limine* pelo autor não exaure o objeto de cognição do juízo, dado que é com o contraditório que se fornece ao juiz os elementos de convencimento.⁴¹¹ O objeto do processo abarca não só como afirmação do *fattispecie* e seus elementos de direito, mas, também, como outros elementos substanciais (lesão ao direito e legitimação).⁴¹² Ou, como refere TUCCI, “para fixar o conteúdo do objeto do processo, Fazzalari confessa preferir a orientação consolidada de há muito na doutrina peninsular, qual seja a que propala uma coordenação entre situação substancial e processo”.⁴¹³

Nessa linha, o doutrinador define os provimentos de mérito em sentido *lato* como aqueles que envolvem a cognição de mérito (isto é, o aspecto substancial deduzido), enquanto que, em sentido estrito, são somente os jurisdicionais que acolhem a demanda e invocam alguma das medidas reparadoras (declaração,

⁴⁰⁸ REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 60.

⁴⁰⁹ FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957. p.119.

⁴¹⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processo**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 331.

⁴¹¹ FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957. p. 138-139.

⁴¹² FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957. p. 127. Mais adiante, o doutrinador diz que não é difícil precisar em que consiste a coordenação entre a afirmação do autor, relativa à situação substancial preexistente e a legitimação para agir: entre essa afirmação e o poder jurisdicional (p. 132).

⁴¹³ TUCCI, Rogerio Cruz e. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, nº 60, ano XXIV, p. 68, 1994.

condenação, constituição), visto que essas desenvolvem efeitos substanciais no patrimônio das partes. Já a pronúncia de rejeição, entretanto, qualifica-se como “de rito” porque desenvolve efeitos somente no processo.^{414 415}

Por último, calha lembrar a doutrina de SANTOS para quem o objeto do processo é uma concreta pretensão de tutela judicial, entendendo, ainda, como *pretensão* (pressupondo-a como a processual) a afirmação de uma ou mais ações (porque podem ser várias ações afirmadas ainda que a pretensão seja uma só), que é o efeito de pretender uma tutela jurisdicional concreta, qual seja, uma sentença com determinado conteúdo. Para o doutrinador, a pretensão não configura o objeto do processo se considerada de forma puramente abstrata, como um *mero ato de pretender*, mas, sim, quando se encontra tingida com certos elementos. Em outras palavras, não é objeto do processo que o autor pretenda algo frente ao réu, mas, sim, que pretenda uma sentença com um conteúdo concreto em razão de determinados fatos e fundamentos jurídicos.⁴¹⁶

No Brasil, a concepção do mérito como o exame da relação jurídica substancial tem aderência junto a doutrinadores como BUENO, para quem:

[...] aquilo que o Código de Processo Civil chama de “lide” ou “mérito” (como, por exemplo, nos arts. 5o, 128, 267, 269, 301, 325, 462, 468, 470, 471, 474, 798, 808, III, e 1.039, II) – e o faz em função de lições doutrinárias que, historicamente, influenciaram a evolução do estudo do direito processual civil entre nós –, e que alguns autores chamam de “objeto litigioso”, deve ser entendido como o reconhecimento, pelo Estado-juiz, do direito que autoriza a

⁴¹⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processo**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 441-442. Para o doutrinador, “os provimentos de rito são aqueles que incidem somente sobre o processo e não sobre o mérito; eles podem também ser qualificados [...] como jurisdicionais, mas somente *lato sensu* (de fato, não realizam medidas jurisdicionais)”. (p. 493).

⁴¹⁵ Muito embora o autor dê a impressão, em outra passagem, de associar o mérito ao complexo de questões de mérito - ver item “**3.1.2 Mérito e o Complexo de Questões (de Mérito)**” É o que transparece nesse trecho: “[...] o ‘juízo de mérito’ – isto é, a resolução da *quaestio* ou das *quaestiones* de mérito (aquelas preliminares e aquelas finais) – que precede o ‘comando’ e é exposto na ‘motivação’ não tem eficácia na esfera substancial, mas sim no interior do processo [...]”. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processo**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 526.

⁴¹⁶ SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 27-28. A lição é sintetizada da seguinte forma: “*Concretando algo más, cabe decir que el objeto principal y necesario del proceso es la concreta acción afirmada (por el demandante); o, si se prefiere: es objeto de un proceso el derecho a aquella concreta tutela jurisdiccional que el actor afirma que el juez debe otorgarle frente a cierto demandado. La materia o el “tema” que se debatirá en ese proceso es, cabalmente, si debe o no concederse al demandado esa tutela jurídica que solicita*”. SANTOS, Andres de la Oliva; FERNANDEZ, Miguel Angel. **Lecciones de derecho procesal**. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1985. p. 13.

prestação da tutela jurisdicional, isto é, do direito que, tal qual reconhecido, merece proteção (tutela) do Estado-juiz.⁴¹⁷

O doutrinador refere, ainda, que a decisão de *mérito* deve ser entendida como *indicativo* de concessão de tutela jurisdicional (se, efetivamente, será concedida, será *questão diversa*), pois nem sempre essa reconhecerá o direito afirmado pelo autor.⁴¹⁸ Fica claro, portanto, que, para o doutrinador, o objeto do processo (*mérito*) está ligado ao direito *afirmado*.

NOGUEIRA, por sua vez, refere que o direito subjetivo, a pretensão de direito material e, também, a ação de direito material ingressam no processo como *res in iudicium deducta*, integrando o objeto litigioso do processo, isto é, “o âmbito de abrangência da decisão do juiz em função dos pedidos formulados pelo autor”. É o reconhecimento – ou não – da existência da pretensão de direito material deduzida que refletirá na procedência – ou não – da demanda.⁴¹⁹

Enfim, faz-se anotação à crítica de LIEBMAN à concepção da pretensão como *afirmação* de um direito material. Para tanto, refere que essa identificação não se mostra adequada uma vez que é pelo processo que é averiguada a existência – ou não – dessa. Assim, pergunta: - caso chegue-se à conclusão de que aquela não existe, onde estaria, então, o objeto? Mesmo que fosse deslocada a discussão para dizer que o objeto do processo é a afirmação da existência dessa relação, então a definição seria frustrada pelo processo de execução, constituindo-se de forma muito vaga na visão do doutrinador.⁴²⁰ Nesse sentido, também SCHWAB efetua a crítica à concepção material (referindo-se expressamente à obra de LENT), haja vista que, em sua ótica, o que interessa ao autor é a condenação do demandado, não importa o motivo. Se a concepção material do objeto litigioso fosse correta, então o juiz estaria obrigado e perguntar ao autor, em toda a ação de prestação, se deseja

⁴¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vil. I. p. 334.

⁴¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. I. p. 334-335.

⁴¹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O conceito de pretensão à luz da teoria do fato jurídico e sua influência sobre o direito processual *in* DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 522.

⁴²⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. O despacho saneador *in* LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 131-132. A crítica é saudada por DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 316.

condenar o demandado em virtude de um determinado critério ou vários, ou se lhe é indiferente o critério que servirá de fundamento para a condenação.⁴²¹

b.) A concepção puramente processual do objeto do processo.

O outro grupo de doutrinadores identificam o objeto do processo com a pretensão processual, ou seja, compreendem que tal objeto como um fenômeno de natureza processual que não deve ser identificado com *pretensão de direito material*.⁴²² Nesse contexto, GOLDSCHMIDT refere que o objeto do processo civil é unicamente uma pretensão de tutela jurídica formulada pelo autor. Não pode ser admitido, conforme o referido doutrinador, que o réu tenha uma pretensão de tutela jurídica independente.⁴²³ Também pode ser referido ROSENBERG, precursor da doutrina sobre a *pretensão processual*, aduzindo que a ZPO utiliza a expressão objeto litigioso (*Streitgegenstand*) em diferentes sentidos, ora como direito ou relação jurídica, ora como objeto da pretensão processual, mas, quase sempre, como sinônimo de pretensão (*Anspruch*).⁴²⁴ Conclui no sentido de que a pretensão referida pelo aludido caderno de regras não é a mesma que a referida pelo BGB.⁴²⁵

Na determinação do conceito de pretensão processual torna-se necessário examinar de forma separada as atividades do autor e do juiz. Nesse sentido, o doutrinador conclui que cabe ao autor indicar o objeto e o fundamento da pretensão reclamada, formulando um pedido determinado. Assim, o autor postula um determinado efeito jurídico ou uma *afirmação* do efeito jurídico, sobre a qual suscita uma decisão, suscetível de coisa julgada. Já o juiz tem o direito e o dever de verificar, sob cada um dos seus pontos-de-vista jurídicos, o estado de fato apresentado pelo autor e, assim, sua afirmação de direito, desde que não verifique ausência de algum

⁴²¹ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1968. p. 26-27. E conclui dizendo que tampouco “[...] incumbe al actor reclamar una condena fundada en criterio determinado. A él le corresponde alegar los hechos y presentar una solicitud, que debe estar determinada en cuanto a los hechos y no en cuanto al derecho. [...] Esta concepción es la única que responde al viejo principio: Da mihi factum, dabo tibi ius. Eso sí, es deber del tribunal elegir de entre las pretensiones materiales que justificarían la condena aquella que será más favorable al actor y que presente ventajas sobre las demás”. (p. 27).

⁴²² SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1968. p. 3.

⁴²³ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 03.

⁴²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 109.

⁴²⁵ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso *in Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 96.

pressuposto processual, inadmissibilidade da via judiciária e a incompetência. Por isso, o objeto litigioso não consiste em fatos, mas, sim, no pedido jurídico deles derivado, constante da pretensão.⁴²⁶

Dada, por exemplo, a possibilidade de uma demanda possessória ser reconhecida como restitutória ou uma demanda de devolução de dinheiro (mútuo) ser tomada como uma relação de sociedade, etc., deve-se admitir que a pretensão processual deduzida é sempre a mesma no processo, sendo-lhe indiferente que o ator alegue uma pretensão de direito civil decorrente de posse ou de empréstimo. Daí porque não é a justificativa relativa à propriedade ou ao empréstimo ou à sociedade que transita em julgado. É a exigência baseada na situação de fato apresentada que constitui o objeto litigioso ou pretensão, não sendo possível confundí-la com a respectiva qualificação jurídica.⁴²⁷ Dito de outro modo, o objeto do processo não é nem a relação jurídica material deduzida em litígio e, tampouco, o bem concreto da vida afetado pelo processo, já que esses poderiam aparecer de forma indistinta em uma multiplicidade de processos diferentes, sem significação objetiva especial. A relação jurídica material e o bem da vida constituem instrumentos ou suportes que servem para apoiar o verdadeiro elemento objetivo, que é a pretensão.⁴²⁸

*[...] debe definirse esta pretensión 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.*⁴²⁹

Para ROSENBERG o objeto litigioso é determinado pelo *estado de coisas* e pelo *pedido* ou por esse de forma exclusiva. Entretanto, nenhum desses elementos

⁴²⁶ BUZAID, Alfredo. Da lição: estudo sobre o objeto litigioso in **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 96-97. “A diferencia de LENT, ROSENBERG determina el objeto litigioso, también en cuanto a su contenido, según criterios puramente procesales. Su concepto no puede definirse en términos de derecho material”. SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1968. p. 39.

⁴²⁷ ROSENBERG, Leo. **Derecho procesal civil**. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1958, tomo II. p. 35. Ou, de forma mais resumida: “[...] Rosenberg [...] prospetta una nozione di Anspruch processuale del tutto indipendente dalle figure sostanziali”. MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civil**. Milão: Giuffrè, 1987. p. 29.

⁴²⁸ ROSENBERG, Leo. **Derecho procesal civil**. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1958, tomo II. p. 35

⁴²⁹ ROSENBERG, Leo. **Derecho procesal civil**. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1958, tomo II. p. 35.

é o objeto litigioso *per se*, sendo, esse último, a petição do autor dirigida a obter a declaração, suscetível de autoridade de coisa julgada, de uma consequência jurídica, sendo essa determinada pelos elementos acima citados.⁴³⁰ Esse doutrinador foi um dos últimos processualistas alemães a utilizar o conceito de *pretensão*, pois, a partir de então, os doutrinadores alemães passaram a recorrer a outro conceito, mais restrito e relativo ao pedido (e respectiva causa de pedir) para individualizar o objeto litigioso.⁴³¹

NIKISCH compreendeu o objeto litigioso como a afirmação de um direito pelo autor, sobre o qual peticiona uma resolução suscetível de autoridade de coisa julgada, mas, diferentemente de ROSENBERG, não como a petição *per se*. O objeto litigioso não poderia ser outra coisa que a afirmação que o autor faz de um direito, enquanto que a petição serve para delimitar a afirmação do direito efetuada pelo autor.⁴³² A sua contribuição deriva da concepção de objeto litigioso determinado pelo pedido da ação (*“Klageantrag”*), que é a afirmação do direito reclamado pelo autor e sobre a qual se pronuncia o juiz mediante sentença passível de adquirir autoridade, afastando-se nesse sentido de LENT, porque não importa, em seu conceito, se o direito afirmado existe ou não.⁴³³

Importante destacar que, para o doutrinador, o “[...] objeto litigioso encontra-se na afirmação de um direito apresentada pelo autor, sobre a qual pede uma decisão passível de coisa julgada, mas não propriamente o pedido”.⁴³⁴ Assim, a partir de NIKISCH, verifica-se, na Alemanha, uma concentração da investigação da pretensão processual enquanto conceito puramente *processual*, enfatizando-se o pedido (*“Antrag”*) como cerne do objeto litigioso e assumindo, a causa, papel secundário, de individualização do pedido em alguns casos.⁴³⁵ Aliás, também em SCHÖNKE encontra-se que o objeto litigioso é somente a afirmação jurídica exposta e, não, a afirmação sobre a existência da pretensão material. Para este último, o

⁴³⁰ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 40.

⁴³¹ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso *in* **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.

⁴³² SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 59-60.

⁴³³ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 114.

⁴³⁴ CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Objeto Litigioso no Processo Civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 64.

⁴³⁵ ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 114.

objeto litigioso não corresponde à solicitação de tutela jurídica, porque essa não pode ser acolhida ou rejeitada pelo juiz ou, ainda, reconhecida (ou não) pelo réu.⁴³⁶

GUASP, por sua vez, parte da premissa de que o processo pode ser definido como uma instituição jurídica destinada à satisfação de uma pretensão, sendo que esta acaba por determinar o verdadeiro objeto daquele. O doutrinador refere, especificamente, que a essência do processo contém um elemento objetivo básico e logicamente possível, que é a reclamação que uma parte dirige à outra diante do Juiz. Em torno dessa reclamação é que giram todos os demais elementos (vicissitudes) processuais. Essa reclamação não é outra coisa senão a pretensão processual.⁴³⁷

O doutrinador conceitua pretensão como uma declaração de vontade pela qual é solicitada uma atuação de órgão jurisdicional frente à pessoa determinada e distinta daquela que efetuou a referida declaração. Seu conteúdo pode ser apreendido por meio de duas dimensões: **(i.)** dimensão qualitativa, composta pela *consistência* dos sujeitos que nela intervém (partes da relação), pelo objeto sobre o

⁴³⁶ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso *in* **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98. Nas palavras de SCHÖNKE: "Forma o conteúdo da demanda a ação processual. Ação, no sentido do Código Processual (objeto litigioso), é a afirmação jurídica feita pelo autor". (SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil**. Trad. Karina Andrea Fumberg. Campinas: Romana, 2003. p. 224).

⁴³⁷ GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, vol. I. p. 211. Ver também ARAGONESES, Pedro. **Sentenças congruentes**. Pretensión, Oposición, Fallo. Madrid: Aguilar, 1957. p. 17 e, também, em ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**: (introducción). Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997. p. 158 e segs. Observa-se, entretanto, que Francisco MENDEZ refere que a obra de GUASP, por elaborar um conceito exclusivamente processual de pretensão, exerceu grande influência sobre os doutrinadores de fala espanhola, dando inúmeros exemplos. (**Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1978. p. 85-86). Assim, por exemplo, ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**: (introducción). Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997. p. 114; PALACIO, Lino Enrique. **Derecho procesal civil**: nociones generales. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, vol. I. p. 379-381. CASTILLO, entretanto, criticou a doutrina de GUASP, entendendo, dentre outros, que o doutrinador: **(i.)** não labora com os conceitos de *litígio* e de *ação*, colocando a *pretensão* em uma altura muito superior àquela que, em rigor, lhe corresponde. Nessa medida, a colocou como objeto do processo em termos de manifesta vagueza e isso, de tal modo, que se a desconectar do seu destinatário (juiz), não há como diferencia-la de outras petições jurídicas destinadas a outros órgãos (inclusive no campo administrativo); **(ii.)** coloca a pretensão dentro do processo e, assim, esse surge sem um verdadeiro pressuposto que o explique e; **(iii.)** o conceito cuja valoração sistemática é obtida por meio da pretensão podem ser explicados prescindindo-se essa última; **(iv.)** a tese unitária do direito processual (também propugnada por CASTILLO) pode ser defendida com sólidos argumentos sob outros ângulos que não o da pretensão. (cf. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Mexico: Universidad Autónoma de Mexico, 1992, tomo I. p. 428-431. Também se encontra lição no sentido de que um erro básico de GUASP fora entender que a pretensão podia ser, ao mesmo tempo, um ato do processo e um objeto do processo, havendo um manifesto absurdo lógico pois um ato não poderia ser ao mesmo tempo objeto de todo o processo. (AROCA, Juan Montero; CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. El juicio ordinario. Guatemala: Magna Terra, 1998, vol. I. p. 107).

qual recai (bem da vida) e, também, pela indicação da atividade em ela se traduz (petição juridicamente significativa, isto é, uma reclamação de algo que se pede porque é afirmada sua coincidência com o ordenamento jurídico, seu fundamento ou causa de pedir) e; (ii.) dimensão quantitativa, relativa ao seu valor econômico.⁴³⁸

ECHANDIA, por sua vez, entende que a pretensão é o objeto da demanda, sendo, portanto, um erro confundir ambos os conceitos. Comunga com a explicação de ROSENBERG, referindo que sobre o mesmo objeto litigioso pode subsistir várias pretensões (diferentes ou análogas entre si), todas com diferentes fundamentos (ou causas), sendo que isso as diferenciaria claramente entre si. O doutrinador também adere à doutrina de GUASP, no sentido de identificar uma distinção clara entre a *pretensão processual* – que tem por destinatário o órgão jurisdicional – e a *civil* – dirigida contra o particular “*pues si bien aquella se formula frente ao demandado y contra él mismo en los casos de demanda de condena o ejecutiva, esta va dirigida al juez que debe examinar, calificar y declarar o rechazar, según el caso*”. Enfim e ainda sintonizado com GUASP, aduz que a pretensão compreende tanto o objeto litigioso (a coisa ou bem reclamado) quanto a *afirmação* de que esse coincide com a norma jurídica cuja atuação é requerida: a pretensão é, pois, uma declaração petitória.⁴³⁹

Faz-se, ainda, uma anotação relativa à crítica de LIEBMAN sobre a concepção da pretensão como *afirmação* de um direito material. Esse doutrinador refere que a identificação não se mostra adequada uma vez que é pelo processo que é averiguada a existência – ou não – da mencionada afirmação. Assim, pergunta: - caso chegue-se à conclusão de que aquela não existe, onde estaria, então, o objeto? Mesmo que fosse deslocada a discussão para dizer que o objeto do processo é a afirmação da existência dessa relação, a definição seria frustrada pelo processo de execução, constituindo-se de forma muito vaga na visão do doutrinador.⁴⁴⁰ Nesse sentido, também SCHWAB efetua a crítica à concepção

⁴³⁸ GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, vol. I. p. 224-227.

⁴³⁹ ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Madrid: Aguilar, 1966. p. 217 e, também, em **Compendio de derecho procesal**. Teoría general del proceso. 4. ed. Bogotá: ABC, 1974. p. 189.

⁴⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. O despacho saneador *in* LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudios sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 131-132. A crítica é saudada por DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 316.

material (referindo-se expressamente à obra de LENT), haja vista que, em sua ótica, o que interessa ao autor é a condenação do demandado, não importa o motivo. Se a concepção material do objeto litigioso fosse correta, o juiz estaria obrigado e perguntar ao autor, em toda a ação de prestação, se deseja condenar o demandado em virtude de um determinado critério ou vários, ou se lhe é indiferente o critério que servirá de fundamento para a condenação.⁴⁴¹

3.1.5 Mérito e Pedido

SCHWAB é o representante mais significativo da corrente doutrinária que associa o objeto do processo ao *pedido*. De início, o doutrinador refere que a pretensão de que trata o ZPO se trata de um conceito puramente processual, sendo que essa é o objeto litigioso: ambos os conceitos são sinônimos, podendo ser utilizados de forma indiscriminada, ainda que, sob o ponto de vista do seu conteúdo, possuam distintos significados (a pretensão expressa um desejo ou a petição do autor, enquanto que o objeto litigioso se constitui em um conceito neutro, objetivado).⁴⁴²

Desenvolvendo seu raciocínio, aduz que o pedido é o único elemento de individualização do objeto do processo,⁴⁴³ extraíndo suas conclusões do exame da matéria a respeito do cúmulo de ações para referir que a questão em torno da existência de unidade ou pluralidade de pretensões processuais somente. Essa somente poderia se prestar para dúvidas havendo uma demanda com um pedido único já que, havendo vários pedidos em uma demanda, haverá *cúmulo de ações*. Para explicar seu raciocínio, toma como base um exemplo no qual o autor reclama, do réu, mil marcos com base em duas causas (dois fatos distintos), qual sejam, **(i.)** compra e venda com entrega de mercadorias e; **(ii.)** reconhecimento, pelo réu, da

⁴⁴¹ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 26-27. E conclui dizendo que tampouco “[...] incumbe al actor reclamar una condena fundada en criterio determinado. A él le corresponde alegar los hechos y presentar una solicitud, que debe estar determinada en cuanto a los hechos y no en cuanto al derecho. [...] Esta concepción es la única que responde al viejo principio: Da mihi factum, dabo tibi ius. Eso sí, es deber del tribunal elegir de entre las pretensiones materiales que justificarían la condena aquella que sera más favorable al actor y que presente ventajas sobre las demás”. (p. 27).

⁴⁴² SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 03-04.

⁴⁴³ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 140.

dívida. Não há dúvida de que essa demanda contenha um só pedido, baseado em dois *sucessos* (leia-se, fatos). O pedido é de pagamento dos mil marcos, que se pedem uma única vez, não duas. O pedido é fundado, portanto, no *estado de coisas*, nos *sucessos*, sendo que a cada um desses corresponde uma pretensão material.⁴⁴⁴

Com esse exemplo, o doutrinador examinou as diferentes teorias sobre o cúmulo de ações e determina que a única explicação no caso é a que explicita subsistir uma única pretensão processual ou objeto litigioso, pois o juiz não terá de ditar, no caso, mais de uma resolução.⁴⁴⁵ O pedido do autor é que dará a pauta da - existência de unidade ou pluralidade «de pretensões»,⁴⁴⁶ não havendo qualquer auxílio factual, portanto. Daí porque conceitua o objeto litigioso como a petição de uma resolução judicial assinalada pelo *pedido*.⁴⁴⁷

O cerne teórico de Schwab está na concepção do objeto litigioso enquanto conclusão a ser feita pelo autor e expressa no pedido; os fatos fundamentadores do pedido sairiam fora, ficariam à margem, desobstruindo o objeto litigioso. No entanto, nos casos duvidosos, a respeito de pedidos contidos em dois processos diferentes, os fatos poderiam auxiliar na distinção das conclusões; em relação à sentença, contudo, Schwab volta aos fatos. Isto pode ser aferido quando Schwab, no § 15 da monografia, fala em "efeito de exclusão" (die Ausschlusswirkung) A pergunta inaugurando o § 15, na famosa tese de Schwab, sinaliza para a evidente importância atribuída aos fatos, agora, interessando à sentença e à coisa julgada.⁴⁴⁸

“Até hoje sua *teoria* constitui tema disputado nos livros especializados alemães, considerada *moderna*, ousada, auge publicístico – processual”,⁴⁴⁹ muito embora sofra críticas como a elaborada por HABSCHEID (ver conteúdo relativo à nota de rodapé n. 460, *supra*) e mesmo de doutrinadores como ASSIS, para quem

⁴⁴⁴ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 101-103.

⁴⁴⁵ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 116.

⁴⁴⁶ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 242.

⁴⁴⁷ SCHWAB, Karl Heiz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 263. E conclui: “*La solicitud del actor contiene la petición de una determinada resolución judicial. A su lado, el estado de cosas, el suceso, carece de significado autónomo; no es parte del objeto litigioso. Sólo en algunos casos sirve para individualizarlo, sin llegar por ello a ser elemento de él. Por lo demás, su única función consiste en fundar la demanda*”.

⁴⁴⁸ CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Objeto litigioso no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 109.

⁴⁴⁹ CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Objeto litigioso no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 106.

“das teses examinadas, a de Schwab se mostra inconciliável, totalmente, à disciplina legal vigente no direito brasileiro, [...]. E a objeção calha, decerto, ao direito germânico [...]”.⁴⁵⁰

No Brasil, encontra eco, todavia, em SANCHES, para quem “[...] pelo menos no processo civil brasileiro, a lide submetida a juízo pelo autor, com sua *pretensão processual*, fica limitada ao *pedido* por ele formulado [...]”.⁴⁵¹ Para o doutrinador, esse objeto pode ser aplicado ou modificado tanto pelo autor - quando, por exemplo, *emenda* sua petição inicial - quanto pelo réu – quando formula pretensão processual contra o autor por meio da reconvenção.⁴⁵² “Mas, de qualquer maneira, o *objeto litigioso do processo*, aquele sobre o qual versará o *judicium* (não apenas da *cognitio*) é limitado sempre por um desses *pedidos* do autor, do réu ou de terceiro”.⁴⁵³ Nesse sentido, vale anotar a referência de MOREIRA, para quem “através da demanda, formula a parte um *pedido*, cujo teor determina o objeto do litígio [...]. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido do autor [...]”.⁴⁵⁴ DINAMARCO, por sua vez refere que “decididamente, tenho por objeto do processo somente o pedido, repudiando decisivamente a inclusão da causa de pedir”.⁴⁵⁵

Ainda, pode ser verificado na obra de LIEBMAN, que também associa o pedido ao objeto do processo: “o *pedido do autor é o objeto do processo*” em suas palavras, visto que, para o doutrinador, todo o desenvolvimento do processo consiste em dar seguimento ao pedido e o poder jurisdicional se desincumbe da sua função ao proferir os atos que atendem àquele.⁴⁵⁶ Outros doutrinadores que se perfilham à

⁴⁵⁰ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 117.

⁴⁵¹ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo *in Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 16, ano VI, julho, p. 153, 1979.

⁴⁵² SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo *in Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 16, ano VI, julho, p. 153-154, 1979.

⁴⁵³ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo *in Revista da AJURIS*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 16, ano VI, julho, p. 153-154, 1979. (os itálicos constam no original).

⁴⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro** (exposição sistemática do procedimento). 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 11.

⁴⁵⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 348.

⁴⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. O despacho saneador *in* LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. p.132. E mais adiante conclui: “Pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito [...]. Esse conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, [...] representa seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a *lide*, ou seja, o mérito da causa”. (p. 135). O doutrinador também se posiciona nesse

orientação em causa são MARQUES e CARVALHO.⁴⁵⁷ Por fim, vale trazer a lição de LACERDA, para quem o mérito constitui-se na propriedade de o pedido conformar-se – ou não – com o direito (e, em consequência, ser acolhido ou rejeitado). Para o doutrinador, todo o juízo de valor sobre o pedido constitui sentença de mérito.⁴⁵⁸

3.1.6 Mérito Como Pedido e Causa de Pedir

Outra corrente doutrinária, porém, concebe o objeto do processo a partir do *pedido e causa* de pedir.⁴⁵⁹ Nessa linha, pode-se referir HABSCHEID, que polemiza com a tese de SCHWAB, entendendo-a *simplista* pois não corresponde ao direito positivo e nem à realidade do processo. Para o doutrinador, o objeto do processo é composto de duas partes: (i.) pretensão (*Rechtsbehauptung*) do autor, que aparece em sua conclusão e compreende tanto o direito substancial quanto o material e; (ii.) o estado de fato (*Lebenssachverhalt*), no qual baseia sua pretensão.⁴⁶⁰ Ao examinar a legislação processual alemã vigente, confere um especial destaque para a *causa*, enquanto é um elemento necessário à demanda, no que diverge explicitamente de SCHWAB, que será abaixo vista. Esse último entendeu que a causa serve apenas

sentido em outra obra (**Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Dinamarco Rangel. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 222 e p. 251).

⁴⁵⁷ MARQUES, Jose Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000, vol III. p. 35. CARVALHO, Milton Paulo de. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 123.

⁴⁵⁸ LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 83. Nessa linha, também CAMARA, para quem o mérito da causa é a declaração de procedência ou de improcedência do pedido: “[...] havido exame de material probatório, a fim de se verificar se as alegações contidas na petição inicial eram mesmo verdadeiras ou não, estar-se-á diante de um promérito de mérito (de procedência ou de improcedência do pedido)”. (CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 38-39). O doutrinador compreende o pedido como a “[...] manifestação processual de uma pretensão (entendida a pretensão como a intenção de submeter o interesse alheio ao próprio)”. (p. 190).

⁴⁵⁹ “O objeto litigioso será, pois, constituído pela afirmação do autor (objeto da pretensão) e pelo fato da vida (fundamento da pretensão). A determinação do objeto litigioso é um ato obrigatório de disposição do autor. O objeto da pretensão resulta essencialmente do pedido, podendo ser necessário, para a sua determinação complementar, recorrer ao fundamento da ação. A afirmação jurídica estabelece, em conjunto, a afirmação do procedimento e a afirmação do efeito jurídico”. BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso *in Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 108.

⁴⁶⁰ HABSCHEID, Walter J. L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco (trad. Angela Loaldi) *in Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol XXXV (II serie), 1980. p. 457. “Lo studio di Habscheid, ferma restando la raffigurazione dell’oggetto del processo in termini rigidamente processuali, ossia prescindendo da ogni riferimento al diritto soggettivo, si caratterizza per il riconoscimento di un ruolo centrale al fatto costitutivo [...]”. (MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civil**. Milão: Giuffrè, 1987. p. 43-44).

para interpretar a conclusão do autor. Para HABSCHEID, entretanto, a lei exige a causa como elemento da demanda não só porque é necessária para a sua individualização, mas, também e sobretudo, para a sua *substanciação*,⁴⁶¹ o que leva TUCCI a afirmar que essa posição, “quanto aos fatos que constituem determinado relacionamento humano, corresponde, segundo imagino, a uma afirmação global, sendo que o Juiz deve valorar o seu respectivo fundamento sob todos os aspectos possíveis”.⁴⁶²

ROCCO não faz referência à expressão “objeto do processo”, preferindo falar em objeto da ação, subdividindo esse em objeto imediato e objeto mediato. Para o doutrinador, aquele recai sobre a prestação da atividade jurisdicional, isto é, o que se pede ao juiz ou, ainda, à providência jurisdicional requerida. Junto a esse pedido existe o objeto mediato do direito de ação e que é constituído pela concreta relação jurídica substancial ou pelo estado jurídico sobre o qual se pede aquela providência. Assim, além de um objeto imediato (constituído pela providência pedida aos órgãos jurisdicionais) existe um objeto mediato (constituído pela relação jurídica sobre a qual recai a referida providência).⁴⁶³

PIETRO-CASTRO, ao examinar o processo declarativo, menciona os elementos do objeto desse processo: um subjetivo, formado pelas pessoas litigantes e dois objetivos, sendo um constituído pelo título ou causa de pedir (*causa petendi*) e, outro, pela *petição* concreta (*petitum*).⁴⁶⁴ A identificação do referido objeto com o *treu eadem* pode ser inferida da premissa inicial do doutrinador, relativa ao emprego usual da expressão “objeto do processo” como equivalente à “ação” (o que ocorre na maioria dos casos) ou de “pretensão”.⁴⁶⁵ Também encontra-se em AROCA que, prescindindo-se dos elementos subjetivos da pretensão (isto é, de quem se pede e frente a quem se pede – demandante e demandado), os elementos objetivos da

⁴⁶¹ HABSCHEID, Walter J. L'Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. p. 460-461. Ver também a crítica de DE STEFANO, Giuseppe. Per una teoria dell'oggetto del processo *in* **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1958, vol. III. p. 235.

⁴⁶² TUCCI, Rogerio Cruz e. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari *in* **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, nº 60, março, ano XXIV, p. 67, 1994.

⁴⁶³ ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Parte general. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Depalma, 1969. p. 373-374.

⁴⁶⁴ FERRÁNDIZ, Leonardo Prietro-Castro. **Derecho procesal civil**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1989. p. 102.

⁴⁶⁵ FERRÁNDIZ, Leonardo Prietro-Castro. **Derecho procesal civil**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1989. p. 99.

pretensão, quais sejam, o pedido e a causa de pedir constituem o objeto do processo.⁴⁶⁶

No Brasil, além de TUCCI, verifica-se que RIBEIRO associa o mérito ao pedido e causa de pedir quando afirma, primeiramente, que pretensão processual e objeto do processo são conceitos sinônimos que supõe a declaração de vontade realizada pelo autor por meio de uma petição fundada, com vistas a obter uma sentença (ou laudo arbitral). Ao analisar os elementos que constituem seu conceito antes formulado, refere que a *declaração de vontade* (por meio de uma petição fundada) tem, como ideia-base, a expressão *afirmação de direito*. Essa última, por sua vez, está relacionada ao conteúdo da petição, isto é, ao direito ou relação jurídica afirmada pelo autor em juízo e, não, à petição *per se*.⁴⁶⁷

Correlacionando o pedido com a causa de pedir, tem-se ainda BEDAQUE, para quem a causa de pedir constitui elemento essencial da ação ao revelar a conexão entre o provimento jurisdicional pleiteado pelo autor e a pretensão formulada por esse. Assim e na linha de FAZZALARI, o provimento jurisdicional decorre de uma situação jurídica material, sendo que a causa de pedir revela o nexo entre o direito material e o processo. Nesse sentido, entende que “não devem ser aceitas as construções da doutrina alemã, tendentes a excluir a causa de pedir do objeto do processo”.⁴⁶⁸ Essa lição é encontrada, ainda, em TUCCI, para quem o pedido não deve ser entendido no sentido estrito de *mérito*, mas, sim, conjugado com a causa de pedir.⁴⁶⁹

Ainda, vale evocar a lição de TALAMINI sobre o tema, para quem o pedido é *qualificado* pela causa de pedir: “o aspecto fundamental está em reconhecer que o objeto do processo não tem como ser configurado como algo estritamente

⁴⁶⁶ AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 5. ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2007. p. 31. Nessa linha, ainda, AROCA, Juan Montero; CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. El juicio ordinario. Guatemala: Magna Terra, 1998, vol. I. p.105-106. Ainda, GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **lura novit curia aplicación judicial del derecho**. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 51-52.

⁴⁶⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 132-134. É nesse sentido que pode ser compreendido sua assertiva, em outra obra (**Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. p. 42-43), no sentido de que o “objeto do processo é a pretensão processual”.

⁴⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord). **Causa de pedir e pedido no processo civil** (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-29.

⁴⁶⁹ TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 130.

processual e divorciado da situação sobre a qual a tutela deverá operar”.⁴⁷⁰ Já em SIQUEIRA, é possível verificar aderência à noção de objeto do processo como *pedido e causa de pedir*: “para a sistemática vigente, o juiz deve estar adstrito à causa de pedir, em seu duplo aspecto, pouco ou quase nada podendo a ela acrescentar. De resto, tal limitação advém da regra da adstrição ao pedido e aos seus fundamentos [...]”. Em outras palavras, para o doutrinador, a causa de pedir e o pedido compõe o objeto do processo.⁴⁷¹

Por fim, o mesmo pode ser inferido a partir de uma interpretação integrada de MARINONI *et alii*, que referem que o CPC/2015 positivou o princípio da demanda ao ditatar que o processo civil inicia por iniciativa do autor via propositura da *ação*, reservando-se, todavia, às partes, delimitar o mérito da causa pela alegação dos fatos constitutivos na petição inicial e pelos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos na contestação. Nesse sentido, deve ser interpretado *cum grano salis* e em razão do princípio da demanda antes referido a assertiva seguinte, no sentido de que “[...] o mérito da causa é formado por alegações fático-jurídicas formuladas pelas partes [...]”.⁴⁷² Aliás, idêntica senda pode ser identificada em BAPTISTA DA SILVA, para quem a demanda possui suas *questões litigiosas*, sendo que o conjunto dessas formará a *causa petendi* que, juntamente com o *pedido*, irá defini-la.⁴⁷³ A orientação em referência também é encontrada na jurisprudência brasileira. Por exemplo, verifica-se lição no sentido de que “[...] a decisão judicial é balizada em função do pedido formulado na inicial, sendo a causa de pedir elemento indispensável à prestação jurisdicional para delimitação das questões a serem discutidas [...]”.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 80-81.

⁴⁷¹ SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 125.

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol 1. p. 270.

⁴⁷³ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araujo. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. 1. p. 314.

⁴⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Monocrática em Agravo em Recurso Especial nº 219.989/RS**. Agravante: Elenara Coutinho Rodrigues. Agravado: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, julgado em 07 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61984269&num_registro=201201760270&data=20160609&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

3.1.7 Mérito como Pedido, Causa de Pedir e Defesas do Réu

SATTA refere que não há dúvidas que a *demanda* determina, para todos os efeitos, o objeto do juízo, muito embora seja um erro considerar que aquela se constitua no único elemento de determinação desse último. Para o doutrinador, também a defesa do demandado pode influir no referido objeto. Em outras palavras, esse último resulta não só da *pretensão* do autor como da combinação dessa com a *pretensão* do demandado, extraindo essa conclusão da conjugação de dispositivos da lei processual italiana.⁴⁷⁵

Em REDENTI, pode ser encontrada a definição de objeto do processo como o *quid (legitime) disputatum inter partes*. Para o doutrinador, são os princípios da demanda e do contraditório constituem os guias para a determinação do seu (legítimo) objeto, visto que: **(i.)** a legislação processual italiana impõe ao juiz que decida sobre toda a demanda e não além dos limites dessa e; **(ii.)** a expressão “demanda” não se restringe apenas à petição inicial, senão todo o desenvolvimento do próprio processo. Sobre esse último tópico, especialmente, o doutrinador argumenta que a dedução, em juízo, da *ação-pretensão* investe o juiz, necessariamente, da cognição relativa aos eventuais motivos de resistência e exceções oponíveis pelo réu, tudo isso formando o objeto do juízo. Esse poderá ser ampliado de forma mais sensível nos casos em que o réu oponha exceções reconventionais ou, ainda, quando surja a necessidade de declaração incidental de certeza. Tudo isso aponta para a determinação do objeto do processo à luz da demanda e, também, do próprio contraditório exercido pelas partes litigantes.⁴⁷⁶

No Brasil, ASSIS parte da noção de ação processual enquanto direito público à jurisdição que, uma vez exercida, impõe ao Estado o dever de prestação dessa. A pretensão do autor, portanto, é exercida por meio da ação processual – ou demanda. Esse *agir* abriga o objetivo de, ao ver prestada a tutela jurisdicional, produzir também um efeito jurídico em face ao réu ou, “em palavras diversas, realizar – agindo – o alegado direito material”.⁴⁷⁷ Para o doutrinador, a demanda estabelece a relação processual que tem, por sujeito ativo, o autor e, por sujeito passivo, o Estado. O réu,

⁴⁷⁵ SATTA, Salvatore. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971, vol. I. p. 138-139.

⁴⁷⁶ REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 242-244.

⁴⁷⁷ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 85.

citado, ostenta “a posição de polo verso da relação, porque ela se oferece em ângulo: dois sujeitos ativos (autor e réu) e um passivo (Estado)”,⁴⁷⁸ salientando que o réu possui direito – e pretensão – à tutela jurídica (apenas não *age*, mas *reage*, porque não foi dele a iniciativa de propor a demanda).

Desse estado de coisas é que extrai o objeto do processo – ou mérito –, que entende residir na afirmação do autor e à qual acrescenta eventual contribuição do réu ao excepcionar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, aduzindo, expressamente, ao final, que os “elementos do mérito se identificam através das partes, da causa e do pedido”.⁴⁷⁹ O doutrinador reafirma essa posição em outra obra, entendendo que o objeto do processo é a *res in iudiciam deducta*, aduzindo que a legislação brasileira fornece um critério seguro para caracteriza-lo, o qual “reside na ação afirmada pelo autor e individualizada por seus três elementos – as partes, a causa de pedir e o pedido”.⁴⁸⁰

3.2 O Objeto do Debate no Processo

Depreende-se do acima visto que, para parcela substancial da doutrina processual, o autor define o objeto do processo quer seja com a sua demanda, quer seja com a sua pretensão, quer seja na sua petição inicial. Contudo, a doutrina processual não labora com esse objeto enquanto único elemento de cognição judicial, especialmente porque decisão de acolhimento – ou não – dos pedidos formulados pelas partes depende da produção de uma série de elementos que lhes são anteriores. Tais elementos são usualmente denominados, de forma genérica, de *questões*, sendo certo que, sobre essas, também recai a atividade decisória como se vê pelo § 2º do art. 203 do CPC/2015.

A expressão *questão* tem origem no latim *quaero, quaesivi, quaesitum* ou, ainda, *quaestum, quaerere*, significando procurar, discutir ou reclamar.⁴⁸¹ Refere-se,

⁴⁷⁸ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 85.

⁴⁷⁹ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 121. Um pouco antes, o doutrinador adverte que a lição extraída da teoria alemã acerca do objeto litigioso, relativa à ideia de afirmação de um direito ou consequência jurídica está superada pelo art. 301, § 2º do CPC/73 (cuja redação foi mantida no art. 337, § 2º do CPC/2015).

⁴⁸⁰ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 315. Mais abaixo, o autor refere que “[...] razão está, todavia, no entendimento de que o objeto litigioso decorre da conjugação equivalente da causa (ou episódio da vida) e do pedido, traduzida na afirmação do autor de que é titular de um direito perante o réu [...]”. (p. 317).

⁴⁸¹ HECKLER, Evaldo (SJ); BACK, Sebald; MASSING, Egon. **Dicionário morfológico da língua**

portanto, a qualquer coisa duvidosa e, como tal, suscetível de discussão que necessita ser resolvida. A presença das questões constitui dado constante - e mesmo necessário ao processo - a ponto de reputa-las como condição indispensável para a sua existência e desenvolvimento. Nesse sentido, as questões se apresentam de forma incidental no processo, com características de eventualidade e acessoriedade.⁴⁸² A definição do que constituam uma questão não é extraída diretamente da legislação processual, muito embora essa empregue a expressão com frequência. Com efeito, ao examinar os Códigos de Processo Civil nacionais, verifica-se o uso da expressão *questão* desde o CPC/39:

Com efeito, no CPC/39, a expressão *questão* aparece: **(i.) art. 88**, que trata do litisconsórcio facultativo nos casos de afinidade de *questões por um ponto comum* de fato ou de direito; **(ii.) art. 140, § 3º**, que trata de pedidos de alteração de registro civil quando envolvam *questão de estado ou de capacidade* de pessoa; **(iii.) art. 152**, que trata da resolução de *questões relativas à competência*; **(iv.) art. 207**, que trata da ausência de resolução de *questões debatidas no processo* em transação ou desistência; **(v.) art. 241, I**, que veda à testemunha responder sobre *questões* que lhe causem desonra própria ou de familiar; **(vi.) art. 282**, que dispõe sobre a sentença que resolver *questão prejudicial*, **(vii.) art. 287 e parágrafo único**, que dispõe que a decisão que julga a lide tem força de lei nos limites da *questão decidida*, bem como que são consideradas decididas todas as *questões* que constituam premissa necessária da conclusão; **(ix.) art. 289**, pelo qual o juiz não poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo nos casos que especifica; **(x.) art. 350, parágrafo único**, que prevê a possibilidade, na ação de despejo, de o juiz conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença definitiva, quando a *questão de mérito* for unicamente de direito, ou, sendo de direito e fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; **(xi.) art. 466**, que dispõe sobre a decisão, no inventário, de quaisquer *questões de direito e de fato* fundadas em prova documental inequívoca; **(xii.) art. 522**, que prevê decisão de forma sumária para as *questões suscitadas* no âmbito do inventário, nos casos que especifica; **(xiii.) art. 824 e §1º**, que trata do efeito devolutivo do recurso de apelação, inclusas as *questões suscitadas e discutidas ou não*, salvo as hipóteses que especifica, bem como vedando a inovação em relação às *questões de fato*; **(xiv.) art. 877**, que trata da decisão, em grau de recurso, de *questão preliminar ou prejudicial* antes do mérito; **(xv.) art. 1.046, parágrafo único**, que manda o árbitro julgar novamente a *questão* no caso de anulação da decisão arbitral em grau de apelação.

No âmbito do CPC/73, entretanto, verifica-se significativa ampliação do uso da expressão em comento, como se vê nos seguintes dispositivos legais:

portuguesa. São Leopoldo: Unisinos, 1984, vol. IV. p. 3439.

⁴⁸² CARLI, Luigi. Questioni incidentali (diritto processuale penale) in SANTORO-PASSARELLI, Francesco (dir). **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. p. 62-63.

(i.) **art. 46, IV**, relativo ao litisconsórcio facultativo nos casos de afinidade de *questões por ponto comum* de fato ou de direito; (ii.) **art. 110, parágrafo único**, que trata das hipóteses de exame de *questão prejudicial* relativa à ação penal; (iii.) **art. 120, parágrafo único**, atinente ao julgamento de plano de *questão* relativa a conflito de competência; (iv.) **art. 128**, que trata dos limites da decisão de mérito, vedando, ao juiz, conhecer de *questões* não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte; (v.) **art. 162, § 2º**, que define a decisão interlocutória como aquela que decide *questão incidente*; (vi.) **art. 265, III, “c”**, que determina a suspensão do processo quando a sentença de mérito tiver por pressuposto o julgamento de *questão de estado*, requerido como declaração incidente; (vii.) **art. 330, I**, que prevê o julgamento antecipado da lide quando a *questão de mérito* se circunscreve às hipóteses que especifica; (viii.) **art. 331, § 2º**, pelo qual o saneamento do processo implica na fixação de pontos controvertidos e de decisão das *questões processuais* pendentes, dentre outros; (ix.) **art. 427**, pelo qual o juiz pode dispensar a prova pericial nos casos em que as partes apresentem, sobre as *questões de fato*, pareceres técnicos ou documentos elucidativos considerados suficientes; (x.) **art. 454, § 3º**, pelo qual o debate oral pode ser substituído por memoriais nos casos em que a causa apresentar *questões complexas de fato e de direito*; (xi.) **art. 458, I e II**, que trata dos elementos essenciais da sentença, dispondo que nos fundamentos serão analisadas as *questões de fato e de direito* e, no dispositivo, serão resolvidas as *questões* que as partes submeteram ao juiz. (xii.) **art. 468**, que dispõe que a decisão que julga a lide tem força de lei nos limites da *questão decidida*; (xiii.) **art. 469, III**, que dispõe que não faz coisa julgada a apreciação de *questão prejudicial*, decidida de forma incidental no processo; (xiv.) **art. 470**, que refere os casos em que coisa julgada incide sobre *questão prejudicial*; (xv.) **art. 471**, que dispõe que o juiz não decidirá as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo nas hipóteses que especifica; (xvi.) **art. 473**, que refere que é defeso à parte discutir, no curso do processo, *questões já decididas* e acobertadas pela preclusão; (xvii.) **art. 480**, sobre o incidente de arguição de inconstitucionalidade e a submissão da *questão* respectiva à turma ou câmara que conhecer do processo; (xviii.) **art. 481**, que refere o caso de acolhimento do incidente referido para fins de submissão da *questão* ao tribunal pleno; (xix.) **art. 482**, que dispõe sobre o direito de manifestação sobre a *questão constitucional* no âmbito do referido incidente, por terceiros; (xx.) **art. 515**, que trata da amplitude do efeito devolutivo da apelação em relação às *questões suscitadas e discutidas*, mesmo as que não tenham sido julgadas por inteiro; (xxi.) **art. 516**, também relativa ao citado efeito devolutivo em relação às questões anteriores à sentença, ainda não decididas; (xxii.) **art. 517**, que veda a inovação relativa às *questões de fato* na apelação, salvo nos casos de força maior; (xxiii.) **art. 543-A**, que versa sobre o não conhecimento recurso extraordinário nos casos em que a *questão constitucional* nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo; (xxiv.) **art. 543-C**, que trata de recurso especial repetitivo nos casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial; (xxv.) **art. 555, § 1º**, que trata de recurso de apelação ou de agravo de instrumento com relevante *questão de direito*; (xxvi.) **art. 560**, relativo ao julgamento de *questão preliminar* no recurso, a ser solvida antes do mérito; (xxvii.) **art. 569, parágrafo único**, que trata da extinção de embargos à execução que versem apenas sobre *questões processuais* no caso da desistência da execução; (xxix.) **art. 657, parágrafo único**, que determina ao Juiz decidir de plano as *questões suscitadas* na penhora de bens em processo de execução; (xxx.) **art. 685-A, § 5º**, a determinar que, decididas as *questões* relativas ao concurso de credores em adjudicação, será lavrado o respectivo auto; (xxxi.) **art. 984**, que determina a resolução das *questões de fato e de*

direito no âmbito do inventário e; **(xxxii.) art. 1.034**, que refere sobre o não conhecimento das *questões* nele especificadas no âmbito do inventário na modalidade de arrolamento;

Por fim, o CPC/2015 não só incorporou a expressão em referência como, também, ampliou novamente seu uso em vários dos seus dispositivos legais, dando conta, portanto, de que o instituto obteve recepção, em caráter definitivo, pela legislação processual brasileira.

Com efeito, verifica-se, no âmbito do CPC/2015, o uso da expressão *questão* nos seguintes dispositivos legais: **(i.) art. 64**, pelo qual a incompetência absoluta ou relativa será alegada como *questão preliminar* da contestação; **(ii.) art. 98**, que refere a competência do juiz para decidir *questões notariais ou registrais* nas hipóteses em que especifica; **(iii.) art. 101 e § 1º**, que prevê o recurso cabível contra a resolução da *questão* da gratuidade de justiça; **(iv.) art. 113, III**, relativo ao litisconsórcio facultativo nos casos de afinidade de *questões por ponto comum* de fato ou de direito; **(v.) art. 141**, que trata dos limites da decisão de mérito, vedando, ao juiz, conhecer de *questões* não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte; **(vi.) art. 165, § 3º**, que trata do auxílio do mediador aos interessados, na compreensão das *questões* e os interesses em conflito; **(vii.) art. 313, VII**, que trata da suspensão do processo nas hipóteses de discussão sobre *questão* decorrente de acidentes ou fatos marítimos de competência do Tribunal Marítimo; **(viii.) art. 315, § 1º**, que trata das hipóteses de exame incidental de *questão prévia* relativa à fato delituoso; **(ix.) art. 357, I, II, IV e § 2º**, que trata do saneamento do processo com a resolução de *questões processuais* pendentes e a delimitação das *questões de fato e de direito*; **(x.) art. 362, § 2º**, que trata da apresentação de *questões complexas*, de fato e de direito apresentadas pela causa; **(xi.) art. 430, parágrafo único**, que dispõe sobre o tratamento, como *questão incidental*, da falsidade de documento *salvo* se a parte requerer que o juiz a decida como *questão principal*; **(xii.) art. 433**, que trata da declaração de falsidade de documento nos casos em que suscitada como *questão principal*; **(xiii.) art. 459**, que trata do indeferimento de perguntas às testemunhas no caso em que não tiverem relação com as *questões de fato*; **(xiv.) art. 472**, pelo qual o juiz pode dispensar a prova pericial nos casos em que as partes apresentem, sobre as *questões de fato*, pareceres técnicos ou documentos elucidativos considerados suficientes; **(xv.) art. 489, II, III e § 1º, I**, que trata dos elementos essenciais da sentença, dispondo que nos fundamentos serão analisadas as *questões de fato e de direito* e, no dispositivo, serão resolvidas as *questões principais* que as partes submeteram ao juiz. No **§1º**, trata dos casos de inexistência de fundamentação da decisão judicial quando essa não explicar a relação com a causa ou a *questão decidida* e a reprodução ou indicação de ato normativo; **(xvi.) art. 503 e §§**, que dispõe que a decisão de mérito tem força de lei nos limites da *questão decidida*; **(xvii.) art. 628, § 2º**, que trata da solução da *questão* relativa àquele que se julgar preterido em relação à ação de inventário; **(xviii.) art. 853, parágrafo único**, que trata da decisão de plano de qualquer *questão* suscitada em relação à penhora; **(xix.) art. 927, § 5º**, que trata da organização dos precedentes dos tribunais por *questão jurídica*; **(xx.) art. 928, parágrafo único**, que dispõe sobre o objeto do julgamento de casos repetitivos, qual seja, *questão* de direito material ou processual; **(xxi.) art. 933 e seu § 2º**, que trata de *questão* apreciável de ofício ainda não examinada no âmbito dos recursos cíveis; **(xxii.) art. 938**, pelo qual a *questão preliminar*

será decidida antes do mérito no julgamento do recurso; **(xxiii.) art. 947**, que admite a assunção de competência nos casos em que o julgamento envolver relevante *questão de direito*; **(xxiv.) art. 948 a art. 950**, que trata sobre a arguição, em controle difuso, de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo cuja *questão* será submetida à turma ou câmara com competência para o conhecimento do processo; **(xxv.) art. 963, § 6º**, pelo qual cabe a qualquer juiz examinar a validade do divórcio consensual decretado por sentença estrangeira, em caráter principal ou incidental, nos casos em que essa *questão* for suscitada em processo de sua competência; **(xxvi.) art. 966, §§ 5º e 6º**, que trata do cabimento de ação rescisória nos casos de decisão baseada em enunciado ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a *questão* discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento; **(xxvii.) art. 976, I e § 4º**, que especifica as hipóteses de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas nos casos em que a controvérsia incida sobre a mesma *questão* unicamente de direito; **(xxviii.) §§ 3º e 4º do art. 982**, que refere a possibilidade de suspensão de todos os processos que versem sobre a *questão* objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas; **(xxix.) art. 983**, que refere sobre a possibilidade de juntada de documentos e diligências necessárias para a elucidação da *questão de direito controvertida* no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas; **(xxx.) art. 985, I, II e § 2º**, que determina a aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos processos que versem sobre idêntica *questão de direito*; **(xxxii.) art. 987, §§ 1º e 2º**, que refere sobre o cabimento de recursos extraordinário ou especial do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como da presunção de repercussão geral de *questão constitucional discutida*; **(xxxii.) art. 998, parágrafo único**, que refere sobre a análise de *questão* cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos independentemente da desistência do recurso; **(xxxiii.) art. 1.022, II**, que trata do cabimento dos embargos de declaração para suprir omissão de ponto ou *questão* sobre a qual o juiz ou tribunal deveria pronunciar; **(xxxiv.) art. 1.029, § 4º**, que trata da suspensão de processos em que se discuta *questão* federal constitucional ou infraconstitucional submetida ao incidente de resolução de demandas repetitivas; **(xxxv.) art. 1.030, I, “a”**, que trata da negativa a recurso extraordinário que discuta *questão* constitucional nas hipóteses nele especificadas; **(xxxvi.) art. 1.032**, que trata das hipóteses em que o recurso especial verse sobre *questão* constitucional; **(xxxvii.) art. 1.035 e § 5º**, que trata do não conhecimento do recurso extraordinário nos casos em que o relator entender que a *questão* constitucional não tiver repercussão geral; **(xxxviii.) art. 1.036 e §§ 5º e 6º**, que trata do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, nos casos de idêntica *questão* de direito; **(xxxix.) art. 1.037, I, II e § 9º**, que trata sobre a identificação da *questão* a ser submetida a julgamento no âmbito do recurso extraordinário e especial repetitivos; **(xxxii.) art. 1.040, IV**, que trata de recursos que versem sobre *questão* relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização; **(xxxiii.) art. 1.041, §§ 1º e 2º**, que trata da decisão, pelo Tribunal, das demais *questões* não decididas nas hipóteses que especifica, relativas aos recursos extraordinário e especial.

Para compreender o significado de questão dentro do processo, será necessário investigar a(s) fonte(s) da(s) qual(is) foi(ram) extraída(s) as regras examinadas e, nesse sentido, o sistema dentro do qual esse foi concebido.

3.2.1 As Questões no Processo

Para a doutrina, o CPC/39 sofreu forte influência das ideias e concepções de CHIOVENDA. Em estudo realizado no âmbito do Senado Federal, por exemplo, pode ser encontrada assertiva relativa à paternidade intelectual da lei processual em comento, pois aduz que o Código de 1939 é resultante de um esboço de Pedro Batista Martins, revisto pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, por Guilherme Estellita e por Abgar Renault.⁴⁸³ Em sua EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, por sua vez, transparece a influência da doutrina processual de Giuseppe CHIOVENDA, particularmente sua concepção publicística do processo e sua finalidade de atuação da lei no caso concreto e, consequência direta desses, o *princípio da autoridade do juiz*:

Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado.⁴⁸⁴

Em LEITE, também são encontradas referências sobre a influência da obra de CHIOVENDA, tanto no pensamento de Francisco Campos, quanto no de Pedro Baptista Martins,⁴⁸⁵ dentre outros doutrinadores.⁴⁸⁶

⁴⁸³ BRASIL. Senado Federal. **O Código de Processo Civil de 1973 e suas alterações**. Brasília: Biblioteca Acadêmico Luiz Viana Filho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERA%C7%D5ES.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁴⁸⁴ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. D.O.U. de 13/10/1939. p. 24411. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 15 set. 2015. A temática relativa ao princípio da autoridade em CHIOVENDA e seus reflexos no CPC/39 será retomada com mais profundidade no próximo capítulo.

⁴⁸⁵ LEITE, Daniel Secches Silva. A Concepção de modernidade em 1939 in LEAL, Rosemiro Pereira (coord., org. col.); ALMEIDA, Andréa Alves de (org., col.). **Comentários críticos a exposição de motivos do cpc de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo cpc**. Franca: Lemos e Cruz. p. 260.

⁴⁸⁶ Ver RAATZ, Igor; SANTANA, Gustavo da Silva. Elementos de história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. p. 5. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf>.

Acesso em: 19 out. 2016. Nesse sentido, também LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoles: Morano, 1962. p. 484. Ainda, em BUZAID, Alfredo. L'influenza di liebman sul diritto processuale civile brasiliano in **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman**. Milão: Giuffrè, 1979, vol. 1. p. 09. O mesmo pode ser dito de DINAMARCO, Cândido Rangel. Sugli sviluppi della dottrina brasiliana del processo civile in **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman**. Milão: Giuffrè, 1979, vol. 1. p. 33. Em PAULA, entretanto, encontra-se que o CPC/39 não representou ruptura epistemológica do direito processual na legislação predominante do país (ver PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**. Das origens lusas à escola

O texto legal do CPC/39 não disciplina o que deve ser entendido por “questão”, no que segue, portanto, uma linha paradigmática muito semelhante àquela encontrada na obra de CHIOVENDA. Com efeito, esse doutrinador não constrói, de forma sistemática, uma noção do tema relativo às “questões” em termos claros. Observa, todavia, que a atividade processual das partes influi no desenvolvimento da relação processual; cada alegação tem, por objetivo, introduzir novo elemento do material de cognição do juiz, com o escopo de influir sobre o convencimento desse. Entende que essa atividade é desenvolvida sob o crivo do contraditório, razão pela qual é dirigida ao juiz e, conjuntamente, para a outra parte.⁴⁸⁷ Não se encontra, em sua obra, o significado de *questão*, muito embora ventile, nela, várias espécies dessa. Assim, por exemplo, o doutrinador contrapõe a sentença – como o pronunciamento sobre a demanda de fundo – com os pronunciamentos necessários durante o curso do processo (*interlocutiones*).⁴⁸⁸ Por fim, o doutrinador conclui que, na atualidade, a sentença constitui em uma forma única de resolução⁴⁸⁹ de coisas muito distintas entre si:

a.) Sentenças definitivas – pelas quais o juiz põe fim à relação jurídico-processual, cumprindo com sua obrigação de pronunciar-se sobre o fundo;

crítica do processo. Barueri: Manole, 2002. p. 254). Por fim, SANTOS aduz que o CPC/39 se aproximou, de um lado, de CHIOVENDA, muito embora exiba, por outro lado, “roupagens das venerandas Ordenações do Reino”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o processo autoritário. Revista da Faculdade de Direito [Da] Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 54, pt. 2, jul, p. 223, 1959.

⁴⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo II. p. 204.

⁴⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo II. p. 270. Por outro lado, cabe referir que, em seu escorço histórico, o doutrinador parece diferenciar mérito de questão de mérito visto que afirma, por exemplo, que os romanos *já* pensaram que a sentença se contivesse na resolução de questões. Ainda, que o processo romano diferenciou as medidas tomadas no curso do processo (*“interlocutiones”*) das sentenças (*“sententias”*), sendo, as primeiras, de vários conteúdos, enquanto que, as últimas, constituem-se na provisão do juiz relativamente ao recebimento ou rejeição do pedido de forma a definir a lide. Em relação ao processo comum medieval, entretanto, o doutrinador observa o embotamento da ideia de que a sentença seja o ato que nega ou reconhece o bem da vida, passando a se constituir em um modo de resolver *questões*. Assim, descreve como, nesse período, apareceram as *sententiae interloutoriae* no lugar das *interlocutiones*, o que entende ser o resultado de uma concepção diversa da romana, na qual o processo se propunha menos a decidir do que a dirimir controvérsias. (ver CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo I. p. 155-164).

⁴⁸⁹ O doutrinador deixa claro que o ponto comum entre essas diferentes espécies de sentenças é a sua *forma*, que se reveste da exposição precisa do estado da *questão* e do trabalho mental realizado pelo juiz e, além do dispositivo, as conclusões das partes (fora o fato e seus motivos) e os motivos de fato e de direito da decisão. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo II. p. 272).

- b.)** Sentenças absolutórias de seguimento do juízo (*absolutio ab instantia* ou *ab observatione iudicii*) – pelas quais o juiz pronuncia não poder resolver o fundo em virtude de vícios processuais, por exemplo;
- c.)** Sentenças interlocutórias – pelas quais o juiz não põe fim à relação processual mas, sim, resolve durante o seu curso alguma *demanda* ou *exceção* e que, por serem muito diversas, são subdivididas doutrinariamente em: **(c.1.)** incidentais, pelas quais o juiz se pronuncia sobre a existência de uma relação processual ou, ainda, que resolve hipótese de intervenção, etc.; **(c.2.)** preparatórias, pelas quais o juiz regula o desenvolvimento da relação processual como a relativa alteração de rito ou que ordene determinada integração do juízo; **(c.3.)** provisionais, relativas às medidas de segurança e; **(c.4.)** interlocutórias em *sentido próprio*, que proveem sobre a formação do material de conhecimento alcançando mais o fundo como, por exemplo, a admissão de meios probatórios.⁴⁹⁰

Cabe destacar, nesse contexto, que, a despeito do acima referido, CHIOVENDA também faz referência às *questões sobre as condições da ação* enquanto *questões de fundo* ou de mérito, diferenciando-as dos pressupostos processuais.⁴⁹¹ Também faz referência às *questões prejudiciais* - casos nos quais o juiz deve, por imposição legal ou por requerimento das partes, analisar uma ou mais questões que encontra em seu *iter lógico* e que se constitui em antecedente lógico da questão final, conferindo-lhe uma solução análoga àquela que daria se ventilada em um processo autônomo.⁴⁹²

⁴⁹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo II. p. 272.

⁴⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo I. p. 118. A problemática relativa às condições da ação não integra o presente estudo, muito embora possa ser referido que essa inclusão das condições da ação no mérito demonstra, segundo DINAMARCO, o pensamento concretista de Chiovenda. (DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 314).

⁴⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo II. p. 689. O próprio autor do Anteprojeto do CPC/39 refere que a redação do seu art. 282, que regula a *questão prejudicial*, tem inspiração no art. 280 do *Progetto di Codice di Procedura Civile* (ver MARTINS, Pedro Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol. III. p. 325). Para PONTES DE MIRANDA, mostra-se necessário diferenciar a questão prejudicial do ponto prejudicial, visto que esse último diz respeito à matéria não controvertida – ou já resolvida entre as partes – que é implícita ou explicitamente anteposta àquela que deva ser decidida. Refere, ainda, que as questões prejudiciais são, quase sempre, questões de mérito. (**Comentários ao Código de Processo**

Colhe-se do citado doutrinador também referências às *questões preliminares*, compreendendo-as como as relativas ao próprio processo (questões processuais), em contraposição às questões de fundo.⁴⁹³ Enfim, refere a existência de *questões*

Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. II. p. 334 e p. 340. Não é objeto desse trabalho a problematização do tema *questões prejudiciais*. Porém, pode-se destacar que CHIOVENDA usou, como referencial sobre a matéria, a obra de Francesco MENESTRINA, que, por sua vez, entendia como prejudicial toda a questão cuja solução influi – ou constitui – pressuposto para a decisão da controvérsia deduzida em juízo (**La pregiudiciale nel proceso civile.** Viena: Manz, 1904. p. 107-109), conferindo destaque aos aspectos cronológico e lógico (p. 86-88). A crítica efetuada ao pensamento de MENESTRINA, contudo, se deu pelo aspecto genérico da sua compreensão de prejudicialidade. Na doutrina italiana, encontram-se posições no sentido de efetuar uma revisão crítica desse conceito, entendendo que a prejudicialidade se situava na potencial idoneidade de a decisão relativa à questão prejudicial em determinar – ou mesmo definir – a solução da relação dependente, razão pela qual poderia constituir-se em objeto autônomo de um processo. (ver DENTI, Vittorio. *Questioni pregiudiziali in AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Org.). Novissimo digesto italiano.* 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1967-1983, vol. XIV. p. 676-677). Refira-se também Michele TARUFFO, que efetua crítica à doutrina de MENESTRINA por entender-lhe faltar uma definição clara da relação a partir da qual uma questão poderia ser prejudicial a outra. Para TARUFFO, ainda, a questão prejudicial é aquela capaz de condicionar diretamente a decisão da questão dependente: “a solução da questão dependente ‘descende’ diretamente da solução da questão prejudicial”. (Ver **A motivação da sentença civil.** Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 240-241). Enrico ALLORIO, por sua vez, refere que uma relação jurídica será prejudicial a respeito de outra nos casos em que se verificar uma relação de dependência dessa para com aquela, ou seja, *prejudicialidade e dependência* são expressões correlatas (**La cosa juzgada frente a terceros.** Trad. Maria Angelica Purrido Barreto. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 67-68. Já em Enrico Tullio LIEBMAN pode-se colher que a questão prejudicial relaciona-se com as questões que se constituem antecedentes lógicos do objeto da demanda e, portanto, não ampliam o referido objeto. (**Manual de direito processual civil.** Trad. Cândido Dinamarco Rangel. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 224). Salvatore SATTA, por fim, efetua uma distinção entre prejudicialidade lógica e técnica: a primeira refere-se àquelas questões que o juiz deva, por sua natureza ou por sua relação com a questão principal, conhecer com eficácia de coisa julgada, ou seja, estão contidas no objeto do juízo. As últimas, por sua vez, são aquelas que estão afetadas a um fato diverso e independente que se apresenta como pressuposto lógico e jurídico do processo. (**Manual de derecho procesal civil.** Trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, vol. I. p. 243-246). Essa distinção é observada, ainda, por Sergio MENCHINI (**I limiti oggettivi del giudicato civile.** Milão: Giuffrè, 1987. p. 88) e, também, por Andrea Proto PISANI (**Lezioni di diritto processuale civile.** Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1996. p. 362). A crítica parece ter sido assimilada no Brasil, dadas as lições no sentido de que a prejudicial se constitui em questão da qual dependa a apreciação de fatos ou relações jurídicas ligadas à pretensão a ser decidida por *conexão genética* (MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Millennium, 2000. p. 368). Essa lição é repisada, por exemplo, em THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I. p. 1.120. Também podem ser verificadas remissões expressas à obra de MENESTRINA como, por exemplo, em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2. p. 633. Sem referência expressa à MENESTRINA mas com bastante afinidade, observa Nelson NERY JUNIOR. que as prejudiciais são aquelas decididas lógicamente e necessariamente antes de outras questões, influenciando o julgamento dessas últimas (**Teoria geral dos recursos.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 240). Já Ovidio Araujo BAPTISTA DA SILVA (**Curso de direito processual civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. 1. p. 311) aponta, no âmbito de tópico dedicado à *ação declaratória incidental* prevista no CPC/73, que a questão prejudicial é aquela da qual depende a existência da pretensão contida na demanda prejudicada.

⁴⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil.** Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo I. p. 103. Nesse mesmo sentido, CARNELUTTI, Francesco

de fato, compreendendo-as como o juízo acerca da existência de um ou mais fatos sobre os quais a lei confere consequências jurídicas e *questões de direito*, relacionadas ao juízo relativo à existência de uma norma abstrata de lei.⁴⁹⁴

Instituciones del proceso civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, vol. I. p. 37. Não é objeto desse trabalho a problematização do tema relativo às questões preliminares. Essas já eram encontradas no processo civil romano sob a denominação *præiudicia*, que se trata de uma *formulæ* na qual é colocado, ao *iudex*, um problema de acerto de alguma circunstância de fato ou de direito (Cf. TALAMANCA, Mario. *Diritto civile*: a) *diritto romano in Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1981, vol XXXVI. p. 68. Modernamente, Francesco CARNELUTTI (**Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959, vol. II. p. 53) realiza uma distinção entre *questões preliminares de ordem*, que denomina de questões de ordem e *questões preliminares de fundo*. Quanto a essas últimas (também chamadas de questões preliminares de mérito), se constituem em determinadas exceções (fatos impeditivos, extintivos ou modificativos) que afetam juridicamente aquele fato posto como fundamento da demanda pelo autor da demanda. Ou seja, são preliminares de mérito porque não entram no quadro da *fattispecie* constitutiva do direito deduzido em juízo, mas sua decisão influencia diretamente a decisão daquele. Diferenciam-se, contudo, das questões prejudiciais porque essas podem ser objeto de um processo autônomo, o que não ocorre com aquelas (cf. GARBAGNATI, Edoardo. *Questione pregiudiziale in SANTORO-PASSARELLI, Francesco (dir). Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. p. 75-76 e também em *Questioni preliminari di merito e questione pregiudiziali. Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, vol XXXI (II serie), p. 259-260, 1976 e, também, em *Questione pregiudiziale in SANTORO-PASSARELLI, Francesco (dir). Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. p. 259). Para esse último doutrinador, diferentemente da questão prejudicial, a preliminar de mérito não pode ser constituída em objeto de um processo autônomo e, assim, sua decisão não pode ser acorbertada pelo manto da coisa julgada (p. 270). Nesse sentido, também pode ser encontrada a expressão *questões preliminares de fundo* (ver REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentis-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 461). LIEBMAN, por outro lado, entende que as *questões preliminares* tem, por objeto, as seguintes matérias: (i.) validade e regularidade dos atos processuais, (ii.) pressupostos processuais e (iii.) condições da ação, ou seja, as compreende de forma mais restrita, como questões de ordem processual. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. p. 226-227).

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo I. p. 176. Não é objeto desse trabalho a problematização do tema relativo à diferenciação entre *questão de fato* e a de *direito*, cuja origem pode ser verificada no direito romano (cf. CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, tomo I. p. 59 e segs.), sendo que, na atualidade, a oposição entre *fato* e *direito* parece ser amplamente aceita em doutrina (cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas. Mexico: Fontamara, 2001. p. 259. Entretanto, também é possível verificar um consenso atual sobre a dificuldade de traçar uma linha fronteiriça entre ambos os conceitos, razão pela qual encontram-se variadas propostas para tanto (ver, exemplificativamente, as referidas por GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **lura novit curia aplicación judicial del derecho**. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 20; STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juiz**. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Araces S.A., 1973. p. 103; WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas *et alii*. Mexico: Fontamara, 2001. p. 259; CARLI, Carlo. **La demanda civil**. Buenos Aires: LEX, 1977. p. 312; ALSINA, Hugo. **Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: Compañia Argentida de Editores, 1942, tomo II. p. 166-168; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.155; BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol 1. p. 434-435; ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. vol. I. p. 935). De uma forma muito geral, entende-se, a partir dos doutrinadores assinalados, a questão de fato como relacionada a algum acontecimento controvertido pelas partes e que, na visão dessas, seja

A linguagem *chiovendiana* transparece no CPC/39: não há, em seu texto, uma definição clara do que se deva entender por questões, muito embora as refira e regule as consequências de algumas das suas espécies. Tal qual CHIOVENDA, entretanto, o texto legal analisado não se atém às condições pelas quais essas questões devam ser resolvidas.

Em CARNELUTTI, entretanto, é possível encontrar uma definição clara de questão como dúvida acerca de uma razão. Com efeito, para o doutrinador, nos casos em que a razão - seja da pretensão, seja da contestação – se torna *duvidosa*, surge uma questão. Na linguagem *carneluttiana*, a decisão da lide é obtida, portanto, mediante a solução das suas questões, sendo que as questões resolvidas constituem as razões da decisão. Normalmente, as dúvidas surgem das alegações das partes, muito embora possam também ser suscitadas pelo juiz naquelas

importante para a decisão judicial acerca de *questão* ou do próprio *mérito*. A questão de direito, por outro lado, diz respeito à interpretação e aplicação das diferentes normas jurídicas aplicáveis aos fatos, sejam esses controvertidos ou não, na decisão de questão ou do próprio mérito. Esse tema ganhou destaque em face ao recurso de cassação italiano e francês, bem como à revisão germânica, todos meios de preservação do direito. (ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. I. p. 935). Contudo, são apontadas interferências mútuas entre as duas categorias, já que a solução de uma *quæstio facti* ocorre sempre em função de uma *quæstio iuris* e vice-versa, razão pela qual a decisão judicial contém, a um só tempo, ambas as questões apontadas. Daí porque a sua distinção é empírica (ver GIUDICEANDREA, Nicola. *Questione di fatto in AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Org.). Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1967-1983, vol. XIV. p. 674). Há, inclusive, doutrinadores que entendem não haver importância alguma na diferenciação entre os institutos em referência (cf. CALAMANDREI, Piero. **Teoría general del derecho**. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de derecho privado, 1955. p. 482; CARLI, Carlo. **La demanda civil**. Buenos Aires: LEX, 1977. p. 312). Aliás, verificam-se lições no sentido de que a lógica dialética do processo medieval colocava ambas as questões ao debate, sujeitando-as ao contraditório de forma indistigável o que leva doutrinadores a salientar a “estupefata” modernidade dos brocardos latinos *iura novit curia* e o *mihi factum dato tibo ius* como premissas de uma separação radical entre a questão de direito e a de fato (MITIDIERO, Daniel Francisco. *A lógica da prova no ordo iudicarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação*. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho. n. 6, fev, p. 187, 2003. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/65>>. Acesso em: 12 nov. 2016). Subsiste, assim, um imbróglio em torno do campo de incidência dessas questões na forma como entendidas hodiernamente, cuja superação pode ser realizada a partir de um *topus* paradigmático que revele a (*cons*)ciência de que o direito não pode prescindir do fato e vice-versa ou, ainda, que “não há validade que não seja validade de algo, e de algo que relativamente a essa intenção fundamental se ofereça na contingência da facticidade”. Exsurge, daí, que a *quæstio iuris* é sempre a *quæstio iuris* de uma certa *quæstio facti*, subsistindo uma correlação conceitual entre ambas as categorias (cf. NEVES, Antonio Castanheira. **Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. p. 43-44). Daí porque, um novo marco paradigmático exige uma nova compreensão do próprio processo interpretativo, no qual o direito integra o próprio caso (isto é, que a questão de fato se revela também como uma questão de direito e vice-versa). (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 278). Enfim, que a dicotomia metodológica apontada não afasta a possibilidade de concorrerem, para ambas as questões, idênticos tipos de dados e de juízos nos termos alinhavados por NEVES (p. 462).

matérias que deva examinar de ofício. Dessa forma, as razões (da pretensão ou da contestação) passam a ser questões e essas, por sua vez, se resolvem em razões (da decisão).

O doutrinador também realiza uma distinção clara entre questões materiais e questões processuais, sendo, as primeiras, o *fundo da lide* e, as segundas, voltadas à ordem ou ao rito. Disso extrai que a questão não é a *lide* porque o conflito de interesses é estranho às questões, demonstrando-o pela existência de dúvidas que podem ser estranhas à lide (por exemplo, as dúvidas sobre o rito). Assim, a distinção entre lide e questão deve ser considerada no sentido de que, não somente uma lide pode conter várias questões, como também uma questão pode interessar a várias lides.⁴⁹⁵

Em outra passagem, refere que as questões são uma espécie de vínculo (atadura) entre o processo e a lide,⁴⁹⁶ definindo aquelas como os pontos duvidosos de fato ou de direito ou toda ausência de certeza em torno da realidade de algum fato ou de sua eficácia jurídica. Apresenta, assim, as questões como a causa ou a condição da lide, aduzindo que essa existe porque existem questões em torno dos pressupostos de fato ou de direito da tutela pretendida. Enquanto a lide entra no processo na forma delineada pela demanda e esse resolve, por sua vez, as questões relativas à referida lide.⁴⁹⁷ Por fim, ressalta que o processo compreende todas as questões cuja a resolução constitua um pressuposto da decisão sobre a demanda, tanto para o seu acolhimento, quanto para sua rejeição. Há, portanto, uma conexão lógica entre as questões e a referida demanda.⁴⁹⁸ Em outro momento, porém, deixa claro que, por decisão, não se deve compreender apenas para indicar o juízo proferido em torno da lide, mas, sim, todos os outros juízos que pronuncia durante o processo, razão pela qual não caberia supor a existência de um sinônimo entre sentença e decisão já que essa última constitui-se na resolução das questões do

⁴⁹⁵ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, vol I. p. 36-38.

⁴⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1986, vol. IV. p. 30.

⁴⁹⁷ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1986, vol. I. p. 03.

⁴⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, vol I. p. 919.

litígio.⁴⁹⁹ Daí a afirmação de BAPTISTA DA SILVA, no sentido de que CARNELUTTI identifica os conceitos de *lide* e de *questão*.⁵⁰⁰

Como dito alhures, BUZAID conceituou a lide no sentido que lhe foi atribuído por CARNELUTTI, entendendo-a como o objeto do processo. No que pertine às questões, também laborou na perspectiva desse último doutrinador, pois as definiu como todo o ponto duvidoso de fato ou de direito, toda a incerteza em torno da realidade de um fato ou em torno da sua eficácia jurídica e, também, entendeu que a decisão constitui a resolução das questões da lide.⁵⁰¹

Pode-se anotar, a partir do que se expôs acima, que o **CPC/73** está muito próximo da arquitetônica processual contida na doutrina *carneluttiana*, o que não significou o rompimento com o pensamento *chiovendiano*.⁵⁰² Segue, assim, o pensamento rigorosamente metodológico do doutrinador em referência, disciplinando a própria previsão da resolução da *questão incidente*⁵⁰³ por via de decisão interlocutória, bem como sua definição de dispositivo sentencial como parcela da sentença em que o juiz resolve as questões que as partes lhe submetem. Além disso, criou uma forte coordenação entre o despacho saneador e a sentença, que faz muito sentido no contexto acima referido.

Anota-se, contudo, as críticas efetuadas hodiernamente por faltar, na doutrina em referência, o exame sob o ponto de vista da problematicidade inerente à resolução das diferentes *questões* apontadas, ou seja, muito embora essas sejam identificadas segundo um critério metodológico claro, não subsiste um esforço teórico sobre a resolução dessas. Sobre o tema, cabe lembrar que BAPTISTA DA SILVA menciona que as grandes obras institucionais *carneluttianas* (as “*Lezioni*” e o “*Sistema*”) obedecerem ao mais profundo e radical dogmatismo, mas não discutem um único caso concreto e, tampouco, possuem a preocupação em referir a história

⁴⁹⁹ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, vol I. p. 271.

⁵⁰⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Sentença e coisa julgada** (ensaios e pareceres). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 127.

⁵⁰¹ BUZAID, Alfredo. **Do Agravo de Petição** no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 112.

⁵⁰² *Pelo contrário*: o doutrinador está inserido na orientação sistemática que remonta a CHIOVENDA, em cujas tendências entrecruza e contemporaniza em um “*feliz ecletismo*”. (cf. CALAMANDREI, Piero. **Los estudios de derecho procesal en italia**. Trad. Santiago Santis-Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1959. p. 38).

⁵⁰³ As quais, aliás, constituem uma “massa muito considerável”. (Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959, vol. II. p. 53).

dos institutos examinados.⁵⁰⁴ Trata-se, assim, da *pureza* do direito, a qual promove, no campo do processo, uma cisão indelével entre a ciência do direito processual e a problematidade do caso concreto, o que marcou o processo civil brasileiro, notadamente com a edição do citado CPC/73, enquanto herdeiro do pensamento *carneluttiano*.⁵⁰⁵

3.2.2 (Das Questões ao) Objeto do Debate

A doutrina mais recente efetua uma distinção mais específica entre o objeto do processo, compreendendo-o como algo distinto do *objeto litigioso do processo* ou *objeto do debate*. Em ALVIM, é possível encontrar a distinção referida, sendo que o doutrinador se apoiou na doutrina alemã que diferencia as expressões “*Streitgegenstand*” e “*Streitsache*”. Citando Schmidt, definiu o objeto litigioso como aquilo que a sentença resolverá com força de coisa julgada. Com base em Kleinfeller, entretanto, refere que “*Streitsache*” é um conceito mais amplo do que “*Streitgegenstand*”: aquele vem a ser tudo aquilo que é objeto de decisão enquanto que esse significa a pretensão, ou mais precisamente, o objeto litigioso (sinônimo, portanto, de “*Hauptsache*” ou de “*Hauptanspruch*”, esses em contraposição com pedidos acessórios).⁵⁰⁶

Nessa medida, o par alternativo da *pretensão* seria a noção de *resistência* ou *oposição* à pretensão, ou seja, a reação à pretensão formulada pelo demandante. “*Esta no es un trámite, ni un acto procesal, sino que es también una petición, si bien es siempre la misma: no ser condenado*”.⁵⁰⁷ A resistência em comento não serve para delimitar o objeto do processo, muito embora possa ampliar os limites do debate.⁵⁰⁸ Ou, por outras palavras, o objeto litigioso do processo não é o pedido do autor,

⁵⁰⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37. Todavia, Piero CALAMANDREI entende que a obra de Carnelutti queria dar importância predominantemente à finalidade prática dos institutos, colocando em evidência, junto com a sua *estrutura estática*, a função dinâmica que se vive na experiência cotidiana. (Ver **Los estudios de derecho procesal en italia**. Trad. Santiago Santis-Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1959. p. 32)

⁵⁰⁵ Ver, também, nesse sentido, BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Sentença e coisa julgada** (ensaios e pareceres). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 124.

⁵⁰⁶ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil**. Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, vol. II. p. 156-157 (nota de rodapé n. 177).

⁵⁰⁷ AROCA, Juan Montero; CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. El juicio ordinario. Guatemala: Magna Terra, 1998, vol. I. p. 107-108.

⁵⁰⁸ AROCA, Juan Montero; CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. El juicio ordinario. Guatemala: Magna Terra, 1998, vol. I. p. 108.

somente, mas tudo aquilo que deva ser decidido pelo juiz: “não só o objeto do *judicium* mas também da simples *cognitio*”.⁵⁰⁹ Esse último pertine a todo o material ou, ainda, questões submetidas à cognição judicial e abarcam os fundamentos da inicial (causa de pedir), pedido, alegações e defesas invocadas pelo réu e demais *questões* ligadas aos pressupostos processuais e condições da ação, bem como outras passíveis de cognição de ofício pelo magistrado.⁵¹⁰

O objeto litigioso constitui-se um conceito menor do que o objeto do processo - esse último compreendido como o pedido do autor (formulado na petição inicial e nas oportunidades em que o sistema processual lhe permita ampliá-lo e ou alterá-lo), o pedido do réu (formulado na reconvenção ou nas ações dúplices).⁵¹¹ Incumbe ao autor determinar o objeto do processo por meio de sua pretensão e, ao réu, contribuir com a determinação do objeto do debate: a pretensão delimita o primeiro e, essa somada à resistência do demandado, delimita o objeto do debate. Os fatos afirmados pelo réu não servirão para determinar o objeto do processo, visto ser esse somente a pretensão, muito embora sirvam tanto para ampliar o debate (no caso de o réu alegar fatos próprios, esses ampliam a matéria sobre a qual incidirá o debate) e ou completar o que deve ser decidido na sentença (ao alegar fatos próprios, a decisão do juiz não poderá se referir à pretensão do autor, somente, como também à fundamentação da resistência do réu).⁵¹² Ou seja, o réu não consegue, pelas suas defesas, fazer com que o processo tenha dimensão maior, menor ou diversa daquela que o autor originou mediante a sua demanda inicial.⁵¹³ Outra demonstração do que

⁵⁰⁹ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 16, ano VI, julho, p. 152, 1979. Conforme o doutrinador, o “objeto do processo, por conseguinte, é toda a matéria, de fato, ou de direito, relacionada a pressupostos processuais (inclusive, portanto, o próprio procedimento), às condições de ação (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade de partes) e ao próprio mérito (inclusive questões prévias), que deva ser examinada pelo juiz, provocado pelas partes ou ex officio [...]. Enfim, o objeto do processo é gênero a que se filia a espécie objeto litigioso do processo”. (p. 153).

⁵¹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de pedir e pedido no processo civil** (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 351-352.

⁵¹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de pedir e pedido no processo civil** (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 352.

⁵¹² AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 5. ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2007. p. p. 31 e 33.

⁵¹³ GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968 vol. I. p. 58.

ora se expõe é que não há processo sem demanda, muito embora uma vez instaurado possa prosseguir sem contestação.⁵¹⁴

Por isso também já foi dito que os “[...] *órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión (objeto del proceso) y la resistencia (objeto del debate) formuladas*”.⁵¹⁵ Ou, como prefere RIBEIRO, admitida a demanda com o objeto do processo definido pelo autor, o réu deduzirá o material que entender útil para a sua defesa. Sua “resistência” não altera o objeto do processo, embora possa ampliar os limites do debate por meio das suas impugnações, exceções materiais (fatos extintivos, impeditivos e modificativos) e processuais (pressupostos processuais).⁵¹⁶ Por óbvio que isso ocorre em razão da necessária bilateralidade da ação e sua consequente natureza dialética.⁵¹⁷

DINAMARCO também efetua a distinção em comento, ainda que por outras bases argumentativas. O doutrinador refere que o processo judicial culmina com a emissão de um ato imperativo do juiz acerca da pretensão que lhe é apresentada. O exame dessa pretensão (mérito) dependerá da coexistência de duas ordens de requisitos: **(i.)** que o demandante demonstre que possua, *in concreto*, o poder de desencadear a atividade judiciária (condições da ação) e; **(ii.)** que o processo seja regular com o adequado preenchimento de todos os seus pressupostos processuais. Por óbvio que, para além desses, o demandante deverá demonstrar que sua pretensão esteja amparada pelo direito material, convencendo o juiz nesse sentido com base nos fatos e provas apresentadas. Ora, é natural que surjam *questões* no decorrer do processo, relativos a qualquer um desses requisitos, constituindo-se pontos duvidosos, tanto em relação ao mérito, quanto em relação àquelas condições e pressupostos referidos.⁵¹⁸

⁵¹⁴ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura novit curia aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 58.

⁵¹⁵ FERNÁNDEZ, Eneida Arbaizar; GUTIÉRREZ, Alazne Basañez; PADILLA, Gloria Pérez; *et alii*. **La indicativa probatoria de oficio en los procesos especiales no dispositivos** in LLUCH, Xavier Abel; PICÓ I JUNOY, Joan (coord). **Los poderes del juez civil en materia probatoria**. Barcelona: Bosch, 2003. p. 75.

⁵¹⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. p. 138-139.

⁵¹⁷ WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

⁵¹⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 324-325.

Do que acaba de ser dito pode-se desde logo inferir uma realidade e uma distinção: enquanto o objeto do processo é colocado estritamente pela demanda e relevância alguma tem a maneira como se comporte o demandado depois, constitui objeto do *conhecimento* do juiz toda a massa de questões que no processo surgirem, venham de onde vierem. O réu suscita questões ao responder, o autor na réplica ou depois, ambos a todo momento no contraditório do processo, dúvidas são levantadas de ofício pelo juiz, etc. – e de todas essas questões o juiz conhece e sobre elas se pronuncia no momento procedimental adequado.⁵¹⁹

REDENTI, aborda a temática em causa sob o prisma dos princípios da demanda e do contraditório, entendendo que esses contribuem na própria determinação do objeto da demanda.⁵²⁰ Nesse sentido, a dedução em juízo da *ação-pretensão* (ver nota de rodapé nº 406) pelo autor investe o juiz, necessariamente, para a cognição dos motivos de resistência e de exceções oponíveis pelo réu. A essa defesa, por sua vez, o autor poderá replicar e o réu poderá contrarreplicar e assim sucessivamente.⁵²¹ O objeto do processo vem a ser constituído, em seu conjunto, pelo *quid disputatum inter partes* no momento em que esse mesmo processo chega à fase decisória, sendo que o referido *quid* constitui o *thema decidendum* para o juiz. Nessa medida, o doutrinador integra, ao objeto do processo, a matéria controvertida ao longo da sua tramitação. Refere, inclusive que o juiz, antes de *deliberar*, deve tomar conhecimento de todos os atos do processo, entende-los, interpreta-los, valora-los e utilizar o resultado dessas atividades de tal maneira que representem o elemento determinante do seu pensamento.⁵²²

Em todos os doutrinadores citados, observa-se o exame do objeto do debate à luz das *questões* que o processo apresenta. O contraditório exsurge, nesse contexto, como um princípio do processo diretamente às referidas questões (“*audiatur et altera pars*”, entendido como uma colaboração de ambas as partes cuja oposição de interesses se desenvolve justamente mediante o mencionado contraditório).⁵²³ Nesse sentido, sua ênfase recai tanto na *constituição* da relação processual (com a citação do réu),⁵²⁴ quanto

⁵¹⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 325.

⁵²⁰ REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 242.

⁵²¹ REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 244.

⁵²² REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, vol. I. p. 277.

⁵²³ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, vol I. p. 184.

⁵²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo.

seu desenvolvimento mediante a dedução de provas e introdução de novos elementos de cognição. O contraditório faz com que cada uma dessas atividades seja dirigida ao juiz e, ao mesmo tempo, para a outra parte.⁵²⁵

A observação acerca do contraditório se mostra relevante nesse contexto, eis que assimilado como um princípio processual estreitamente ligado ao direito de ação e ao direito de defesa.⁵²⁶ Esse engloba também o direito de participação e mesmo de paridade das partes no litígio, de forma que a sua observância constitui um dos pressupostos de uma decisão *justa*, porque fruto do diálogo trilateral entre partes e juiz.⁵²⁷ No âmbito da doutrina de cariz *chiovendiana* (e que inspirou as regras do CPC/39 e CPC/73), o contraditório constitui-se em um elemento de formação das *questões* no processo, já que por ele se formam os *pontos duvidosos*; destarte, essa noção de contraditório é desligada da atividade decisória do juiz, possibilitando a criação de algum vácuo entre o que as partes apresentam no processo e aquilo que o que o juiz enxerga em sua decisão, o que será melhor apresentado no próximo item.

Por isso, é importante mencionar a contribuição de FAZZALARI acerca do tema *objeto do debate* em face à ênfase que empresta ao princípio em referência. Isso porque o doutrinador encontra uma perspectiva própria para o estudo do processo,⁵²⁸ o que se evidencia pela sua análise relativa ao procedimento de formação dos provimentos jurisdicionais pela qual observa que os *interessados em contraditório* são chamados a participar, em uma ou mais fases, das atividades

Madrid: Reus, 1922, tomo II. p. 62.

⁵²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo II. p. 205.

⁵²⁶ Nesse sentido, identifica-se, na doutrina, referências ao interesse geral e secundário do réu em obter a declaração de certeza sobre a relação jurídica substancial sobre a qual o autor pede a providência jurisdicional. Esse interesse é consubstanciado no direito de contraditório em juízo, o que se mostra como uma modalidade diversa do direito de ação que resulta da posição que esse último assume no processo e que também resulta da igualdade das partes no processo. (cf. ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Parte general. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Depalma, 1969, vol. I. p. 315-317).

⁵²⁷ CONSOLO, Claudio; GODIO, Frederica. Principio del contraddittorio *in* COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; *et alii*. **Commentario del codice di procedura civil**. Torino: Utet Giuridica, 2012, vol. II. p. 22-23. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=5-xiBAAQBAJ&pg=PA24&lpg=PA24&dq=comoglio+contraddittorio&source=bl&ots=5kf_mKkKSs&sig=fpsv7IVzlaOgfcgHici1Y2pB8U&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwipzOCHnrQAhVEG5AKHdE9Bil4ChD_oAQgaMAA#v=onepage&q=comoglio%20contraddittorio&f=false>. Acesso em 02 nov. 2016. Os doutrinadores advertem, todavia, que o contraditório deva ser desdobrado em concreto.

⁵²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 112.

preparatórias daqueles provimentos. O doutrinador observa, assim, que a essência do processo é o contraditório, ou seja, “um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato”.⁵²⁹

O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles.⁵³⁰

FAZZALARI quer teorizar menos sobre o objeto do processo, preferindo laborar na perspectiva do objeto do contraditório. Nesse sentido, o doutrinador pretende abandonar as tentativas de definição do processo a partir do *conflito de interesses*, substituindo-o pela *participação* dos sujeitos na formação do ato jurisdicional. Dessa forma, remete os interesses e suas possíveis combinações ao campo dos dados metajurídicos. É que a ausência da estrutura dialética do processo torna-se inútil indagar sobre eventual conflito de interesses: “onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize, não existe o processo”.⁵³¹

Por fim, a essência do contraditório (o qual, por sua vez, constitui-se na essência do processo) é a *simétrica paridade* da participação dos *contraditores*.⁵³² Daí laborar na perspectiva de *objeto do contraditório*, relacionando-o às “questões” decorrentes das atividades processuais em geral (*v.g.* as questões de ordem de integração do contraditório, as relativas à admissão de prova, aquelas que visam a declaração de invalidade de ato processual, etc.) e, também às questões de mérito.

⁵²⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processo**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33. Nesse sentido, o doutrinador rompe com a tradição da compreensão do processo como relação jurídica instituída a partir de Bulöw e aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, inserindo o contraditório no centro da própria definição do processo. (ver BONACCORSI, Daniela Villani. *Procedimento em contraditório e contraditório no procedimento in LEAL, Rosemiro Pereira. Estudos continuados de teoria do processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 67-68.

⁵³⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 113.

⁵³¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processo**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120-121.

⁵³² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processo**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 123. E ressalta essa posição mais abaixo, ao referir que “[...] o processo é reconhecível cada vez que, mesmo sendo reduzidos os poderes dos “contraditores”, são realizadas entre eles posições simetricamente iguais”. (p. 124).

Nesse contexto, o doutrinador esclarece que a *quaestio* - no seu significado de *res dubia* – pode não emergir no contraditório nos casos em que as próprias partes cuidam em resolve-la antes, mediante procedimento prévio de verificação. Entretanto, em alguns casos, a *quaestio* é levantada, podendo ser controvertida ou não: nessa segunda hipótese, os participantes do processo concordam (tácita ou expressamente) sobre a solução da dúvida enquanto que, na primeira, disputam a referida solução. A controvérsia é muito frequente no processo, sendo que essa é que torna completa a ideia de contraditório, ou seja, do *dizer e contradizer*.⁵³³

3.3 O Livre Convencimento no Vácuo das Teorias Processuais Relativas ao Objeto do Processo e Objeto do Debate

Revela-se intencional construir toda a primeira parte desse capítulo para demonstrar que a teoria do processo consegue explicar o objeto processual – aí compreendido em sua acepção mais ampla – sem qualquer referência ao *livre convencimento*. Ou, por outras palavras, tem-se por eloquente a circunstância de que aquela teoria consiga explicar (ainda que com variações de posicionamentos) tanto o objeto do processo, quanto suas questões sem fazer qualquer alusão ao *livre convencimento* ou mesmo qualquer sistema de valoração das diferentes *questões* suscitadas ao longo da tramitação do processo.

Parece fora de dúvida, em uma primeira aproximação, que os fenômenos relativos às provas e de motivação da decisão judicial guardam um nexu muito estreito entre si no âmbito de uma concepção racionalista da referida decisão.⁵³⁴ Ou, por outras palavras, partindo da premissa de que é sensível que a valoração (qualquer que seja) das provas pode interferir diretamente na construção da decisão judicial então seria razoável supor, em uma linha de princípio, que as diferentes teorias relativas ao objeto processual colocassem em destaque o livre convencimento em suas diferentes manifestações fenomenológicas ao longo do processo.

⁵³³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processo**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 125.

⁵³⁴ TARUFFO, Michele. Considerações sobre prueba y motivación. Trad Nicolás Pájaro Moreno in TEJADA, Horacio Cruz. **Nuevas tendencias del derecho probatorio**. Bogotá: Uniandes, 2011. p. 39. O tema relativo a essa *racionalidade* será melhor abordado no próximo capítulo.

Subsiste, pois, *algo* do positivismo normativista na forma como é concebido tradicionalmente o objeto examinado. Isso porque as diferentes teorias e posições estudadas tentam fixa-lo *a priori*, sem qualquer referência (ou preocupação) com a *faticidade* que esse apresenta. Tenha-se em conta, nesse sentido, que o livre convencimento sempre está relacionado diretamente ao *fato* ou ao *caso* em concreto, como se pode extrair das várias passagens jurisprudenciais examinadas no primeiro capítulo, sendo esse, entretanto, ignorado em uma perspectiva teórica do objeto do processo.⁵³⁵ Ao conjugar essa circunstância com a *moldura interpretativa* kelseniana, chega-se à conclusão de que o sistema processual hodierno parece estar conformado com a ideia das várias possibilidades de solução do caso concreto. Mesmo que se entenda radical a ideia acima, deve-se atentar para o fato de que o *resultado concreto não integra o objeto do processo*.⁵³⁶

DE LUCCA denunciou essa circunstância à luz da compreensão silogística do ato judicial decisório, aduzindo que essa configuração mecanicista do raciocínio judicial constituiu-se em uma solução ilusória do problema em questão, tendo em vista propiciar um verdadeiro ocultamento do tema representado pela problemática interna do raciocínio judicial.⁵³⁷ Nessa linha de raciocínio, não se mostraria irrazoável a proposição de LUHMAN no sentido de que o procedimento judicial visa reduzir a complexidade, substituindo antigos fundamentos naturalistas ou métodos variáveis de estabelecimento do consenso e com vistas a obtenção da aceitação das decisões. O doutrinador consegue, assim, diferenciar a aceitação das premissas da decisão da aceitação da *própria* decisão.⁵³⁸ Daí porque importante lembrar a

⁵³⁵ Não se fará, neste trabalho, a discussão do procedimentalismo *versus* substancialismo, haja vista as finalidades aqui pretendidas. Entretanto, entende-se relevantíssima a mesma, razão pela qual remete-se à leitura da obra de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

⁵³⁶ Demonstra-o a firme convicção de DINAMARCO de que é muito cara, à doutrina processual, a afirmação de que a jurisdição é exercida no caso concreto, não tendo finalidade institucional de dar solução às questões no processo. Desse modo, o juiz dá solução a essas apenas como um segmento do seu *iter* lógico. (DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. p. 310).

⁵³⁷ DE LUCCA, Giuseppe. Profilo storico del libero convincimento del giudice *in* **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 17. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁵³⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 198. p. 31-35. Cita-se o doutrinador de forma exemplificativa, no âmbito de um conjunto de orientações que “[...] não se ocupam diretamente do problema da verificação da verdade dos fatos porque não levam em consideração o conteúdo e a qualidade da decisão que conclui o processo. São perspectivas teóricas de vários gêneros que têm em comum, no entanto, a característica de concentrar a atenção exclusivamente sobre a *função legitimante* que é desenvolvida pelo *rito* [...]”. TARUFFO, Michelle. Verdade e processo *in* TARUFFO,

advertência de KUHN, para quem as técnicas que surgem no âmbito da tradição científica têm em comum a circunstância de poderem ser relacionadas e ou modeladas em outras partes do *corpus* científico que uma dada comunidade científica já reconhece como uma das suas realizações confirmadas.⁵³⁹

Nesse sentido, ao examinar a EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CPC/2015, verifica-se a clara mensagem no sentido de que

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.⁵⁴⁰

Parece correta a observação encontrada em doutrina, portanto, no sentido de que o CPC/2015 não pretendeu romper com as linhas gerais do atual modelo de processo.⁵⁴¹ Na realidade, o Novel Diploma processual mantém, ao menos em linhas gerais, a ideia de questões e de mérito nos moldes propugnados pelo Diploma que lhe precedeu⁵⁴² e, a reboque desse, a compatibilidade dessa com a teoria do objeto processual antes estudada. Isso não significa a ausência de avanços no referido Diploma, dada a sua inspiração nas vertentes *fazzalarianas* ao regradar normativamente o contraditório em várias das suas disposições legais (art. 9º, art. 10, art. 115, art. 372, etc.). E, mais do que isso, consagrou uma visão mais refinada desse, ao coloca-lo não só como um direito das partes, mas como um dever de

Michelle. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa *in* **Processo civil comparado: ensaios**. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 37.

⁵³⁹ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 70.

⁵⁴⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

⁵⁴¹ WILD, Rodolfo. Os princípios dos recursos à luz do novo Código de Processo Civil *in* BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (org.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 167.

⁵⁴² Por óbvio que o CPC/2015 consagra inúmeros institutos processuais inovadores se comparado com o *Codex* que lhe precedeu como, por exemplo, a previsão de decisão antecipada de mérito (art. 356) inclusive passível de coisa julgada (art. 502) e a diferença de conceituação legal de decisão interlocutória (art. 203 do CPC/2015 frente ao art. 162 do CPC/73). Contudo, a concepção de legal de *mérito* permanece substancialmente a mesma (art. 487 do CPC/2015 frente ao art. 269 do CPC/73). Tais alterações estão muito mais situadas, na tentativa de conferir, ao processo, um maior “grau de eficiência” na forma referida pela Exposição de Motivos antes referida.

resposta (art. 489), no que parece alinhado mais a uma ideia de enfrentamento explícito do *objeto do debate* em comparação com a legislação processual anterior.

Contudo, em que pesem essas e outras alterações normativas, destaca-se que o CPC/2015 parece manter a regra-matriz da persuasão racional – ao menos em relação à apreciação da *prova constante nos autos* – muito embora sem a expressão “livre” constante no art. 131 do CPC/73, de forma que a mesma também merece ser melhor explorada no âmbito da teoria do processo.

4 O LIVRE CONVENCIMENTO: ENTRE A *ILUSÃO* PACIFICADORA E A SUA COMPREENSÃO PROBLEMÁTICA.

Abaixo, o livre convencimento será abordado em uma perspectiva histórico-dogmático e, também, em sua perspectiva problemática, essa ligada aos aspectos epistemológicos do instituto.

4.1 A Ilusão Pacificadora

Afirma-se como *pacificadora* o conjunto de compreensões tradicionais relativas ao livre convencimento, normalmente encontradas no âmbito do senso comum teórico que o permeia.

4.1.1 Em uma Perspectiva Histórica

Em uma perspectiva histórica, pode-se visualizar o livre convencimento como um dos frutos resultantes da fusão do direito romano e germânico. Com efeito, a *actio* romana, situada no âmbito do *ordo privatorum judiciorum*, desenvolvia-se em duas fases distintas entre si: uma primeira fase, *in iure*, que ocorria perante o magistrado, que era encerrada com a *litiscontestatio* por meio da redação de uma *fórmula*. A segunda, denominada de *apud iudicem*, desenvolvia-se perante o *iudex*, cidadão romano que recebia a fórmula do magistrado e que julgava o litígio nos limites dessa, por meio de uma sentença.⁵⁴³

Para o exercício das suas atribuições, o magistrado instituía conselho próprio, formado por *experts* que haviam estudado o direito e, assim, poderiam auxiliá-lo nas suas atividades.⁵⁴⁴ O *iudex*, por sua vez, também formava o seu próprio conselho, formado por pessoas experientes. Não se vislumbram regras de predeterminassem *como* deveriam ser julgados os litígios, salvante os limites desse julgamento

⁵⁴³ BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 18.

⁵⁴⁴ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**: ejercicio y defensa de los derechos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1954. p. 124. O autor conclui: “[...] y esto resulta fácil de comprender porque, teniendo que ejercer la jurisdicción personas que a menudo no habían hecho estudio alguno de derecho (sabido es que los magistrados romanos se elegían las más de las veces por razones políticas y no por razones de capacidad especial en la administración de justicia), era naturalmente necesario que se ilustraran por medio de consejeros expertos. Estos consejeros se llaman assessores; porque, efectivamente, se sentaban en torno al magistrado”.

representados pela fórmula. Daí porque possível afirmar que o *iudex* era dotado de liberdade para decidir, muito embora a existência dos conselhos antes referidos também demonstre que tal liberdade não era total, já que não havia “[...] *librado completamente a su propia y a menudo poco iluminada conciencia, sino que debía recabar de la ciencia de los demás las luces que a é el faltaban*”.⁵⁴⁵

Com a queda de Roma no ocidente, a prática judiciária germânica sucedeu o direito romano na Europa ocidental. Trata, essa, de uma prática processual com orientação profundamente diversa da romana, porque espelhava uma cultura voltada à crença na intervenção divina no mundo dos homens, a qual cuidava de tomar partido a favor de quem tem razão e contra quem não a tem.⁵⁴⁶ Fundamentalmente, o processo germânico foi orientado no sentido de tornar possível o *Juízo de Deus*, cujo instrumento era o ordálio.⁵⁴⁷

A atividade judicial decorrente do processo germânico fora bastante diversa daquela estabelecida na *actio* romana, já que essa visava o convencimento do magistrado enquanto que, aquela, tinha como objetivo alcançar um juízo divino.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1954. p. 125.

⁵⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile** (1894-1937). Milano: Giuffré, 1993, vol. secondo. p. 213.

⁵⁴⁷ “No latim bárbaro *Ordalia* é evidente derivação de *Urtell* (*Urtheil* em alemão, julgamento)”. HERCULANO, Alexandre. **Opúsculos**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1885, vol. 05. p. 401 (nota nº 127). Os ordálios constituíram-se em um sistema probatório comum na resolução dos litígios cíveis e penais introduzidos na Europa com as invasões bárbaras após a queda de Roma. Constituem-se em uma grande variedade de técnicas utilizadas em diferentes situações, de acordo com as tradições particulares e com base nas escolhas feitas pelos juízes ou pelas partes sendo, o mais comum (e mais duradouro) o duelo judicial, no qual as partes ou seus campeões combatiam perante os juízes. Outras formas de ordálios também foram comuns como, por exemplo, a *prova d’água*, a prova do *calderão fervente*, a prova do *ferro incandescente*, a prova do *fogo* e respectivas variações. Todos esses meios estavam situados no âmbito dos denominados *juízos divinos*, visto que fundados na premissa de que Deus, uma vez requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o resultado da prova e tornar evidente a inocência ou a culpa do sujeito que a ela se submetera. Cf. TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 18-19.

⁵⁴⁸ Parte da doutrina refere que tal Juízo, instrumentalizado pelo ordálio, representou um primitivo e irracional direito à prova (vide, por exemplo, CAENEGEM, R.C. van. **Uma Introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27). Outros, entretanto, ressaltam que uma avaliação como essa incorre nos riscos da interpretação de eventos passados à luz do pensamento contemporâneo. V.g. “Naqueles tempos, a vida cotidiana das pessoas era dominada pelo sangue e pela violência e estava profundamente imersa em um mundo místico repleto de milagres, santos demônios, bruxas e magos: em uma cultura desse gênero, dominada pelo *enchantment*, a convicção de que o divino pudesse desempenhar um papel importante na determinação da vida dos seres humanos podia parecer profundamente justificada. Mais especificamente, não havia qualquer extravagância em pensar que Deus devesse intervir na determinação de eventos importantes como as controvérsias judiciárias”. TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 20.

No sistema dos ordálios, a função do juiz consiste em estabelecer *quem deve realizar a prova e com quais meios*; uma vez realizada essa tarefa, caberá, ao juiz, tão somente averiguar a realização dessa prova. A convicção individual do juiz não assume qualquer importância, sendo possível afirmar mesmo que a (livre) valoração do magistrado não teria qualquer sentido no contexto desse sistema processual.⁵⁴⁹ Afinal, o “[...] triunfo, ou malogro da causa depende unicamente do bom, ou mau êxito na produção da prova, não entrando o juiz na apreciação do seu merecimento, mas tão-só na verificação se foi, ou não realizada”.⁵⁵⁰

Observa-se, no transcurso da Idade Média, o gradativo impulso de substituição do sistema dos ordálios, merecendo destaque o ano de 1215, quando o Papa Inocêncio III impôs, no Concílio Laterano, a proibição dos ordálios como meio de prova para o estabelecimento da vitória ou derrota em controvérsias judiciais.⁵⁵¹ Verdade é que essa proibição derivou de um longo processo histórico, não havendo, aí, propriamente um movimento ruptural em relação ao estágio em que se encontrava a cultura jurídica medieval de então. Cita-se, como exemplo, o reino Lombardo, formado no século VI, como resultado da conquista lombarda sobre grande parte da península itálica e que manteve em Pavia (sua capital) um tribunal supremo e uma importante escola de direito na qual o direito longobardo e legislações romano-barbáricas eram ensinadas àqueles que se tornariam juízes ou notários. Ali, o direito romano permaneceu sendo ensinado em um ambiente cultural elevado no qual os juristas longobardos permaneceram utilizando o latim.⁵⁵²

No contexto do medievo, o direito lombardo se mostra bastante representativo, para a doutrina, de uma transição historicamente precoce do modelo germânico dos ordálios para o moderno modelo de provas. Em que pese os primeiros documentos jurídicos escritos – a exemplo do Edito de Rotário (643) – seguirem, em linhas gerais, o modelo germânico tradicional quanto ao processo, é possível verificar que os juízes lombardos não estavam limitados estritamente à

⁵⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile** (1894-1937). Milano: Giuffré, 1993, vol. secondo. p. 213.

⁵⁵⁰ BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição** no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 55.

⁵⁵¹ TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 18.

⁵⁵² TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 23.

função de verificação formal dos ordálios. Na realidade, mostra-se provável que levassem em consideração outros meios de prova antes daqueles.⁵⁵³

As reformas ulteriores àquele Edito - notadamente as realizadas por Liutprando - colocaram um novo conceito no centro da administração da justiça: da verdade objetiva ou *certa veritas*, considerada como o *escopo fundamental da produção das provas* e que, portanto, gerou um novo modelamento do processo para que aquela verdade fosse apurada.⁵⁵⁴ Isso permitiu, aos litigantes, que carregassem, para o processo, provas orais e escritas para análise do juiz: “Os documentos tornaram-se rapidamente um tipo de prova muito comum [...]: a partir do século VIII a redação de documentos era uma prática corrente para qualquer tipo de acordo contratual e, portanto, era uma prática normal também sua utilização em juízo”.⁵⁵⁵ Em todo o caso, FERRAJOLI refere que o princípio da livre convicção e o repúdio das provas legais foram firmes durante a primeira fase da Idade Média, juntamente com o princípio *iuxta alligata et probata*. “Sentenciar segundo as provas e valorar estas com pura consciência, tendo Deus como juiz: eis aí a norma seguida nas escolas e tribunais”.⁵⁵⁶

Importante referir, ainda, que as mutações no âmbito do Direito foram aceleradas pelo florescimento das cidades na Europa Ocidental, o que também contribuiu para novas exigências decorrentes da própria complexidade das relações sociais trazidas pelo progresso urbano e comercial verificado a partir do século XI. Este aumento da complexidade impulsionou, por sua vez, o domínio político e a formação de uma cultura literária profana, dentre outros. “Se este último facto incentivou o recurso à tradição romana, o primeiro fez crescer as necessidades de

⁵⁵³ “[...] parece, pois, que também no bojo do procedimento germânico tradicional a praxe longobarda estivesse orientada no sentido de consentir que os juízes levassem em consideração toda fonte de prova, a fim de esclarecer e apurar os fatos do caso: por assim dizer, esses juízes operavam no sentido de descobrir a *veritas* dos fatos, não obstante o procedimento estivesse destinado a terminar com a *Beweisurteil*”. TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 24.

⁵⁵⁴ Ainda: “[...] os juízos divinos, em todas as suas formas, estão ausentes dos documentos judiciais redigidos no Reino Itálico nos séculos VIII e IX. Os mesmos documentos mostram, por outro lado, uma cultura profissional de alto nível por parte dos juízes ou dos notários que os redigiam”. TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 27.

⁵⁵⁵ TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 27

⁵⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares *et alii*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 180.

uma expressão oral e escrita precisa e de rigor nas concepções jurídicas”.⁵⁵⁷ Esse é o germe do paulatino surgimento, nas legislações desse período, de regulação legal na valoração da prova. Citam-se, como exemplo, as *Partidas*, documento legislativo a meio caminho entre um corpo legislativo e um manual e que regulou, de forma detalhada, diversos casos de valoração legal (além de uma proibição genérica dos ordálios).⁵⁵⁸ Denota-se, também, na *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) de Carlos V (Sacro Império Romano-Germânico) algumas regras atinentes à valoração legal da prova, bem como de livre valoração do juiz.⁵⁵⁹ Importante frisar, entretanto, que esse isso não implicou na supressão do amplo leque de livre valoração da prova, até porque esse último não foi banido no âmbito das referidas *Partidas*.

Em todo o caso, passou-se a verificar, a partir desse período, aplicações cada vez mais frequentes da valoração *fixa* (tarifada) da prova. CALOGERO, por exemplo, entende que a vulgarização desse sistema de valoração legal guardava sintonia com o *pensamento escolástico*, dado que, pela sua sistemática de construção de raciocínio, era frequente a busca de fundamentação que corroborasse as conclusões do agente em textos de autoridades.⁵⁶⁰ FENOLL, por sua vez, confere uma interpretação mais pragmática do fenômeno, vinculado à própria lógica de funcionamento do *iudicium* medieval:

*[...] lo que probablemente debió ocurrir es que igual que para los abogados debía ser más cómodo recurrir a estas normas de valoración legal, también lo era para los jueces, porque podían resolver los casos de forma prácticamente matemática, renunciando [...] proceder a una auténtica valoración de la prueba.*⁵⁶¹

⁵⁵⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 41.

⁵⁵⁸ FENOLL, Jorge Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 57. Na página seguinte (p. 58), o doutrinador enumera algumas das disposições relativas à valoração legal da prova existentes nas *Partidas* (especialmente, na terceira): proibição da prova por presunções, somente, no âmbito do processo penal (exceto no caso de adultério); exigência de testemunha em qualquer demanda para ter como um fato; proibição de testemunha *referida*; eficácia plena à prova documental realizada segundo à forma estabelecida em lei, em relação ao seu conteúdo, etc.

⁵⁵⁹ FENOLL, Jorge Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 60.

⁵⁶⁰ CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Padova: CEDAM, 1937. p. 75-77.

⁵⁶¹ “[...] las legislaciones vigentes en esos tiempos no imponían la valoración legal de forma generalizada, ni tan siquiera la valoración legal del juramento en realidad. Debíó ser solamente la corrupción de los usos forenses la que hizo simplificar la realidad y resolver sistemáticamente los litigios a base de juramentos y cómputo del número de testigos, eludiendo una auténtica valoración de la prueba, cuando las leyes, en realidad, nunca ordenaron una actividad reduccionista semejante, sino más bien todo lo contrario”. FENOLL, Jorge Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 68-69.

Pode-se afirmar, portanto, que a *práxis* que impôs, ao longo do tempo, a resolução sistemática de litígios com base em juramentos, número de testemunhas, etc., impondo a valoração fixa das provas quando as leis, em realidade, não chegaram a impor uma atividade judicial *reducionista* como essa.

O livre convencimento se constituiu, portanto, como uma das muitas reações dos movimentos codificadores pós-Revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX. Os principais códigos processuais dessa época foram o de Frederico II, na Prússia, o de Napoleão na França e o *Allgemeine Gerichtsordnung*, de José II da Áustria, promulgado em 1781 para os territórios da Europa Central sob o domínio dos Habsburgos e que também foi importante para os Países Baixos austríacos.⁵⁶² A organização judiciária e, portanto, o processo assumem relevo na configuração do Estado Liberal resultante desse período a tal ponto de romperem com a tradição do processo comum medieval, como será melhor abordado abaixo.

Como exemplo, cita-se o *Code de Procédure* napoleônico de 1806, que está inserido em um contexto ideológico de ruptura total com o direito antigo em face à Revolução que o precedeu. O *Code* tratou de materializar as exigências do primeiro liberalismo quanto à política judiciária,⁵⁶³ apresentando importantes características conservadoras como, por exemplo, a manutenção da ideia do processo civil enquanto disputa entre cidadãos livres e responsáveis em que não se fazia nenhuma iniciativa ou intervenção por parte da administração ou de um juiz.⁵⁶⁴

A experiência alemã, por outro lado, contou com o governo de *déspotas esclarecidos*, sendo que as reformas legislativas – e consequente edição do ZPO - foram fruto da deliberação de imperadores, reis e altos funcionários conquistados pelas novas ideias.⁵⁶⁵ Daí porque suas variáveis são sensivelmente diferentes em relação àquelas que ambientaram a elaboração do *Code de Procédure* Francês. Aquele foi do trabalho de um corpo de juízes com uma alta qualificação técnica e, não, obras de letrados. A impregnação da consciência jurídica alemã por esta obra legislativa foi, graças aos seus evidentes méritos, mais completa do que no trabalho

⁵⁶² CAENEGEM, R.C. van. **Uma Introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 185.

⁵⁶³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 531.

⁵⁶⁴ CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15.

⁵⁶⁵ CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 170.

erudito BGB, em relação ao qual o espírito das leis de organização judiciária mantém uma sensível distância.⁵⁶⁶ Como consequência, verifica-se, nele, uma estruturação sensivelmente diferente que impôs o dever de o tribunal investigar a verdade, mesmo se isso envolvesse o juiz em uma investigação que fosse além dos elementos apresentados pelas partes. Sua ideia divergente do processo baseava-se nos princípios da *Instruktionsmaxime* e da *Offizialmaxime*, nas quais o *officium iudicis* é o princípio condutor do processo civil. A tarefa do juiz é proteger o cidadão e convencer-se dos méritos do caso, independentemente das alegações das partes, mesmo quando nada dizem ou cometem erros.⁵⁶⁷

Em todo o caso, uma característica comum dos Estados Liberais pode ser observada pela tendência de abolição do labirinto de tribunais, cortes de justiça e parlamentos com suas jurisdições sobrepostas, substituindo-os, em escala nacional, para todos os cidadãos, por uma hierarquia de tribunais mais racional e uniforme. Particularmente, o modelo de provas legais do medievo, tido como excessivamente teórico e complicado, também foi negado pelas novas legislações. Para o sentido comum teórico, o livre convencimento é percebido como uma oposição aos sistemas de prova legal e de íntima convicção,⁵⁶⁸ muito embora tenha sido demonstrado que não se trata de uma invenção verdadeiramente "*moderna*"⁵⁶⁹ (o que pode ser dito, aliás, também sobre a própria ideia verdade judicial como uma verdade não necessária, mas, apenas, provável).⁵⁷⁰ Em todo o caso, foi com base nessas

⁵⁶⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. p. 534-535. O doutrinador complementa: "Esta distância ou tensão revela-se ainda hoje no facto de o candidato a jurista, dotado de uma formação teórica, não se inserir com facilidade no direito processual, pois ele foi formado por uma ciência jurídica privatista cuja estrutura conceitual nem sempre reproduz de forma correspondente ao Código de Processo Civil (ZPO) a função do direito substantivo nas controvérsias jurídicas".

⁵⁶⁷ CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 185.

⁵⁶⁸ CANESTRELLI, Serena. **Istruzione probatoria e libero convencimento del giudice**. Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2011. p. 01. Disponível em: <https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/20077/25552/Phd_unimib_040978.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

⁵⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares *et alii*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

⁵⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares *et alii*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111. Nesse sentido, pode-se rememorar lições modernas no sentido de que o processo obtém juízos de probabilidades, uma *verdade provável* que é alçada, com o trânsito em julgado da decisão, ao patamar de *certeza jurídica* (Cf. CALAMANDREI, Piero. Verità e Verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. 10, parte 1. p. 166).

percepções que a doutrina processual passou a construir, de forma dogmática, o conteúdo do *livre convencimento*.

4.1.2 Em uma Perspectiva Dogmática

CHIOVENDA já fazia referência à persuasão racional como princípio. Para o doutrinador, o livre convencimento figura como um princípio geral sobre a prova, aduzindo que *“el derecho moderno rechaza el sistema de la prueba legal adoptando el principio de que la convicción del juez debe formarse libremente”*.⁵⁷¹ Em outra obra, defende que *“o direito moderno proscreeu, na generalidade, o sistema da prova legal, agasalhando o princípio de dever a convicção do juiz formar-se livremente”*.⁵⁷² Ocorre que, em ambas as obras, também adverte que são numerosas as reminiscências de outros *sistemas*, notadamente o da prova legal, parecendo tratar as categorias de princípio e de sistema como equivalentes em seu texto.

CARNELUTTI construiu premissas metodológicas mais específicas em relação ao livre convencimento em causa pois efetuou diferenciação mais clara entre juízos de fato e juízos de direito. Fez referência, nesse sentido, à regra geral de livre valoração com base na liberdade de valoração das provas. Quanto à qualificação jurídica dos fatos, entretanto, refere que o magistrado deve seguir as normas legais. *“Por tanto, la reconstrucción libre de los hechos es la regla y, em cambio, su valoración libre es la excepción”*.⁵⁷³ Contudo, sobre a qualificação jurídica do fato, o autor vai pontuar mais adiante que *“[...] el juez está vinculado en cuanto no puede elegir la norma fuera del campo legislativo; pero dentro de este campo se mueve con perfecta libertad, aun respecto a la iniciativa de las partes”*.⁵⁷⁴

Em outra obra, o doutrinador faz referência à existência de disciplina jurídica que se refere a notória antítese entre prova livre e prova legal para, mais adiante, tecer considerações sobre a superioridade do princípio da prova livre sobre o princípio oposto.⁵⁷⁵ Assim, faz referência a um princípio de prova livre, muito embora

⁵⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. José Casais y Santalo. Madrid: Editorial Reus, 1925, tomo II. p. 282.

⁵⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Caitanio. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, vol. I. p. 110.

⁵⁷³ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 156-157.

⁵⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 160-161.

⁵⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Funzione e composizione del

aparente alguma confusão – ou imprecisão - conceitual no uso dessa categoria posto que também aduz também que a “[...] avaliação livre e avaliação legal correspondem a dois *principios*, nenhum dos quais assume caráter de *regra* diante do outro [...]”.⁵⁷⁶ Pelo exposto, não resulta claro se o autor está laborando na perspectiva de regras ou de princípio ao tecer suas considerações sobre a livre convicção.

CALAMANDREI não faz referências à expressão “princípio” ao aludir a livre convicção ou persuasão racional; faz, sim, alusão à expressão “sistema” como, por exemplo, no seguinte trecho: “[...] *por lo que se refiere a la valorización de las pruebas, la ley puede seguir, como se sabe, dos sistemas opuestos (o, como hace nuestro Código, um sistema misto); el de la libre convicción o de la persuasión racional [...] y el de a prueba legal*”.⁵⁷⁷ O doutrinador explica que a valoração dos meios de prova é confiada ao Juiz, sem que seja obstado às partes efetuarem suas alegações em relação àquelas,⁵⁷⁸ sendo que o dever de “[...] *fundar las sentencias es um eficaz correctio de cuanto se podía encontrar de demasiado arbitrario em el sistema del íntimo convencimiento*”.⁵⁷⁹ Interessante anotar que o doutrinador não nega que o sistema em exame possa ter seus defeitos (ou *danos*), mas entende que esses são indubitavelmente menores que o sistema oposto (da prova legal).⁵⁸⁰

Nessa linha, também pode ser referido que LESSONA não menciona a expressão *principio* ao explicar o instituto, referindo-se a esse como um *sistema*.⁵⁸¹

proceso. Padova: Cedam, 1936, vol. I. p. 580. Embora também afirme, logo após, que “se tal superioridade for indiscutível *quo ad justitiam*, não acontece o mesmo quando se tratar da incerteza, à qual, dentro de determinados limites, pode sacrificar a justiça no processo civil”.

⁵⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Funzione e composizione del proceso. Padova: Cedam, 1936, vol. I. p. 583. Ao final, *mescla* os dois princípios (ou, na confusão que estabelece, as regras) para aduzir que “o princípio retroexposto é precisado, pois, nos seguintes termos: as provas cuja avaliação não vem regulada pela lei, expressamente ou por analogia, avaliam-se de acordo com a prudência do juiz”.

⁵⁷⁷ CALAMANDREI, Piero. **Estudios Sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1968. p. 381.

⁵⁷⁸ “La valuación de los medios de prueba, por su parte, está confiada por la ley al Juez nada máx, sin impedir a las partes ilustrarle en esta obra sumamente importante y delicada. La valuación de las pruebas para la decisión es hecha por el Juez; pero la ley no prohíbe ciertamente a las partes exponer al Juez la valuación hecha por las mismas”. LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba en derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Editorial Reus, 1928, vol. I. p. 438.

⁵⁷⁹ LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba en derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Editorial Reus, 1928, vol. I. p. 356.

⁵⁸⁰ LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba en derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Editorial Reus, 1928, vol. I. p. 441.

⁵⁸¹ “El legislador, al regular la valuación de las pruebas, puede inspirarse, como dice Gennari, em tres sistemas distintos: [...]. c) El de la persuasión racional, em el cual el Juez deve pesar com justo criterio lógico el valor da las pruebas produidas, y puede tener por verdadero el hecho controvertido, sólo sobre la base de las pruebas que excluyen toda duda de lo contrario. La verdad jurídica pende em este sistema, no de la impresión, sino de la conciencia del Juez

Também merece referência TARUFFO, para quem o princípio da livre convicção marca uma racionalidade moderna no processo, posto que livre de vínculos formais e baseada em uma lógica de probabilidades, “[...] *inspirada en criterios científicos y en el sentido común, flexible y adaptable a las exigencias de la verdad empírica*”.⁵⁸² O doutrinador alude às afirmações encontradas em doutrina no sentido de que o princípio se constitui em *cláusula de estilo* em todas as legislações processuais, considerado inclusive como *fundamental* ou *geral*. Mas adverte que “[...] *dicho principio sufre frecuentemente excepciones relevantes y, especialmente, que no supone en absoluto el uso de métodos racionales para la valoración de las pruebas*”.⁵⁸³ O doutrinador aduz, ainda, que o princípio em causa “[...] *supone también la libertad de este de escoger, entre el material probatorio incorporado a la causa, los elementos que considere significativos y determinantes para la decisión sobre el hecho*”.⁵⁸⁴ Cabe destacar que, em outra obra, faz referência ao “princípio” do livre convencimento do juiz como oposto ao “sistema” de prova legal,⁵⁸⁵ apontando, portanto, para uma ausência de critério em relação à utilização das expressões em comento.

COUTURE também não faz referência, em sua obra, a um *princípio* de livre convencimento, mas, sim, de um *método* (de decisão). Assim é que afirma que, por “[...] *la libre convicción, debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de ese método [...]*”.⁵⁸⁶ O doutrinador, inclusive, demonstra preocupação com o que se pode entender como

[...]. LESSONA, Carlos. **Teoría general de la prueba en derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Editorial Reus, 1928, vol. I. p. 439.

⁵⁸² TARUFFO, Michelle. **La Prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 395.

⁵⁸³ TARUFFO, Michelle. **La Prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 398.

⁵⁸⁴ TARUFFO, Michelle. **La Prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 402. Em nota de rodapé (nº 222) complementa: “Este punto es continuamente reafirmado pela jurisprudência y es una consecuencia lógica de la falta de vínculos normativos em la valoración de las pruebas a los efectos de la decisión”.

⁵⁸⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelle. **Lezione sul processo civile**. Bolonha: Mulino, 1998. p. 523. A passagem em referência aduz que: “Il problema della valutazione delle prove in senso proprie si pone [...] quando há modo di applicarsi il principio del libero convincimento del giudice (ar. 116, comma 1). Esso costituisce inverso l’antitesi del sistema della prova legale [...]”.

⁵⁸⁶ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 273. Mais abaixo, o Autor repristina a idéia de método: “La doctrina europea costumbra llamar libre convicción a un método especial de análisis de la prueba [...]”.

o problema da discricionariedade judicial frente ao *método* em questão⁵⁸⁷ para advertir, que *“el sistema de la libre convicción llevado hasta sus últimos límites, no es sino un régimen voluntarista de apreciación de la prueba, paralelo con el del derecho libre preconizado para la interpretación de la ley”*.⁵⁸⁸

ARAZI, por sua vez, reproduz em linhas gerais as lições vertidas por COUTURE, fazendo referências ao *sistema* em questão, que *“[...] exige un proceso lógico de razonamiento, debiendo el juez explicar dicho proceso”*.⁵⁸⁹ MELENDO também refere o *sistema* de livre convicção motivada como intermediário entre a livre convicção e o da prova legal. Não faz alusão, portanto, a um princípio de processo em relação ao tema em análise.⁵⁹⁰ RODRIGUEZ, a seu turno, entende que a livre valoração constitui um princípio que confere ao julgador apreciar o valor ou força de convicção dos meios probatórios. Embora faça referência, nesse contexto, à faculdade discricionária do juiz, refere que essa não é absoluta pois essa margem de atuação está limitada às noções da *ciência da prova*, que exclui e circunscreve aquela liberdade. O *“juez, al pesar el valor de las pruebas, solo puede tener por establecido o por verdadero el hecho controvertido cuando, de las pruebas producidas para demostrarlo, aparezca claramente excluída toda duda de lo contrario”*.⁵⁹¹

Cabe anotar, no contexto da análise doutrinária aqui elaborada, a crítica de GORPHE que, sem fazer referências a algum princípio ou sistema de valoração, cuida de se opor a uma concepção puramente subjetiva de convicção do juiz.⁵⁹² Para o doutrinador, a moderna concepção racional de provas deve ser resultado de um exame analítico dos fatos submetidos à prova e uma apreciação crítica *de todas as circunstancias pró e contra*. Dessa forma, *“[...] se eleva así, dentro de lo posible,*

⁵⁸⁷ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 274. Assim é que refere: *“Cuando en el derecho europeo se habla discricionariedad en el juez, tanto en la admisión con la interpretación de la prueba, no se piensa tanto en un régimen dentro de la cual el magistrado puede actuar contra la prueba de autos, sino mas bien en un método de liberación de la estrictez de la prueba legal”*.

⁵⁸⁸ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 275.

⁵⁸⁹ ARAZI, Roland. **La prueba em el proceso civil**. 3. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2008. p. 208.

⁵⁹⁰ MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979. p. 258.

⁵⁹¹ RODRIGUEZ, Tulio Enrique Espinosa. **La valoración de la prueba en el proceso**. Bogotá: Temis Bogotá, 1967. p. 63-64.

⁵⁹² “La libre apreciación de las pruebas [...] no quiere decir apreciación arbitraria; pues, si no, no se habría abandonado la arbitrariedad del legislador sino para caer en la del juez”. GORPHE, François. **Las resoluciones judiciales**. Estudio Psicológico y Forense. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 116.

desde el nivel de la simple creencia subjetiva al del verdadero conocimiento objetivo, basado sobre razones impersonales, de naturaleza capaz para imponerse a cualquier otro juez".⁵⁹³

CABRITA, ao examinar a livre apreciação de provas pelo juiz, refere que esse decidirá segundo sua *prudente* convicção acerca de cada fato, salvo em relação aqueles para cuja a lei exija alguma formalidade específica. Essa análise tem natureza crítica e exige: **(i.)** indicação das ilações extraídas dos fatos instrumentais; **(ii.)** especificação dos demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; **(iii.)** sejam considerados os fatos admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão escrita; **(iv.)** compatibilização de toda a matéria de fato adquirida no processo e; **(v.)** extração dos fatos a partir das presunções impostas por lei ou por regras de experiência. A doutrinadora também refere que inexistem formas absolutamente consagradas e infalíveis de proceder essa análise crítica, verificando-se várias estruturas e formulações utilizadas para tanto. Em todo o caso, essa análise crítica deve – idealmente – ser elaborada de forma a permitir que qualquer pessoa possa compreender quais os meios de prova concretos que basearam a determinação do fato como provado – ou não – bem como as razões pelas quais esses foram considerados credíveis e idôneos para sustentar tal juízo.⁵⁹⁴

Em *terrae brasilis*, anota-se, em obras de doutrina processual, a referência ao *princípio do livre convencimento do juiz*. Assim é que MARQUES aduz que, pelo princípio em exame, o juiz aprecia livremente os elementos probatórios no processo, sem vincular-se a critérios apriorísticos de supremacia de uma prova sobre a outra. Contudo, o autor parece demonstrar a mesma indefinição conceitual sobre a categoria princípio, pois entende que o “princípio da livre convicção se situa entre o sistema da prova legal e o sistema do julgamento *segundo conscientiam*”.⁵⁹⁵

⁵⁹³ GORPHE, François. **Las resoluciones judiciales**. Estudio Psicológico y Forense. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 118. E conclui dizendo: “No cabe pedir a los jueces sino que formen su convicción tan cuidadosa y seguramente como resulte prácticamente posible, teniendo en cuenta las dificultades y la gravedad del asunto, y que alcancen la certeza cuantas veces las pruebas lo consientan, pero sin detenerse ante toda posibilidad de duda”. (p. 119-120).

⁵⁹⁴ CABRITA, Helena. **A fundamentação de facto e de direito da decisão cível**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 181-183.

⁵⁹⁵ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millenium, 2000, vol. II. p. 122. Vide, por exemplo, sua afirmação: “A regra da livre convicção não desvincula o juiz das provas dos autos: *quod non est in actis non est in mundo*. No entanto a apreciação dessas provas não fica dependendo de critérios legais discriminados *a priori*. O juiz só decide com a prova dos autos, mas avaliando-as segundo o critério da crítica são e racional”.

MARTINS faz referências à preocupação com a discricionariedade judicial. Para tanto, alude que a atribuição de poderes discricionários ao juiz não significa lhe atribuir poderes indeterminados. Então, tais poderes são definidos e limitados, sendo que as partes os observam e fiscalizam por meio do dever de motivação das decisões judiciais.⁵⁹⁶ Assim é que refere a existência do princípio da liberdade do juiz na apreciação da prova, reforçando, entretanto, a exigência de que o juiz indique, em sua decisão, os motivos determinantes do seu convencimento.

Por outro lado, SANTOS faz referência ao sistema da persuasão racional, o qual concebe como equidistante dos dois outros conhecidos (livre convicção e valoração legal da prova). Menciona, ainda, que a convicção do juiz está condicionada aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida, às provas desses fatos constantes nos autos, às regras legais e; máximas de experiência e motivação.⁵⁹⁷

A seu turno, BAPTISTA DA SILVA usa as expressões *princípio* e *sistema* como equivalentes para explicar que esse é intermediário entre a prova legal e o livre convencimento e aduz que

[...] fundamentalmente, impõe ao juiz a observância das regras lógicas e das máximas de experiência comum considerando ilegítima, por exemplo, uma convicção que o juiz haja formado exclusivamente com base numa intuição pessoal [...].⁵⁹⁸

Ainda, reconhece que esse traduz uma faculdade de iniciativa probatória que se reconhece com bastante *largueza* ao juiz pelos sistemas processuais modernos. Esse *sistema* pressupõe, no juiz, condições pessoais de independência e maior capacidade intelectual e cultural do que a exigida ao magistrado sujeito ao sistema de avaliação legal da prova. Por outro lado, “[...] o dever de fundamentar a sentença, indicando os elementos de prova de que se valeu para formar sua convicção, é uma garantia contra o arbítrio da persuasão racional”.⁵⁹⁹ O doutrinador também faz

⁵⁹⁶ MARTINS, Pedro Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil** (Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939). Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 341.

⁵⁹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, vol. 1. p. 346-347.

⁵⁹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 306.

⁵⁹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 307.

referência à íntima relação entre o princípio da oralidade⁶⁰⁰ e o convencimento. Afirma, para tanto, que a oralidade pressupõe, dentre outros, de um juiz em condição de avaliar livremente a prova que oralmente recebe, tirando dela, sem limitações técnicas, o próprio convencimento.⁶⁰¹ Isso também é retomado por RIBEIRO, para quem o campo mais fecundo da oralidade é o da prova. Nessa linha, a realização do convencimento (não só da prova dos fatos, mas, também, das circunstâncias constantes dos autos) é melhor contextualizado no âmbito das regras da oralidade.⁶⁰²

ASSIS refere que o sistema processual brasileiro rejeitou os sistemas de íntima convicção e de apreciação legal da prova, adotando o princípio da livre apreciação (art. 118 do CPC/39; art. 131 do CPC/73 e art. 371 do CPC/2015). Refere que esse sistema não vincula, em regra, “[...] o juiz à força probante de certa prova, permitindo-lhe liberdade para formar a respectiva convicção a veracidade, ou não, das alegações de fato controvertidas”.⁶⁰³ Mas, logo a seguir, deixa claro que essa livre apreciação é relativa, pois existem situações legais que subordinam o juiz ao reconhecimento da veracidade de certas alegações de fato.

THEODORO JÚNIOR, a seu turno, refere que o CPC/2015 adotou o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, visto que o convencimento não é livre ou arbitrário, restando condicionado às alegações das partes e provas nos autos. Além disso, existem certos critérios legais para a apreciação das provas e, também, determinadas presunções legais que não podem ser ignoradas. Também o juiz fica adstrito às regras de experiência somente nos casos em que faltam normas legais sobre as provas e, por fim, as decisões devem ser sempre fundamentadas e tratar sobre todos os pontos suscitados pelas partes de sorte a impedir o julgamento

⁶⁰⁰ “Pelo princípio da oralidade, as alegações das partes só possuem eficácia quando formuladas oralmente perante o magistrado que haverá de julgar a causa; [...]. Na verdade, como ensina Chiovenda, o principal defensor do princípio da oralidade, esse nome foi adotado para satisfazer a necessidade de exprimir-se, com uma fórmula simples e representativa, um complexo de idéias e princípios que, embora sejam perfeitamente identificáveis e autônomos, são entre si ligados por um propósito comum”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.

⁶⁰¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 55.

⁶⁰² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 42-43.

⁶⁰³ ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**. Parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. III. p. 468. O doutrinador refere, ainda, que “esse método, por si só, colocou o órgão judiciário no ápice dos agentes políticos do Estado Constitucional Democrático”.

arbitrário ou divorciado da prova.⁶⁰⁴

Pelo que se pode perceber, na amostragem acima, a doutrina não é precisa em relação à categorização da persuasão racional como *princípio* ou *sistema*, muito embora seja uníssona em afirmar que esse pertine ao campo relativo ao exame das provas ou, ainda, dos fatos. Nesse sentido, vários dos doutrinadores mencionados usam ambas as expressões como sinônimos ou equivalentes entre si, o que justifica, em parte, a denominação de “*princípio*” adotada pela jurisprudência brasileira. Entretanto, pode-se afirmar que a doutrina estabelece marcos precisos ao livre convencimento ao circunscreve-lo à avaliação de provas sem maiores reflexos em campos do processo, como, por exemplo, exame dos fundamentos, alegações ou mesmo do conjunto normativo suscitado pelas partes.

4.2 Compreensão *Problemática* do Livre Convencimento

4.2.1 O Livre Convencimento: Notas Sobre um Problema Epistemológico

Um aprofundamento do tema relativo ao convencimento é capaz de alcançar a crítica sobre o modo como foi concebido - e praticado - o abandono das provas legais em prol da livre convicção no sentido de identificar, nesse processo, uma página amarga na história das instituições judiciais⁶⁰⁵ (veja-se, para tanto, a compreensão jurisprudencial do instituto referido na primeira parte desse trabalho). FERRAJOLI dá uma importante contribuição nesse sentido, ao asseverar que o livre convencimento – enquanto sistema de convicção -, estaria expressando tão só um *princípio negativo* a ser integrado com indicações não legais, mas epistemológicas da prova. Entretanto, acabou sendo recepcionado como um critério discricionário de valoração, permitindo que a doutrina e a jurisprudência iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação no processo. Isso acabou permitindo que se tornasse um “*tosco*” princípio potestativo legitimador do arbítrio dos juízes.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I. p. 864.

⁶⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares *et alii*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 112.

⁶⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares *et alii*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 112-113. No sentido tão só excluir a predeterminação do valor persuasivo da prova ver também NAPPI, Aniello. Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione *in* **Quaderno n.**

[...] se interpretar a “convicção” do juiz não simplesmente como “insuficiência” da única prova legal, mas também como critério positivo de valoração que substitui o tipo de prova, corre-se o risco de que o raciocínio probatório incorra em uma petição de princípio, que remete à potestade do juiz e de que o ônus da prova se configure também circularmente, como encargo de aduzir as provas consideradas como tais por quem tem o poder de valorá-las e talvez de coletá-las. Isso quer dizer que a fórmula da livre convicção não encerra, mas abre o problema da identificação das condições probatórias que justificam a convicção.⁶⁰⁷

O problema levantado por FERRAJOLI é de natureza prática, com extrema envergadura e alcança um campo vastíssimo. FRANK o sintetiza muito bem, ao referir que o juiz de primeiro grau, ao redigir sua sentença ou decisão, segue uma linha teórica convencional no sentido de fazê-lo de forma analítica ou lógica. Assim, dissocia ou separa os fatos que determinam a norma jurídica tida por aplicável no caso, de forma a justificar a sentença como um produto lógico. Mas (e faz a referência aduzindo ter sido informado por “eminentes” juízes) um magistrado frequentemente trabalha *para trás* ao dar forma às suas explicações, isto é, começa com a decisão que reputa *justa* e determina os fatos de tal forma que são subsumidos na norma jurídica aceita, de forma a aparecer a decisão como lógica e juridicamente fundada. Há, em realidade, um *esforço racionalizante* do qual resulta essa manipulação dos fatos.⁶⁰⁸

Anota-se, portanto, que o problema epistemológico se apresenta logo de início com o próprio conceito de prova - não rigorosamente unívoco - cobrindo uma vasta gama de operações e raciocínios que giram em torno da comunicação do que se entende por *verdade*.⁶⁰⁹ Embora o conceito referido não seja objeto desse estudo, cabe referir que a prova, enquanto uma *vasta* gama de operações, faz com que suas definições atuais soem como variações sobre um mesmo tema, ou seja, todas as suas definições orbitam ao redor das noções de fato, convicção ou convencimento e verdade.⁶¹⁰ Vertente ligeiramente diferente é a de FENOLL, para quem o estudo

50 (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 45. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁶⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares *et alii*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 113.

⁶⁰⁸ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968. p. 92.

⁶⁰⁹ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) in **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 519.

⁶¹⁰ BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 59-60. Assim, o “conceito dominante de prova, no pensamento jurídico-dogmático contemporâneo é [...] produto eminente do cientificismo e portador das

da prova é realizado, em regra, com base em uma exegese dos preceitos legais relativos ao tema,⁶¹¹ bem como a de LLUCH, para quem:

*[...] la concepción racional concibe la prueba como un elemento epistémico, esto es, como una herramienta de conocimiento y el instrumento de que se sirve el juez para conocer la verdad de los hechos en el proceso. [...]. La decisión judicial es fruto de una cadena inferencias lógicas, basadas unas en teorías cuantitativas de la probabilidad, y otras en teorías lógicas de la probabilidad, y que comportan un rechazo frontal a la decisión judicial concebida como un acto de intuición subjetiva del juez.*⁶¹²

Enfim, podem ser destacadas outras posições doutrinárias sobre o mesmo tema: COUTURE, por exemplo, refere que *[...] probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación*” e conclui que a prova é uma *experiência*, uma operação ou ensaio dirigido a tornar evidente a exatidão ou inexatidão de uma proposição.⁶¹³ Nessa mesma linha encontra-se STEIN, para quem a prova não possui caráter dialético ou lógico, pois tem natureza lógica e pretende despertar, no juiz, mediante percepções sensoriais, uma representação daquilo que se pretende provar.⁶¹⁴ SANTOS, entende que a prova é o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade; é, portanto, um meio de *persuasão*.⁶¹⁵ Na linha desse, encontra-se MELENDO, que a compreende como uma *ação* ou *conduta*: *“[...] en sentido escuetamente idiomático la prueba consiste en acreditar o verificar la bondad de algo, en el orden jurídico pro prueba [...] no puede consistir más que en haer bueno de algo”* e, assim, sua finalidade é *“[...] determinar o producir la convicción o persuasión del juez; convercerlo o persualirlo es la finalidad de la prueba”*.⁶¹⁶

A “vasta gama de operações” também fica caracterizada pelas referências que confundem *prova* com *meios de prova*. Assim, encontram-se alusões no sentido

insuficiências desse”. (p. 61-62).

⁶¹¹ FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 154. O doutrinador adverte que pouco se avança em relação a esse estudo, sendo que o campo de valoração da prova também tem permanecido em terreno praticamente deserto.

⁶¹² LLUCH, Xavier Abel. **Las reglas de la sana crítica**. Madrid: La Ley, 2015. p. 73.

⁶¹³ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal Civil**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 215.

⁶¹⁴ STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1973. p. 07.

⁶¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, vol. 1. p. 11-12.

⁶¹⁶ MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: EJE, 1968. p. 38-39.

de que a noção de prova deve ser suficientemente abrangente para, não só incluir os meios extrínsecos (testemunhos, perícias, etc.) como também os intrínsecos tais quais as presunções ou provas indiretas (indícios).⁶¹⁷ Anotam-se outras correntes, entretanto, como a de LESSONA, que diferencia *prova* e *forma* (essa última é, para o doutrinador, parte substancial do fato jurídico, enquanto que, aquela, se constitui em meio para confirmar sua existência em caso de necessidade). Contudo, o doutrinador também conclui que, na prática, não se divisa a diferenciação referida, na medida em que, para o mesmo fato jurídico, concorram ambos os conceitos.⁶¹⁸

Importante destacar que, para LESSONA, ainda, a *forma probandi* reforça o caráter demonstrativo do próprio método probatório, assimilando a lógica científica no campo da prova judiciária e configurando, a um só tempo, o *silogismo* no âmbito do raciocínio jurídico e, para o juiz, um papel similar ao do *investigador* (cientista).⁶¹⁹ RIBEIRO, por seu turno, efetua rigorosa diferenciação entre prova enquanto *atividade processual* (“que se destina a demonstrar aquilo que se afirma”), *convicção da verdade* (“adquirida pelo julgador como resultado do ato de provar”), *motivos da prova* (“as razões pelas quais o julgador chegou àquela conclusão, formando seu convencimento”) e *meios de prova* (“fontes probantes de demonstração da verdade, ou seja, o elemento *objetivo* do conceito de prova”).⁶²⁰

Em CARNELUTTI também é possível encontrar a diferenciação entre prova e procedimento probatório, muito embora com a seguinte advertência do doutrinador: “[...] na linguagem comum se produz uma transposição (translação) no significado do vocábulo, em virtude da qual, prova não designa tão somente a *comprovação*,

⁶¹⁷ CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 91-92.

⁶¹⁸ LESSONA, Carlos. **Teoría general de la prueba en derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera Paz. Madrid: Hijos de Reus, 1906, tomo I. p. 46.

⁶¹⁹ LESSONA, Carlos. **Teoría general de la prueba en derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera Paz. Madrid: Hijos de Reus, 1906, tomo I. p. 46-47. São por demais conhecidas as representações do modo ideal de raciocínio judicial como um silogismo científico, tendo essa formado a bagagem cultural de não poucos juristas da modernidade. Destarte, também são conhecidas as críticas em torno desse modo de raciocínio, questionado fundamentalmente em sua capacidade descritiva. (Ver IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. **DOXA – Cuadernos del Filosofía del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, n. 12, p. 257-299, 1992. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10731/1/doxa12_08.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015). Em todo o caso, CALAMANDREI esquematiza o método silogístico da seguinte forma: *premissa maior* (para os casos que tenham esses requisitos jurídicos, a ley confere o efeito *x*); *premissa menor* (o fato cuja certeza se estabeleceu tem esses requisitos jurídicos); *conclusão* (assim, a lei quer que o fato cuja certeza se estabeleceu tenha o efeito *x*). (Cf. CALAMANDREI, Piero. La genesis lógica de la sentencia civil *in* CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1968. p. 415).

⁶²⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 64.

senão do mesmo modo o *procedimento* ou a *atividade usada para a comprovação* [...]”.⁶²¹ Por essa via, a verdade *formal* exsurge com muita força, pois permite uma racionalidade capaz de propiciar uma maior *homogeneidade da concepção de verdade*, já que a decisão judicial não é baseada na experiência e no fato mas, como na matemática, na *razão* do fato (que é extraída a partir das regras do processo).⁶²²

Nessa linha de raciocínio, a prova constitui um problema lógico, cujo exame perpassa pela livre apreciação – ou não - dos meios de prova.⁶²³ Daí porque o juízo necessário para a valoração singular ou conjunta de provas pode ser resolvido utilizando a figura de uma operação aritmética de adição ou de subtração. A concorrência entre provas acumuladas e provas contrárias entre si impõe uma complicação nessa valoração, exigindo ordem e paciência.⁶²⁴ Por fim, também não há proposição no sentido de examinar – ou mesmo resolver - se o sistema do livre convencimento alcança a segurança e a economia no termo médio dos casos, muito embora entenda que suas vantagens compensam os eventuais danos causados em determinados casos anormais.⁶²⁵

Também cabe referência à CALAMANDREI, para quem o primeiro problema que se apresenta ao juiz diz respeito aos fatos, eis que deles deriva a pretensão.⁶²⁶ É em razão da controvérsia sobre os fatos que incide a prova. Contudo, entende que o resultado de qualquer meio de prova não pode ser um fato, senão um juízo sobre a existência ou sobre o modo de ser do fato.⁶²⁷ Especialmente no caso das provas *mediatas*, nas quais os fatos são aportados a partir da experiência daquele que os aporta ao processo, subsiste uma falta de certeza sobre esses, o que leva a necessidade de o juiz interpretar os resultados daquelas, bem como valora-los. A primeira atividade é dirigida ao estabelecimento do significado de cada um dos juízos

⁶²¹ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. p. 68.

⁶²² GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) in **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 528.

⁶²³ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. p. 44-45.

⁶²⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria general del derecho**. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 490-491,

⁶²⁵ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. p. 46-47.

⁶²⁶ CALAMANDREI, Piero. La genesis logica de la sentencia civil in CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. p. 376.

⁶²⁷ CALAMANDREI, Piero. La genesis logica de la sentencia civil in CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. p. 379.

de fato recolhidos a partir do exame da prova, isso de um determinado modo; já o segundo, leva ao estabelecimento, a partir do confronto dos vários juízos de fato muitas vezes contraditórios entre si, de quais desses juízos devam ser considerados como correspondentes à realidade objetiva dos fatos e, em que medida, qual (ou quais) desse(s) juízo(s) contraditório(s) deverá(ão) prevalecer sobre os demais.⁶²⁸

Assim, o doutrinador faz referência à livre convicção ou persuasão racional em relação à citada valoração, segundo a qual o juiz não tem nenhum vínculo legal a estabelecer em relação aos fatos. Nesse sistema, a valoração é efetuada a partir das máximas de experiência do juiz,⁶²⁹ revestindo-se de um caráter de verdadeira e própria decisão na qual, diante de dois fatos contraditórios entre si, escolhe-se aquele que deve ser considerado conforme a verdade. Isso significa, em outras palavras, estabelecer uma formulação definitiva dos juízos de fato que se chama, para o doutrinador, *declaração de certeza do fato*.

Nesse sentido, realiza uma grande aposta na *pessoa do juiz*, entendendo que essa análise necessita da agudeza e do tato de uma pessoa que possua íntima correspondência com a consciência moral e intelectual do seu tempo. De forma mais específica, ainda, refere que não se pode negar que, “[...] *en la gran mayoría de los casos la bondad de las sentencias está en razón directa del grado de esmero puesto por el juez al indagar exactamente la relación de hecho*”.⁶³⁰

Divisam-se posições diferentes, portanto, sobre a prova, algumas lhe conferindo natureza *persuasiva* enquanto que outras lhe conferem natureza

⁶²⁸ CALAMANDREI, Piero. La genesis logica de la sentencia civil *in* CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. p. 380.

⁶²⁹ CALAMANDREI, Piero. La genesis logica de la sentencia civil *in* CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. p. 381.

⁶³⁰ CALAMANDREI, Piero. La genesis logica de la sentencia civil *in* CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. p. 383-384. Veja-se que essa aposta está presente até os dias de hoje: “*Quizá la labor más difícil y delicada en la administración de justicia es la de apreciar las pruebas, cuando no se está sometido a una detallada y exhaustiva tarifa legal; el juez debe ser jurista, lógico y psicólogo, conocer el medio social en donde las pruebas se producen y las máximas de experiencia que lo puedan guiar. Pero las dificultades para conseguir jueces capaces para esta tarea no justifican que todavía en la mayoría de los países se conserve, más o menos completo, el sistema de la tarifa legal, que impide a menudo llegar al descubrimiento de la verdad, especialmente si se le acompaña de limitaciones más o menos absolutas para la producción oficiosa de la prueba; de ahí que muchos juristas hablen de que en estos sistemas solo se obtiene en el proceso una verdad formal, que muchas veces no es la verdad, y una justicia aparente que puede no ser la justicia*”. ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Madrid: Aguilar, 1966. p. 58.

demonstrativa. Daí a referência de TARUFFO, para quem há uma íntima correlação entre a *prova* e motivação relativa aos fatos, em um marco de uma concepção racionalista da decisão judicial. Para o doutrinador, dizer isso não é trivial, dado que ambos (prova e motivação) podem ser compreendidos em um plano mais ideológico do que técnico-processual, propriamente, exemplificando a Alemanha da década de 30 que, alimentada por variados irracionalismos propiciados pela doutrina nazista como a *Heimat*, o *Volkgeist* e o “*sangue alemão*”, tornou simplesmente impossível uma concepção racionalista de decisão judicial. Nesse contexto, não teria sentido pensar de forma racional a prova, já que todo o critério de decisão estava referenciado em um único valor, qual seja, a vontade do *Führer*. Foi um exemplo histórico, enfim, de submissão integral das partes ao alvedrio do juiz, considerado esse como a *longa manus* do Estado.⁶³¹

Retornando à opção pela concepção racional da decisão judicial, entretanto, o doutrinador compreende que essa se materializa nas regras sobre as provas, sobretudo aquelas relativas à sua valoração e ao dever de motivação. Nesse sentido, entende que ordenamentos que prevejam muitas hipóteses de valoração legal das provas ou, ainda, excessivas regras de exclusão também não adotam a concepção racional em exame, posto que dificultam a apreciação – ou incorporação – de provas que poderiam ser úteis para a comprovação racional da *verdade* dos fatos.⁶³²

Enfim, no âmago de uma concepção racional da decisão judicial pode ser destacado o *princípio da livre convicção*, cuja orientação racionalista exige que a valoração efetuada pelo juiz seja exercida mediante critérios que garantam o seu controle e isto pressupõe, portanto, que se adote uma concepção epistêmica e não retórica sobre essa.⁶³³ Tal concepção exige, em outras palavras, uma diferenciação da prova enquanto um instrumento de *persuasão* (definindo sua função como algo retórica) ou como instrumento de conhecimento (definindo sua função como algo

⁶³¹ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre la prueba judicial *in* TARUFFO, Michele; IBAÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 18-19.

⁶³² TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre la prueba judicial *in* TARUFFO, Michele; IBAÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 20-21.

⁶³³ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre la prueba judicial *in* TARUFFO, Michele; IBAÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 23-24.

epistêmico). Nessa última hipótese, o doutrinador refere que a função da prova é uma função racional uma vez que ligada a procedimentos racionais de cognição dirigidos a formularem “juízos de verdade” sobre justificações racionais.⁶³⁴

Como se observa do acima exposto, a livre convicção enquanto simples “princípio negativo” possui, um significado preciso, qual seja, o efeito tão só de excluir uma eficácia pré-determinada das provas *per se* por via preventiva do legislador.⁶³⁵ Seu problema *epistemológico*, por sua vez, aparece nas considerações de que a fórmula *livre convencimento* é aberta a uma multiplicidade de significados, alguns dos quais díspares entre si e com diversas noções a ela ligadas.⁶³⁶ Nesse último sentido, DE LUCCA vê, no livre convencimento, uma polissemia semântica que acaba por legitimar a existência de um poder decisório não regrado, de sorte a permitir uma *anarquia cognitiva*.⁶³⁷ Somente enxertando o livre convencimento em um tecido de princípios processuais de garantia e controle das decisões é que poderá ser obtida uma garantia efetiva contra os abusos dessa liberdade pelo decisor.⁶³⁸

CANESTRELLI aduz que a ausência de um aprofundamento sobre a *lógica interna do juízo* tem contribuído para a conversão da livre convicção em uma espécie de ato imperscrutável sob o ponto de vista lógico, mas tido como racionalmente não arbitrário sob o ponto de vista ideológico e político. Para a doutrinadora, a livre convicção não seria incompatível com uma adequada regulação legal da prova, o que pode ser confirmado pelo sistema probatório do *common law* e, não, como uma

⁶³⁴ TARUFFO, Michele. Considerações sobre prueba y motivación (trad. Nicolás Pájaro Moreno) *in* TEJADA, Horacio Cruz. **Nuevas tendencias del derecho probatorio**. Bogotá: Uniandes, 2011. p. 46-47),

⁶³⁵ Ver, por exemplo, GUILLÉN, Victor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. Mexico: Universidad Autónoma del México, 1992. p. 458.

⁶³⁶ DE LUCCA, Giuseppe. Perfil storico del libero convincimento del giudice *in* **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 16. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf>. Acesso em: 15/09/2015.

⁶³⁷ DE LUCCA, Giuseppe. Perfil storico del libero convincimento del giudice *in* **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 16. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf>. Acesso em: 15/09/2015. Também CALHEIROS refere que uma das questões mais complexas acerca da prova diz respeito à sua valoração: “à parte a discussão em torno das vantagens ou desvantagens dos regimes de prova legal e de prova livre, e uma vez hoje consagrado, em geral, o princípio da livre apreciação da prova, trata-se de saber como podemos construir regras relativas à prova que limite ao máximo a possibilidade de erro na avaliação dos factos [...]”. CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 92.

⁶³⁸ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Trad. Romás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985. p. 94-95. Contudo, para o doutrinador “[...] *el principio del deber de fundamentar el fallo y asimismo la publicidad del procedimiento son garantías suficientes para aplicara la desonfianza hacia la omnipotencia de un juez*”. (p. 95).

contraposição ao íntimo convencimento e à prova legal na forma percebida pelo senso comum teórico.⁶³⁹ O modo como se obtém, na prática, a livre convicção constitui, na sua visão, uma deformação do método anglo-saxão.⁶⁴⁰

Daí, também, as referências de que o livre convencimento marca a abertura de uma porta para uma nova etapa, na qual *a falta de motivação sobre a prova tem sido a regra*. IBAÑEZ, por exemplo, refere que basta abrir os manuais de processo para verificar um verdadeiro *agulheiro negro* em relação à valoração da prova, mostrando-se um paradoxo que um tema central para o exercício da jurisdição tenha trato superficial. Para o doutrinador, isso decorre do próprio modelo de jurisdição no âmbito do Estado liberal no qual a *questão de fato* não apresenta importância no plano epistêmico, isto é, não existe como problema.⁶⁴¹

*Que el juez no puede ser libre de la prueba, es algo que, así formulado, no discutiría ni el más entusiasta de los defensores del principio que nos ocupa entendido sub specie del subjetivismo más extremo. Sin embargo, lo cierto es que, al postular un tipo de relación del juez con el resultado de la actividad probatoria, del género del que subyace al punto de vista doctrinal aludido y que cabe rastrear también en no pocas manifestaciones jurisprudenciales, se está implícitamente apostando por una libertad para el juzgador que no conoce ni siquiera aquel límite.*⁶⁴²

⁶³⁹ CANESTRELLI, Serena. **Istruzione probatoria e libero convencimento del giudice**. Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2011. p. 03. Disponível em: <https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/20077/25552/Phd_unimib_040978.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

⁶⁴⁰ Convém assinalar que o presente estudo não abrange a análise comparativa entre os sistemas de formação da convicção judicial no *civil law* e no *common law*, de forma que a referência doutrinária a esse último não será objeto de crítica específica. Vale anotar, contudo, que a assertiva é corroborada em DAMASKA, Mirjan. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal**. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 11. **De outro norte, vale a seguinte passagem doutrinária:** “*E così la logica dell’esclusione e della rilevanza – tipica del sistema anglosassone – non venne conosciuta dai nostri sistemi probatori con la necessaria chiarezza ed ampiezza, e la stessa concezione dialettica del processo venne introdotta solo nei tratti che riguardano la struttura del processo (contraddittorio, assetto accusatorio, ecc.) e, come vedremo meglio in seguito, solo per un breve periodo e non anche con riferimento alla logica interna del giudizio e alla concezione della prova*”. CANESTRELLI, Serena. **Istruzione probatoria e libero convencimento del giudice**. Tesi di dottorato. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2011. p. 05. Disponível em: <https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/20077/25552/Phd_unimib_040978.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

⁶⁴¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre prueba y motivación in TARUFFO, Michele; IBAÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 48-49.

⁶⁴² IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. **DOXA – Cuadernos del Filosofía del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, nº 12, 1992. p. 280. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10731/1/doxa12_08.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

Para FENOLL, a doutrina processual sempre teve consciência desse problema, muito embora o tenha obscurecido. Por isso é que preservou certas influências do antigo sistema de prova legal e, também, tentativas de estabelecer determinados critérios científicos (e não meramente intuitivos ou filosóficos) para a valoração da prova.⁶⁴³

Daí a importância da diferenciação entre valoração e valorização da prova, na forma entabulada por LEAL. Para o doutrinador, a *valoração* diz respeito à percepção sensorial de existência de uma dada prova, enquanto que a *valorização* significa *demonstrar* o conteúdo de importância dos seus elementos na formação do convencimento em seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de “inequívocidade material e formal”. A diferenciação em causa é importante para o doutrinador, na medida em que a simples sensorialização não basta, em linha de princípio, para a decisão, sendo necessária a valorização, mediante a comparação dos vários elementos da prova da estrutura procedimental, em uma escala de relevância. “A valoração é ato de apreensão intelectual do elemento de prova e a valorização é ato de entendimento legal dos conteúdos dos elementos de prova”.⁶⁴⁴

Nesse sentido, retoma-se o problema epistemológico referido por FERRAJOLI, tendo esse modelado uma proposta alternativa de compreensão do modo de operar jurisdicional. Para o doutrinador, as operações mediante as quais se obtém a verdade processual não possuem formalmente a estrutura lógica silogística: as premissas e as conclusões que compõe, conjuntamente, a motivação judicial, possuem a forma de **proposições afirmativas**. Para o doutrinador, o raciocínio judicial não é composto de uma inferência mas **três**. Todas essas inferências estão concatenadas entre si mediante *iter* de antecedência lógica. A primeira constitui uma *inferência indutiva* (prova ou indução fática) e cujas premissas são o conjunto de provas coletadas; a segunda constitui uma inferência dedutiva (subsunção ou dedução jurídica) que tem como uma de suas premissas a conclusão

⁶⁴³ FENOLL, Jorge Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 90.

⁶⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Primeiros estudos. Primeiros estudos. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson. p. 151-152. Registra-se, nessa medida, o lamento do doutrinador: “O que mais se lamenta, na prática, é o julgador escusar-se de valorar a prova, isto é, sequer dizer que viu a prova nos autos [...]”. (p. 152). Essa distinção também aparece em THEODORO JÚNIOR, que trabalha dois tópicos diversos entre si a *valoração da prova* (no qual examina os diferentes sistemas conhecidos na história do direito processual) e *sistema legal de valorização da prova* (no qual aborda a inexistência de hierarquia *a priori* entre as provas e o combate ao arbítrio jurisdicional). (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I. p. 859-862).

da anterior e a outra é um preceito jurídico. A terceira, enfim, é um **silogismo prático**, que redundando na conclusão *dispositiva* e cujas premissas estão constituídas pelas conclusões anteriores. Assim, refere que os dois primeiros são teóricos e são os únicos que interessam aos propósitos da decisão relativa à verdade processual: “Mais precisamente, a indução fática inclui escolhas na decisão da conclusão de fato, inevitavelmente *probabilistas*, enquanto que a dedução jurídica inclui escolhas na decisão das premissas de direito, inevitavelmente *opinativas* e igualmente subjetivas”.⁶⁴⁵

4.2.2 A Ordem Assimétrica na Formação do Livre Convencimento

PICARDI realiza uma interessante abordagem relativa à passagem do *ordo iudiciarius* medieval ao *ius processus* continental da Idade Moderna.⁶⁴⁶ Nessa, identifica também uma “mudança no próprio modo de conceber o fenômeno processual: da ‘ordem isonômica’ à ‘ordem assimétrica’”.⁶⁴⁷ Para o doutrinador, a ordem isonômica caracterizou o *ordo iudiciarius* medieval, conferindo-lhe uma ênfase da lógica aristotélica, especialmente a dialética, posicionada no âmbito das *coisas que mudam*. Por isso, não estava inserido no âmbito do silogismo científico ou da lógica binária do verdadeiro-e-falso, mas, sim, da lógica do *provável*. Para o doutrinador, enfim, o jurista medieval buscou a noção fundamental de uma *ordem* em um sentido muito complexo, cuja manifestação de uma razão prática e social foi realizada através do tempo de forma colaborativa por meio das *práxis* criadas pelos tribunais e pela doutrina.⁶⁴⁸

[...] a racionalidade do medievo identificava-se com uma racionalidade prática, buscando conceber o direito como um problema concreto que o jurista tem de resolver visando ao consenso, ao fim e ao cabo, critério de verdade e justiça no ambiente medieval. Assume fundamental relevância, nesse especial, o diálogo entre as pessoas que participavam do processo, justamente aqueles que se dedicavam à resolução do problema em que se consubstanciava o próprio *ius*.

⁶⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares *et alii*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 65-66.

⁶⁴⁶ PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo *in* **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 32 e seguintes.

⁶⁴⁷ PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório *in* **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 134.

⁶⁴⁸ PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório *in* **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 128-129.

A solução da problemática jurídica não se oferecia como a obra de uma razão individual, sendo, antes, o resultado do colóquio judiciário [...]. Não é à toa, pois, que o juízo era entendido como um ato de três pessoas, como referiam incessantemente os glosadores (“*iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*”).⁶⁴⁹

O *ordo* possuía caráter público, argumentativo e justificativo, conferindo, ao processo, uma natureza originária e, de certa forma, extra-estatal no sentido de que ninguém poderia dele prescindir ou mesmo interferir.⁶⁵⁰ Sua compreensão pelo jurista medieval o colocava como um capítulo não só da dialética como, também, dentre da filosofia moral e política, pelo que o método constituía o ponto central da teoria do processo e, não, o *processus iudiciarius* per se.⁶⁵¹ Ou, por outras palavras, o *ordo* se consubstanciava em uma metodologia alicerçada na regulamentação do diálogo que assegurava a reciprocidade e a igualdade das partes, sendo que, nela, o contraditório assumia um papel de destaque como instrumento de investigação dialética da verdade provável.⁶⁵² Daí porque: **(i.)** sua caracterização como isonômica e; **(ii.)** o aspecto fundamental do contraditório como metodologia para a busca da verdade, sendo essa obtida por meio da justificação e confrontação, razão pela qual não seria possível preconstituir a solução da controvérsia ou mesmo pressupor uma verdade absoluta ou objetiva.

O contraditório objetivava, portanto, alcançar a única verdade possível de ser

⁶⁴⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. A lógica da prova no *ordo iudiciarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho. n. 6, fev, p. 183-184, 2003. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/65>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁶⁵⁰ GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). **Rivista Di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. 43, parte 2, p. 598, 1988. Tem-se ciência, todavia, das críticas efetuadas ao pensamento desse doutrinador. Cita-se, como exemplo, acusação no sentido de que seu pensamento revela uma nostalgia por um mundo submerso em forte espiritualidade, como o dominado pela retórica e a dialética medieval. (ver DE LUCCA, Giuseppe. Profilo storico del libero convincimento del giudice in **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 43. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf>. Acesso em: 15/09/2015). Na linha de recusa do caráter extra-estatal do *ordo* pode-se citar, também, NÖRR, Knut Wolfgang. Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. 59, n. 1, genn/mar, p. 6, 2004. Em todo o caso, também é possível encontrar que “[...] nenhuma objeção, porém, é oposta à idéia-base desvelada por Picardi, no sentido de que o *iudicium* se desenvolvia em um ambiente isonômico, alimentado pela dialética [...]”. MITIDIERO, Daniel Francisco. A lógica da prova no *ordo iudiciarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho. n. 6, fev, p. 181-182, 2003. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/65>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁶⁵¹ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) in **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 529.

⁶⁵² PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório in **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.

atingida, qual seja, a *verdade provável*, estruturando, dessa forma, o próprio direito probatório (pois nenhuma prova poderia servir de fundamento de decisão sem que passasse pelo seu crivo).⁶⁵³ Por isso, representou o núcleo central da própria *forma probandi* e sua violação constituía uma patologia capaz de romper com o equilíbrio do movimento de contraposições em torno da controvérsia.⁶⁵⁴ Assim, a prova foi concebida como *argumentum*, tendo função persuasiva,⁶⁵⁵ motivo pelo qual o *ordo* também foi caracterizado como um modelo de processo isonômico, no qual assegurava-se não só a igualdade entre as partes, mas, também, entre essas e o julgador, relatando-se, por isso, a existência de diferentes instrumentos de compensação relativamente às diferentes formas de desigualdade que se apresentassem no processo.⁶⁵⁶ Ainda, pode-se encontrar que a convicção judicial se funda em um consenso que é alcançado discursivamente, pois a retórica é endereçada ao discurso convincente acerca da verdade alcançada no processo.⁶⁵⁷

É preciso observar, contudo que essa ordem isonômica extra-estatal não pode ser visualizado a partir de critérios exógenos à própria sociedade estamental referida. Nesse sentido, ainda que o caráter isonômico do *ordo iudiciorum* possa ser consultado como uma das fontes históricas das concepções paritárias hodiernas, não se pode esquecer que tal característica constituía-se em privilégio de determinadas castas sociais e, não, em um direito de todos os indivíduos.⁶⁵⁸

⁶⁵³ PICARDI, Nicola. Processo Civile: c) diritto moderno in **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. p. 115.

⁶⁵⁴ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) in **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 533.

⁶⁵⁵ CAVALLONE, Bruno. Alessandro Giuliani processualista: ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, CEDAM, v. 67, n. 1, fev, p. 108, 2012.

⁶⁵⁶ “Por exemplo, visto que o acusador, pela natureza das coisas, goza de uma posição de superioridade, procedia-se na investigação por meio de formas de compensação a favor do acusado: referimo-nos a regras como *nemo tenetur se edere e in dubio pro reo*”. PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório in Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129-130.

⁶⁵⁷ DE LUCCA, Giuseppe. Profilo storico del libero convincimento del giudice in **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 26. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf>. Acesso em: 15/09/2015. Mais adiante, o doutrinador esclarece que o princípio *iudicium secundum conscientiam*, que abre grande espaço para a liberdade do juiz, se opõe o *iudicium secundum alligata et probata*. Este último não é fruto de uma elaboração teórica de juristas, mas contém dentro de si uma dimensão filosófica do processo, porque representa um corolário do princípio da divisão de consciência, que é a base da ordem isonômica. Trata-se de um primado que confere não só igualdade do uso da palavra, como, também, da reciprocidade de isonômico trato dos argumentos de cada participante do diálogo judicial. (p. 28).

⁶⁵⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. 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: Revista dos Tribunais, n. 168, ano 34,

PICARDI também relata como o *ordo* medieval foi superado pelo modo de pensar baseado na lógica científica, quando a disciplina do processo civil deixou de estudar a verdade *provável* e passou a se constituir em uma ciência de "*verdades absolutas*", a reboque do paradigma cientificista do Iluminismo. Especificamente, o doutrinador colaciona o *Prozess-Ordnung* prussiano de 1781 como um importante marco legal de rompimento do *ordo* medieval e da instituição da lógica do *systema processus*⁶⁵⁹ em face à profunda fratura paradigmática, que trouxe em face à antiga concepção extra-estatal de processo e que é substituída por uma nova natureza estatal e publicista.⁶⁶⁰ Nesse sentido, THEODORO JUNIOR refere que o processo passa a ser visto, como uma "instituição estatal de bem-estar social".⁶⁶¹

Sobre essa nova ordem, GIULIANI refere que se trata de uma criação artificial (no sentido de contrapor-se ao *ordo* orgânico medieval), sendo produto de ambicioso projeto em cujas premissas pode ser encontrada uma razão antirretórica capaz de oferecer um modelo puro de ordem assimétrica no processo. Seus princípios são tão imutáveis quanto axiomas evidentes, derivados da natureza das coisas e, portanto, não condicionados histórica e positivamente (muito embora os institutos de processo dependam de regulamentação pelo legislador).⁶⁶²

Embora não seja objeto do presente estudo, o exame da integralidade dos elementos históricos, sociais, políticos e econômicos que redundaram nesse novo registro histórico, pode-se colher, em PICARDI, que essa moderna noção de processo resultou de uma conjugação de fatores que implicaram na mutação da própria lógica do processo.⁶⁶³ Nesse sentido, esclarece como a nova lógica processual granjeou grande fascínio sobre os processualistas justamente porque representou a ruptura com a tradição medieval, a qual degenerara-se pelo o abuso da tradição dialética e que acabou por transformar o processo em um *eternum*

fev. p. 112, 2009.

⁶⁵⁹ PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo *in* **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 54.

⁶⁶⁰ PICARDI, Nicola. Processo Civile: c) diritto moderno *in* **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. p. 102.

⁶⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. 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: Revista dos Tribunais, n. 168, ano 34, fev, p. 113, 2009.

⁶⁶² GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) *in* **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 564.

⁶⁶³ PICARDI, Nicola. Processo Civile: c) diritto moderno *in* **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. p. 110-114.

disputatum, com jogos estéreis de palavras, a proliferação de questões incidentais, dentre outros.⁶⁶⁴ Sob esses influxos, haveria uma vontade comum a todos os juristas daquele tempo relativa a

[...] *la utilización de la racionalidad inspirada muy probablemente por las obras de la Ilustración, y el abandono de una valoración de la prueba que sólo tenía en cuenta, no la realidad de los hechos, sino la autoridad de leyes y autores antiguos, siendo víctimas, con ello, de la peor interpretación – aunque también la más simple – que pudo hacerle del método escolástico.*⁶⁶⁵

A nova ordem é denominada de *assimétrica* porque, nela, um dos participantes da relação (parte ou juiz) passou a ter uma posição privilegiada em relação aos demais. Sua concepção envolve a própria mutação da finalidade do processo, que passou a ser concebido como tutela do direito subjetivo ou a defesa da sociedade.⁶⁶⁶ Sua regulação foi direcionada à resolução rápida e automática da controvérsia judicial, razão pela qual o próprio método probatório não se apresentou necessariamente influenciado por um método de investigação de forma a limitar a verdade judicial a uma verdade lógica.⁶⁶⁷ Nesse sentido, o grande descrédito da retórica medieval também veio acompanhado de um valor novo: que o fato vale *per se*.⁶⁶⁸

DE LUCCA entende que o *iudicium secundum conscientiam* acabou sendo transformado no princípio do livre convencimento. Entretanto, esse se coloca em uma dimensão totalmente diferente daquele, na medida em que a locução “livre” resultou de um regramento normativo marcado pela ausência de vinculação do juiz com a formação judicial do fato. E mais: o doutrinador também refere que fora uma interpretação histórica reducionista que fez coincidir o nascimento do livre convencimento com a introdução do júri popular na França revolucionária. Essa introdução contou com o apoio dos novos paradigmas culturais emergentes naquele momento histórico e que refutaram o sistema de tarifação das provas enquanto

⁶⁶⁴ PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo *in* **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 58.

⁶⁶⁵ FENOLL, Jorge Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 90.

⁶⁶⁶ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) *in* **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 526.

⁶⁶⁷ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) *in* **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 526.

⁶⁶⁸ DE LUCCA, Giuseppe. Profilo storico del libero convincimento del giudice *in* **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 33.

critério de desresponsabilização dos juízes.⁶⁶⁹

Em todo o caso, a nova ordem concebera o processo como uma criação *artificial*, de forma a reforçar os elementos organizacionais/burocráticos, os quais refletiram um modelo de racionalidade subjetiva, formal e *calculadora*, na qual as operações intelectivas constituem um prolongamento da técnica processual, independentemente do seu valor. Nele, o juiz é concebido como um funcionário, um burocrata, sendo que a estatutabilidade do processo lhe confere uma vocação inata para a autoridade e a hierarquia. A *forma probandi* passou a ser preconcebida pela legislação, cujo uso obrigatório contribuiu para a legitimidade da decisão pelo procedimento.⁶⁷⁰

GIULIANI aduz que, no âmbito da metodologia inaugurada pela ordem assimétrica, a discussão judicial não se apresenta totalmente passível de ser racionalizada sob um ponto de vista lógico-científico, porque privilegia a operação solitária realizada na mente do julgador.⁶⁷¹ É o contrário do que sucedia na ordem isonômica, pois nessa a discussão dialética encontrava seu pressuposto na divisão da consciência como remédio para a falibilidade do juízo. Em outra obra, refere que ambas as sistemáticas têm em comum a ideia de que o processo constitui meio de fixação forma do fato; destarte, o contraste entre ambos ocorre em torno da liberdade de valoração da prova. Enquanto que a ordem assimétrica é baseada no conceito moderno de prova estabelecida preventivamente pelo legislador e na compreensão

⁶⁶⁹ DE LUCCA, Giuseppe. Profilo storico del libero convincimento del giudice in **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 33. PICO I JUNOY, a seu turno, realiza o estudo acerca da origem e aplicação do brocardo latino *iudex iudicare secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* tendo como foco a percepção medieval e a moderna sobre a amplitude dos poderes instrutórios do juiz. Nesse, o doutrinador demonstrou como o citado brocardo foi erroneamente recepcionado pela doutrina italiana, referindo que a primeira vez na qual foi citado incorretamente (*“iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium”*) ocorreu na obra de CHIOVENDA, “[...] provavelmente influenciado pela citação incorreta de vários mestres do processualismo alemão [...]”. PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**. Estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et provata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 47. Esse último refere que a expressão foi utilizada para descrever a amplitude do princípio do dispositivo e, concretamente, “para determinar o âmbito fático de conhecimento que limita a atividade de julgamento do juiz, mas nunca se refere a ela para restringir a iniciativa probatória juiz, pelo que, ainda adotando o brocardo de forma inexacta, não desvirtua a finalidade que a doutrina do *ius commune* lhe queria dar [...]”. (p. 48).

⁶⁷⁰ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) in **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 526. Para o doutrinador: “[...] la forma probandi – che si ispira a criteri di chiarezza, regolarità, successione – rinvia ad un ideale cartografico della conoscenza, basato sulla documentazione degli esperimenti”. (p. 527).

⁶⁷¹ GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. 43, parte 2, p. 600, 1988.

de *probabilidade objetiva* julgada pelo juiz, na ordem isonômica aquela liberdade está conectada com um rígido sistema de regras de exclusão da prova e, por isso, só o último acerto judicial do fato está ligado com uma atividade crítica – não técnica – do juiz.⁶⁷²

4.3 O Livre Convencimento no Brasil: Reminiscências de um Sentido Autoritário de Processo

Inicia-se o presente tópico com a advertência de CASTILLO sobre o adjetivo *autoritário* ora empregado que, se lido de forma superficial, pode dar margens à equívocos interpretativos relativos à “melodramáticas intransigências”.⁶⁷³ O princípio em comento está relacionado à passagem da ordem isonômica à ordem assimétrica, ou seja, de um modelo de processo isonômico dos diferentes participantes para um novo, no qual o protagonista passa a ser o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual.⁶⁷⁴ Para o doutrinador, existe uma certa sinonímia na expressão processo liberal ou dispositivo, em contraste com o processo *autoritário* ou *inquisitivo*. No primeiro, a ênfase é para a iniciativa das partes e o *jogo* do contraditório; no segundo, entretanto, o julgador possui amplos direitos de vigilância e ordenação. Em linhas gerais, portanto, diferenciam-se pelas noções de disponibilidade *versus* dispositividade.⁶⁷⁵

Dito de outra forma, é possível encontrar, em doutrina, referências a dois grandes modelos de processo. O primeiro, decorrente da ordem *isonômica*, é concebido em um contexto no qual predominam os interesses do indivíduo sobre os da comunidade e, por isso, as partes são protagonistas do processo. Nesse, o juiz aparece como uma figura externa ou como o observador de um combate, razão pela qual não interfere para aportar fatos (está sujeito ao marco rígido, de fatos e de

⁶⁷² GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia) in **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. p. 526.

⁶⁷³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: Universidad Autónoma de México, 1992, tomo II, 553.

⁶⁷⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. 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: Revista dos Tribunais, n. 168, ano 34, fev. p. 112-113, 2009.

⁶⁷⁵ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Liberalismo y autoritarismo en el proceso in **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, [S.l.], jan. 1968. p. 264. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/572>>. Acesso em: 18/10/2015.

direitos que as partes delimitaram). O segundo modelo é o *autoritário*, no qual o juiz é o protagonista que domina e desenvolve o processo, bem como aceita ou indefere os marcos de alegações e provas propostas pelas partes. Ainda, possui independência em relação a essas na fixação do objeto de prova e ou de seus meios, aplicando – ou não – as regras jurídicas alegadas pelas partes.⁶⁷⁶

Historicamente, ambos os tipos de processo aparecem e desaparecem ao sabor das circunstâncias políticas, econômicas, sociais e culturais das sociedades e da mesma forma são criados modelos híbridos que tentam extrair vantagens na adoção de elementos de um e de outro. A referência ao processo isonômico e ao processo autoritário ocorre, portanto, com base em tipos *ideais*.⁶⁷⁷

Cuida-se em anotar, entretanto, que a doutrina não é uníssona quanto à classificação em referência. PICÓ Y JUNOY, por exemplo, ao analisar tema diverso do objeto do presente trabalho (qual seja, poderes probatórios do juiz) efetua uma crítica aberta à identificação do caráter inquisitório do poder probatório do juiz como manifestação de uma ideologia política totalitária, bem como à identificação ideológica entre o juiz civil passivo e o estado liberal. O doutrinador refere que a equação “*poderes probatorios del juez = régimen autoritario*” e “*juiz pasivo = régimen liberal*” são vagas e genéricas e se reduzem a *slogans* polêmicos privados de valor científico.⁶⁷⁸ Nessa linha, cabe referir ECHANDIA, visto que o doutrinador defende

⁶⁷⁶ GUILLÉN, Victor Fairén. **Teoria general del derecho procesal**. Mexico: Universidad Autónoma del México, 1992. p. 45.

⁶⁷⁷ GUILLÉN, Victor Fairén. **Teoria general del derecho procesal**. Mexico: Universidad Autónoma del México, 1992. p. 45-46. Nesse sentido, também DAMASKA adere às concepções que ligam política e justiça, aduzindo que esses giram em torno de dois grandes temas: (i.) a estrutura do Estado e as características do Poder Judiciário e; (ii.) a função legítima do Estado e os propósitos perseguidos pela administração da justiça. Sob esse ponto-de-vista, portanto, são várias as características que diferenciam ambas as noções de processo, sendo importante destacar, para fins desse estudo, as apontadas em relação ao tipo de racionalidade: os atos processuais com vistas a *persuadir* seu destinatário possuem um perfil mais liberal, enquanto que aqueles atos que prescindem a motivação. (DAMASKA, Mirjan. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal**. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 22-23).

⁶⁷⁸ PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**. Estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et provata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 100-101. TARUFFO partilha dessa crítica, ao afirmar que “[...] não existe qualquer conexão entre a atribuição ao juiz de mais ou menos poderes de iniciativa instrutória e a presença de regimes políticos autoritários e antidemocráticos. [...] Também a respeito desse assunto é oportuno uma utilização acurada e rigorosa dos conceitos: uma coisa é o juiz potencialmente «ativo» na complementação das iniciativas probatórias das partes, mas inserido em um contexto processual no qual são asseguradas as garantias das partes no âmbito de um sistema político democrático, enquanto outra coisa completamente diferente é o juiz inquisidor inserido em um sistema processual de molde autoritário”. TARUFFO, Michelle. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa *in* **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 71-72.

que o sistema de apreciação de provas constitui um campo sem relação com a maior ou menor iniciativa do juiz na formação da instrução processual:

*No se trata de saber si el juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino de determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una o otra manera y cuales los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba”.*⁶⁷⁹

No Brasil, SANTOS estabelece o CPC/39 como um marco na internalização do princípio da autoridade no âmbito da legislação processual. Essa inserção foi contextualizada com o pano de fundo da instituição do Estado Novo de Getúlio Vargas e a consequente necessidade ideológica e política de refutar veementemente o modelo passado. Isso abarcou, no plano do processo, uma veemente crítica das instituições processuais anteriores. Para o doutrinador, semelhante crítica fora realizada de forma demasiadamente dura, com um conteúdo de natureza política voltado ao fortalecimento de um regime centralizador e paternalista e tendo em sua

⁶⁷⁹ ECHANDIA, Devis. **Teoria general del proceso**. Aplicable a toda a clase de procesos. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004. p. 63. Não obstante a crítica, em uma abordagem da realidade *prática*, observa-se o sentido comum teórico engloba ambos os pressupostos. Em uma entrevista com magistrado, FONSECA destaca que “[...] na representação do julgador aparece claramente um tom pejorativo à inércia e a valorização da iniciativa probatória do juiz, sem qualquer alusão ao comprometimento da imparcialidade do julgador. [...] **«Pergunta do entrevistador»** ‘Pelo que eu estou entendendo, você manda produzir provas?’ **«Resposta do magistrado»** ‘Aí eu penso assim: ‘Peraí, só porque eu mandei produzir uma prova eu sou parcial? E por que o cara [o juiz] no crime faz isso e não fica sendo parcial? Por que no crime não?’ [...] **«Pergunta do entrevistador»** ‘O que leva o senhor a determinar a produção de prova?’ **«Resposta do magistrado»** ‘O não convencimento ou a desconfiança de que aquilo ali alguma coisa não está batendo. Então entra a questão da experiência pessoal. Porque a lei permite que o juiz julgue com base nas regras de experiência’”. FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado**. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho, 2008. p. 205-206. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060431.pdf>>. Acesso em: 15/09/2015. A mesma doutrinadora, aponta, em seguida, uma percepção absolutamente contrária extraída de entrevista com outro magistrado: “o trecho demonstra claramente que além da iniciativa probatória comprometer a parcialidade do julgador, inverte a lógica do raciocínio decisório, isto é, o juiz passa a procurar as provas que confirmam sua hipótese sobre o caso. [...] **«Resposta do magistrado»** ‘A prática é isso. O livre convencimento é extremamente relativo. Livre convencimento até onde ele é de acordo com a lei. Eu realmente sou adepta de que, hoje em dia, o juiz deve sim produzir prova, ele deve procurar a verdade nos autos, procurar descobrir o que realmente aconteceu pra dar a sentença. Porque essa é a função do juiz. A função do juiz não é simplesmente olhar pro papel e ver qual é a melhor, quem escreveu melhor, quem é que produziu a melhor prova e dar a sentença com base nisso. É procurar a verdade dos fatos. É procurar fazer justiça. Isso, eu acho realmente, que é o papel do juiz. E se o juiz tiver que produzir uma perícia, por ordem sua, mesmo que as partes não tenham requerido; oficiar quem quer que seja; descobrir o que realmente aconteceu, acho que deve fazer. O livre convencimento aqui funciona um pouquinho além. Quando chegam os autos, às vezes até pra dar a sentença, eu leio e vejo que está faltando uma prova, mando produzir’”. (p. 206-207).

base a crença em um governante capaz de velar por tudo, especialmente pelo povo.⁶⁸⁰

Assim, o doutrinador conclui que edição do Diploma processual em questão, ainda que *vestido* de “*rendas científicas*” a encobrirem a ideia de força, acabou instituindo, na exata simetria da Carta Política de 1937, um tipo de processo autoritário ou, pelo menos, muito próximo desse,⁶⁸¹ conferindo a esse um sentido finalístico enquanto *instrumento de atuação da vontade da lei no caso concreto*⁶⁸² e, principalmente, compreendendo o juiz como o próprio Estado administrando a Justiça:

O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registo passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica.⁶⁸³

Na Exposição de Motivos daquele Diploma Legal, subsistem referências claras ao modelo de processo instituído, cujo paradigma é o de CHIOVENDA. Na realidade, tanto MARTINS (redator do anteprojeto), quanto CAMPOS foram adeptos da doutrina de CHIOVENDA, sob a justificativa de que era necessária a adoção de uma concepção publicista de processo e, com essa, a ampliação dos poderes do

⁶⁸⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito [Da] Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 54, pt. 2, jul, p. 212, 1959. Confira-se, para tanto, o teor da crítica mencionada pelo doutrinador: [...] de um lado, a nova ordem política reclamava um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça; de outro, a própria ciência do processo, modernizada em inúmeros países pela legislação e pela doutrina, exigia que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de Estado para Estado, regia a aplicação da lei entre nós. [...]. O atraso em que se achavam as nossas leis judiciárias refletia-se sobre o trabalho dos estudiosos, e, enquanto por toda parte as construções teóricas mais sagazes, e por vezes mais ousadas, faziam da ciência do processo um campo de intensa renovação, a doutrina nacional retardava-se no repisar de praxes, fórmulas e máximas de que fugira o sentido e de que já não podíamos recolher a lição. O processo era mais uma congerie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas [...]. CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. D.O.U. de 13/10/1939. p. 24.411. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁶⁸¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito [Da] Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.54, pt.2, jul, p. 214, 1959.

⁶⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito [Da] Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.54, pt.2, jul, p. 214-215, 1959.

⁶⁸³ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. D.O.U. de 13/10/1939. p. 24.411. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 15 set. 2015.

juiz, a quem deveria ser confiada a tarefa de dirigir o processo e nele intervir de forma a atingir os objetivos desse.⁶⁸⁴

Ao cotejar essa linha discursiva instituidora do CPC/39 com as próprias palavras de CHIOVENDA, verifica-se uma clara preferência para o modelo assimétrico, publicista e autoritário de processo, haja vista aduzir que “[...] *trayendo a primer plano la figura del juez, reafirma la preeminencia, también en el proceso civil, del interés público y de la autoridad del Estado*”.⁶⁸⁵ Há uma aposta, portanto, na figura do juiz enquanto representante do interesse público e da autoridade do Estado e que, no âmbito do CPC/39, traduziu-se no fortalecimento dos poderes daquele, dentre os quais os de apreciação da prova e de iniciativa:⁶⁸⁶

Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado “princípio dispositivo”, de “controvérsia” ou “contradição”, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei.⁶⁸⁷

Essa aposta é mesmo confessada na doutrina da época. Veja-se, por exemplo, LYRA, ao referir que: “[...] o futuro Código encerra uma justa demonstração de confiança na aptidão técnica, na honradez e na operosidade da magistratura brasileira”⁶⁸⁸ em sintonia, aliás, com o que vinha sendo debatido na Itália. KANTOROWICZ, outro exemplo, ressalta as qualidades da magistratura, muito mais madura que a maioria dos membros de partidos políticos que constituem a classe dos legisladores, razão pela qual pode inclusive retirar a “camisa de força” relativa à

⁶⁸⁴ LEITE, Daniel Secches Silva de. A concepção de modernidade em 1930 *in* **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 260-261.

⁶⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **Los estudios de derecho procesal en Italia**. Trad. Santiago Santis-Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1959. p. 24. Conforme o doutrinador, CHIOVENDA efetuou essa reconstrução sistemática do processo civil após efetuar um aprofundado reexame da doutrina processual alemã da segunda metade do século XIX. Construiu, assim, um sistema marcado por um forte sentido histórico. (p. 24-25).

⁶⁸⁶ CASTRO JUNIOR, Roberto Apolinário de. Confronto principiológico entre os códigos de processo civil de 1939 e 1973 *in* **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 88-89.

⁶⁸⁷ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. D.O.U. de 13/10/1939. p. 24.411. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁶⁸⁸ LYRA, Roberto. O prestígio dos juizes e a reforma do processo civil *in* **Processo Oral** (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 223.

dogmática.⁶⁸⁹ CALAMANDREI ao examinar o projeto preliminar do Código de Processo Civil italiano de 1937, aduziu que o citado projeto pretendia restaurar o *principio da autoridade* e mencionando determinadas falas do Ministro da Justiça, para quem a introdução do citado princípio tinha por base um problema político, tendo em vista que “até no campo do processo civil, o Estado deve reassumir a sua posição preeminente [...] assim, como no processo *o Estado é representado pelo juiz*, o princípio autoritário introduzido no processo significa logicamente a ampliação dos poderes do juiz”.⁶⁹⁰

Diante desse cenário, cabe rememorar a compreensão de CHIOVENDA relativa à sentença como um *ato de vontade*:

*[...] la sentencia obliga como acto de autoridad, o sea de voluntad de la ley formulada por una autoridad que solo ella puede formular. La esencia de la sentencia está pues siempre en esta formulación autoritaria y nunca en el juicio lógico que es necesario para formularla y que, en sí mismo, es actividad posible a cualquier particular. Por esto es gravemente erróneo reducir la diferencia entre sentencia de declaración y sentencia de condena, a la diferencia entre a simple juicio lógico y un acto de voluntad [...].*⁶⁹¹

O doutrinador assevera que, na decisão judicial, devam ser consignados, além do dispositivo, os motivos de fato e de direito e que esses últimos devem indicar os artigos de lei que influíram na decisão e, também, os princípios gerais de direito, “*sem estender-se a confutar todos os argumentos aduzidos em contrário [...]*”.⁶⁹² Vê-se, portanto, uma inegável proximidade do argumento *chiovendiano*, redigido no contexto de um movimento de ruptura paradigmática ocorrida no início do século passado e tendente a fortalecer o princípio da autoridade no âmbito do processo,

⁶⁸⁹ KANTOROWICZ, German. La lucha por la ciencia del derecho in SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 370. Para o doutrinador, o postulado de justificação de todos os fatos implica em falta de confiança e falta de autoridade do juiz. A sua comparação é, no mínimo, extravagante: “*El creyente no exige del Juicio Final sentencias provistas de resultandos y considerandos*”. Para o doutrinador, a justificação é sempre subjetiva e psicologicamente suficiente para o vencedor, que também ficaria contente sem considerandos. E, quanto à parte vencida, essa não se dá conta desses considerandos, apenas da improcedência de sua pretensão. (p. 365).

⁶⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. Premissas políticas do projeto de código de processo civil italiano in **Proceso Oral** (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 155. Contudo, deve-se referir que o doutrinador referiu, expressamente, que “[...] deixa muito claro que a adoção desse princípio não significa o aumento da indeterminação dos poderes do juiz e “nem é necessário, para ampliar a esfera de autoridade do juiz, alargar a esfera dos seus poderes discricionários, ou seja, do seu arbítrio”. (p. 157).

⁶⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Trad. José Casais y Santalo. Madrid: Editorial Reus, 1925, tomo I. p. 186.

⁶⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. III. p. 40.

com uma compreensão do livre convencimento encontrada atualmente, na jurisprudência brasileira. E os reflexos disso são encontrados difusamente na percepção solipsista narrada por magistrados: “[...] cada um faz uma leitura diferente da prova, cada um lê o processo de um jeito [...]”,⁶⁹³ ou “[...] meu norte é assim: enxergar, um pouco na intuição, a decisão que me parece mais justa. Depois de enxergar essa posição, ir buscar pra trás «sic» o fundamento jurídico pra «sic» essa solução [...]”⁶⁹⁴ ou, ainda, “[...] aqui o juiz decide e justifica como quer. Não temos critérios objetivos para julgar. Decidimos subjetivamente e os critérios nós buscamos depois. Então não temos critérios. [...]”,⁶⁹⁵ dentre outros exemplos.⁶⁹⁶ Tem-se em mira, portanto, o pressuposto de que a sentença vem de *sentir*...⁶⁹⁷

Desimporta, aqui, a crítica de PICCO Y JUNOY referida acima, relativamente à vinculação do sistema de valoração de provas a um modelo liberal ou autoritário de processo, dado que o CPC/39 realizou a sua aposta no protagonismo do juiz e, portanto, está mais próximo ao *modelo assimétrico* que ao isonômico. Nesse sentido, o processo foi concebido, portanto, como atividade concentrada nas mãos do Estado por meio do seu ator principal – o juiz – de forma a privilegiar a autoridade como elemento de legitimação das suas decisões judiciais⁶⁹⁸ e sua concepção autoritária foi prevista de forma explícita na Exposição de Motivos antes aludida: “à

⁶⁹³ BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**. Entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. p. 472.

⁶⁹⁴ BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**. Entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. p. 509.

⁶⁹⁵ BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**. Entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. p. 526. E, assim, retorna-se às lições de STRECK quando denuncia o processo interpretativo clássico do tipo primeiro compreendo, depois interpreto, depois aplico. (ver STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 206).

⁶⁹⁶ Após o exame de inúmeras entrevistas com magistrados, advogados, promotores, defensores e auxiliares da justiça, a doutrinadora conclui que “as práticas judiciárias e as decisões judiciais são orientadas por percepções subjetivas dos operadores e por suas interpretações pessoais sobre a lei, os fatos e as provas produzidas no curso do processo judicial. [...] A prova dos autos é vista de forma pessoal dependendo do juiz que a analise. Os fatos são percebidos de forma pessoal e casuística. O mesmo processo pode ser julgado procedente ou improcedente pelo mesmo juiz. Ou por outro juiz”. (BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**. Entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. p. 557).

⁶⁹⁷ “Sentencia viene de sentir: es lo que el juez siente ante esse fenómeno que es el proceso y en desarrollo del cual há ejercido su jurisdicción”. MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: EJE, 1968. p. 20-21.

⁶⁹⁸ CÂNDIDO, Camila Fagundes. Correlação entre processo civil e estrutura do poder judiciário no CPC de 1973 in **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 139.

concepção dualística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo”.⁶⁹⁹

O autoritarismo judiciário é uma necessidade inelutável, que decorre da incessante mobilidade da vida social, cujas contingências não quaram fatal e inevitavelmente com as previsões legislativas. Se o reconhecimento desse poder fosse um mal, seria, pois, um mal necessário.⁷⁰⁰

Toda a modernidade e cientificidade trazida pela edição do citado CPC/39 não se mostrou suficiente, entretanto, ao longo do tempo, como demonstra a edição do CPC/73. Essa também teve, como uma das suas premissas de construção, uma “confrontação com a principiologia e a própria sistemática adotada pela codificação anterior”.⁷⁰¹

A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade.⁷⁰²

⁶⁹⁹ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. D.O.U. de 13/10/1939. p. 24.411. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁷⁰⁰ MARTINS, Pedro Batista. Em defesa do ante-projeto de código de processo civil *in* **Processo Oral** (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 236. Destarte, pode-se também anotar o alerta de SANTOS, relativo à reação da comunidade de juristas à época em face ao autoritarismo do Anteprojeto: “[...] a grande generalidade dos juristas, não obstante favoráveis ao reforçamento dos poderes do juiz, corolário lógico da doutrina publicística, contrários ao ante-projeto na parte em que caracterizava o autoritarismo judiciário, [...]”. Conforme o doutrinador, esses juristas entendiam “[...] não se coadunar com a mesma doutrina se atribuíssem ao juiz poderes discricionários [...]”. Em relação a essas críticas, SANTOS também refere como o MARTINS fora hábil no seu rebate, aduzindo que ocorreram alterações substanciais em sua versão final mas manifestando, ainda assim, sua preferência à autoridade do juiz, cuja única restrição deveria ser a necessidade de fundamentação das suas decisões. (SANTOS, Moacyr Amaral. **Contra o processo autoritário. Revista da Faculdade de Direito [Da] Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 54, pt. 2, jul, p. 219, 1959). São palavras de MARTINS: “Se me perguntarem — explicava-se — como conciliar as exigências da ordem social com os receios dos que combatem a indeterminação dos poderes do juiz, eu não hesitaria em indicar a solução: todo o poder ao juiz, mas condicionado o seu exercício ao dever de motivação dos despachos. O perigo não decorre do poder discricionário, mas da sonegação ao conhecimento das partes dos motivos determinantes da atitude do juiz”. MARTINS, Pedro Batista. Em defesa do ante-projeto de código de processo civil *in* **Processo Oral** (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 237. Por isso, SANTOS conclui: “Era a mais incisiva proclamação do juiz autoritário na sua mais alta expressão, para o qual a lei não seria tropeço aos seus desatinos”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Contra o processo autoritário. Revista da Faculdade de Direito [Da] Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 54, pt. 2, jul, p 220, 1959.

⁷⁰¹ CASTRO JUNIOR, Roberto Apolinário de. Confronto principiológico entre os códigos de processo civil de 1939 e 1973 *in* **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 90.

⁷⁰² BUZAID, Alfredo. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil in BRASIL. Senado Federal. Código de Processo Civil: histórico da Lei**, vol. I, tomo I. p. 09-10 Disponível em:

Tal qual seu predecessor, o CPC/73 foi elaborado dentro do contexto de um Estado autoritário, visto que vigente, então, a Constituição Federal de 1967. Tal qual seu antecessor, sua Exposição de Motivos aponta para os elementos que permitem inferir a aposta na tendência de concentração de poderes nas mãos dos magistrados, isto é, a ideia de outorga de poder ao juiz para que esse, em nome do Estado, *atue* a jurisdição.⁷⁰³ Eis a sua mensagem:

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade.⁷⁰⁴

Manteve, portanto, em sua concepção, o modelo assimétrico e publicista do anterior, bem como o processo concentrado nas mãos de Estado (*juiz*).⁷⁰⁵ No fundo, manteve a concepção *chiovendiana* de que o processo visa ao escopo geral e objetivo de fazer atuar a lei“. Dessarte, não serve o processo a uma ou outra parte;

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 set. 2015. Nessa Exposição está dito que: “propondo uma reforma total, pode parecer que queremos deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras inteiramente novas. Não. Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça”. Essas palavras também podem ser encontradas, aliás, na Exposição de Motivos do CPC/2015: Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteporjeto de Novo Código de Processo Civil. responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

⁷⁰³ CASTRO JUNIOR, Roberto Apolinário de. Confronto principiológico entre os códigos de processo civil de 1939 e 1973 *in* **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 94.

⁷⁰⁴ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil *in* BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil: histórico da Lei**, vol. I, tomo I. p. 12-13. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁷⁰⁵ CÂNDIDO, Camila Fagundes. Correlação entre processo civil e estrutura do poder judiciário no CPC de 1973 *in* **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 139.

serve à parte que, segundo o juiz, está com a razão”.⁷⁰⁶ Conforme bem anotado por CANDIDO, embora essa Exposição refira que a [...] prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável [...], também não explica em que consiste (como compreende) tanto um quanto outro.⁷⁰⁷ De anotar, aqui, a crítica de LEAL, quando refere que o processo não tem por escopo *decisões justas*, uma expressão idiossincrática e imprecisa que remete à “clarividência do julgador, de sua ideologia ou de sua magnanimidade”.⁷⁰⁸ Assim, o CPC/73 preserva – e prossegue – com a tradição inaugurada pelo seu predecessor, relativamente à internalização do *princípio da autoridade chiovendiano*.

Por último, cabe referir que o CPC/2015 emerge em um contexto estatal diferenciado em relação aos seus predecessores. Conforme sua Exposição de Motivos, hospeda-se “[...] as dobras do Estado Democrático de Direito [...]”,⁷⁰⁹ afastando-se, nesse sentido, tanto do CPC/39 quanto do CPC/73, que foram frutos de regimes totalitários no País. Nesse novo contexto, a citada Exposição aborda explicitamente o *livre convencimento*:

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Fica uma primeira impressão, portanto, que a ideia de *livre convencimento* (motivado) - enquanto preocupação do legislador - alcançou tanto a interpretação jurídica quanto a própria elaboração dos fatos no processo judicial, ideia essa extraída da “[...] dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social

⁷⁰⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, vol. I. p. 65.

⁷⁰⁷ CÂNDIDO, Camila Fagundes. Correlação entre processo civil e estrutura do poder judiciário no CPC de 1973 *in* **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 179.

⁷⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Primeiros estudos. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson. p. 67. Para o doutrinador, o escopo do processo é assegurar às partes a participação isonômica na construção do provimento, inspirando-se nas vertentes *fazzalarianas* anteriormente referidas.

⁷⁰⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteporjeto de Novo Código de Processo Civil. responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

e *descrédito do Poder Judiciário [...]*” acima referida. Em outro norte, porém, também é necessário referir que, consoante a Exposição em comento, o CPC/2015 não efetuou uma ruptura do próprio *modelo de processo* vigente no País:

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.

Lida a nova legislação processual a partir da sua contextualização propiciada pela respectiva Exposição de Motivos, fica a impressão que, não obstante sua edição no âmbito de um Estado Democrático, não teve como escopo *romper* com as tradições anteriores, tratando muito mais de acrescentar-lhe institutos com vistas a lhe atribuir um “[...] *alto grau de eficiência*”⁷¹⁰ e, também, de harmoniza-lo com os princípios constitucionais na sua versão processual.⁷¹¹ Nesse contexto, pode ser verificada uma alteração normativa no campo específico do *livre convencimento*, constante no art. 371 do NCPC em contraste com o art. 131 do CPC/73.⁷¹²

Fica claro, portanto, que a alteração da regra-matriz situa-se na supressão da expressão “*livremente*” contida no art. 131 do CPC/73. Tal supressão foi tida como uma verdadeira vitória da atual doutrina, no sentido de superação de um paradigma de discricionariedade mediante a *escolha* dos fatos tal qual apresentada por FRANK,

⁷¹⁰ “Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteporjeto de Novo Código de Processo Civil. responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

⁷¹¹ “A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteporjeto de Novo Código de Processo Civil. responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

⁷¹² **CPC/73** - Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento; **CPC/2015** - Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

consoante referido alhures. Para o senso comum teórico, não passou desapercibida tal modificação, tanto que é possível encontrar referência no sentido de que:

[...] vale notar que não se repetiu, no CPC/2015, a expressão 'livre convencimento' constante no art. 131 do CPC/1973 [...]. Mas o fato de se ter extirpado tal expressão da lei processual é carregado de simbologia: à luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial em relação às provas.⁷¹³

Anota-se, entretanto, que essa mesma doutrina refere que o sistema processual legal pretérito não havia privilegiado o *solipsismo* ou a arbitrariedade na eleição de provas na motivação das decisões judiciais. Assim, por exemplo, THEODORO JUNIOR, para quem o sistema anterior sufragava tão somente uma inexistência de hierarquia entre as provas e, não, uma espécie de poder discricionário para que fossem *selecionadas* aquelas que melhor se prestariam à solução da causa. Na sua ótica, a lei sempre impôs o dever de fundamentação de escolhas, o que somente poderia ser efetuado mediante “prévio contraditório entre as partes, e posterior possibilidade de impugnação recursal”.⁷¹⁴

Nessa linha, o atual sistema processual permanece com a tradição de não estabelecer uma espécie de hierarquia de provas,⁷¹⁵ no que mostra proximidade com os sistemas dos códigos que lhe precederam. Já existem vozes doutrinárias referindo que, em razão disso, ainda permite-se que o juiz efetue a *escolha* entre

⁷¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 667. No mesmo sentido: “Adotando o novo Código o princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz para se chegar à *justa composição do litígio*, entendeu o legislador de suprimir a menção ao ‘livre convencimento do juiz’ na apreciação da prova. Agora está assentado, no art. 371 do NCPC, que [...]”. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I. p. 861. Outras vertentes, todavia, continuam a referir a *livre* valoração da prova: “nada obstante a *valoração da prova* seja livre pelo juiz, já que o direito brasileiro adotou – e continua adotando, conquanto a supressão do adjetivo ‘livre’, tendo em conta que a eventualidade de ter o juiz de escolher entre duas versões probatórias é ineliminável – a regra da valoração racional da prova (art. 371) [...]”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2. p. 424. Ainda, nesse sentido: “rejeitados os sistemas da íntima convicção e da apreciação legal, o processo civil brasileiro, no art. 118 do CPC de 1939, adotou o princípio da *libra apreciação* (ou do livre convencimento), reproduzindo no art. 131 do CPC de 1973 e no art. 371 do NCPC. ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**. Parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. III. p. 468.

⁷¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I. p. 861. p. 861.

⁷¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 667.

duas *versões probatórias*.⁷¹⁶ O que existe, nessa nova ordem, portanto, é uma *procedimentalização* maior no que se refere à *justificação* dessa escolha, o que desemboca em uma regulação da motivação da decisão judicial como, por exemplo, o art. 489, § 1º do CPC/2015. Nesse sentido, é inegável que a procedimentalização da justificação encontra maior sintonia com o que a doutrina vinha prescrevendo sobre o tema conforme já referido acima.⁷¹⁷

Pode-se também anotar que a estruturação básica do processo civil mantém o cariz *carneluttiano*, com a distinção entre o mérito e questões embora matizados com as concepções de contraditório de inspiração *fazzalarianas* anteriormente abordadas (nesse sentido, pode ser observado que o CPC/2015 está mais próximo do conceito de objeto de debate do que o de questões no sentido *carneluttiano*). Ou seja, conforme sua própria Exposição de Motivos, o texto legal efetivamente não se mostra ruptural, mas, sim, sincrético no sentido de absorver elementos de diferentes modelos de processo, em um autêntico esforço de síntese.

É possível averiguar a reminiscência do princípio da autoridade no CPC/2015, mantendo o juiz como o protagonista do processo judicial e, assim, o seu elemento assimétrico divisado nas legislações anteriores.⁷¹⁸ A doutrina recente refere essa

⁷¹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2. p. 424.

⁷¹⁷ Embora o tema relativo à justificação (motivação) da decisão judicial não seja objeto do presente estudo, cabe referir que o citado dispositivo legal parece muito mais próximo do ideal de racionalização da decisão judicial antevisto em doutrina: “*Admitir que el juez motive sólo con base en las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos implica el riesgo del confirmation bias, típico de la persona que, al querer confirmar una evaluación propia, selecciona las informaciones disponibles eligiendo sólo las favorables y descartando a priori las contrarias, introduciendo así una distorsión sistemática en su razonamiento. De todas maneras, la evaluación negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión. Justamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de hechos, la demostración de su inatendibilidad es una condición necesaria para la confiabilidad de las pruebas favorables a esa reconstrucción*”. TARUFFO, Michelle. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. p. 105-106. Aqui, a motivação não assume um simples exame de consciência no sentido propalado por CALAMANDREI já anteriormente referido, mas, sim, um “[...] direito-garantia de obtenção de provimento construído objetivamente, com fundamento unicamente na ordem jurídica positivada [...] No Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional não é isolada, subjetiva, fundada em senso do justo ou injusto, mas contínua, participada, construída objetivamente, sempre com participação das partes em simétrica paridade. Assim, encontra-se afastada qualquer margem de discricionariedade ou folga de conduta subjetiva no exercício dessa atividade”. CHAVES, Terezinha Ribeiro. Provimento: ato decisório ou resultante lógica da decisão *in* LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II. p. 110-111.

⁷¹⁸ “Isso não quer dizer, contudo, que o legislador não tenha reservado ao juiz iniciativas importantes no que tange a própria definição do mérito da causa. Embora o juiz só possa decidir a partir do material fático-jurídico previamente debatido entre as partes (Arts. 5º, LV, da CF, e 10 do CPC),

percepção, aduzindo que o juiz permanece como o diretor da prova, ainda apostando nos atributos desse enquanto “juiz imparcial, estranho à atividade probatória, confiada às partes, mas presente para garantir a validade dos atos e dotado de poder de iniciativa subsidiária”.⁷¹⁹ Contudo, a novel legislação parece buscar um ponto de equilíbrio entre o citado *princípio da autoridade* e a *simétrica participação* das partes na construção do provimento jurisdicional.⁷²⁰ Se, de um lado, introduziram-se inúmeras modificações com vistas a materializar aquela simétrica participação, por outro manteve, em linhas gerais, as características assimétricas do processo, ainda apostando no protagonismo do juiz (mesmo que de forma “subsidiária”, como referiu a doutrina estudada).

Em síntese, o CPC/2015 manteve a tradição relativa ao *princípio da autoridade* e, também, a liberdade de valoração das provas mas, na linha do que boa parcela da doutrina já vinha assinalando, procedimentalizou os direitos-garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e de fundamentação das decisões judiciais com vistas a combater a arbitrariedade na eleição de elementos probatórios capazes de propiciar uma aparência (capa) de racionalidade à juízos formulados *a priori*, apostando, nesse sentido, na motivação como elemento de controle das decisões judiciais. Destarte, ainda que os avanços sejam significativos, o CPC/2015 não avançou no sentido de destrinchar a problemática relativa à *epistemologia* da prova na forma referida por FERRAJOLI. Especialmente sua *primeira inferência* remanesce inteiramente nas mãos do julgador a despeito do grande salto qualitativo no sentido de melhor explicitar essa construção no caso concreto.

Contudo, no marco legal do CPC/2015, não há mais espaço para uma concepção *chiovendiana* de livre convicção judicial e, portanto, a manutenção dos

sendo-lhe vedada a prolação de sentença-surpresa por força do direito ao contraditório [...] continua em vigor o velho brocardo que autoriza o juiz a aplicar o Direito que entende pertinente à espécie “*Iura Novit Curia*), ainda que não invocado pelas partes, desde que não haja descaracterização dos fatos narrados pelas partes em face de sua aplicação e desde que a nova visão jurídica dos fatos seja previamente submetida ao contraditório das partes (art. 5º, LV, da CF e 10 do CPC) [...]”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 271.

⁷¹⁹ ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**. Parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. III. p. 466.

⁷²⁰ Entende-se, nesse sentido, que outra das chaves para a compreensão paradigmática desse novo ponto de equilíbrio está na própria alteração de nomenclatura: o que, na terminologia do CPC/73, denominava-se de *atos do juiz* (art. 262), no CPC/2015 tem-se por *pronunciamentos do juiz* (art. 203).

verbetes cristalizados sob a égide dos códigos que lhe precederam não encontra espaço, efetivamente, no tecido legal da atualidade. Isso não decorre de uma mudança do sistema de valoração probatória, mas, sim, em virtude de uma regulação mais minuciosa do dever de fundamentação das decisões judiciais. A manutenção desses verbetes no novo marco legislativo significará, portanto, um tributo fiel ao princípio da autoridade *chiovendiano*, importante na confusão entre dois temas diferentes, quais seja, o sistema de valoração de provas com o dever de explicitação da motivação das decisões judiciais.

5 CONCLUSÃO

I. No imaginário jurídico brasileiro, foi realizada uma grande aposta nos princípios jurídicos enquanto instrumentos de abertura e de correção do Direito, isto é, como uma espécie de permissivo para a realização de operações não contidas no direito legislado. Nesse sentido, a percepção difusamente presente no sentido comum teórico é de que os princípios se constituem nos instrumentos de efetiva superação do paradigma do positivismo jurídico, esse compreendido como do tipo “*juiz boca da lei*”.

II. A *pan-principiologia* referida por STRECK é um reflexo do que se expôs acima, conferindo aos princípios jurídicos uma grande carga retórico-corretiva sem critérios sólidos de construção e com vistas a encobrir as mais variadas operações hermenêuticas, muitas vezes com propósitos ideológicos. Por essa via, os princípios jurídicos vêm abrindo margens para a desvinculação das decisões judiciais com a ordem jurídica-positiva, permitindo que, em cada caso, se opte pela aplicação da regra ou se fuja dessa ao talante do julgador, que não encontra subordinação a elementos externos à sua consciência.

III. O reforço aos princípios, portanto, tem permitido que a atividade decisória do Judiciário escape dos mecanismos de controle social na forma divisada por MAUS, mecanismos esses aos quais deveriam estar subordinadas como, aliás, quaisquer outras instituições do Estado, mormente em uma visão democrática dessas.

IV. O livre convencimento, também denominado de livre convencimento motivado ou de persuasão racional foi inserido, pela pragmática jurisprudencial brasileira, no panteão dos princípios do processo civil. É compreendido como um direito de o julgador *escolher* provas, questões, fundamentos e argumentos constantes no processo que sejam capazes de fundamentar a sua decisão, recusando a manifestação sobre os demais elementos vertidos no processo.

V. A jurisprudência hodierna extraiu o princípio do livre convencimento a partir de uma regra de processo (art. 131 do CPC/73) que remete, em seu texto, ao exame de provas. O apelo ao aspecto *principiológico*, entretanto, vem permitindo que o livre convencimento transborde a liberdade de escolha referida para outros

campos como fundamentos, argumentos e, até mesmo, de interpretação de regras jurídicas.

VI. Subsiste um caráter circular no modo de compreensão e de aplicação do livre convencimento pela jurisprudência brasileira, na medida em que essa preenche o sentido ôntico do dever constitucional de fundamentação da decisão judicial com aquele. A circularidade reside, pois, na compreensão do livre convencimento como o elemento que dá corpo e forma à fundamentação e essa, por sua vez, seja compreendida a partir daquele. Assim, ambos se referenciam mutuamente, blindando as decisões judiciais contra críticas relativas ao exame de provas e fundamentos.

VII. O CPC/2015 contém regras que especializaram a motivação das decisões judiciais, regulando-a de forma mais minuciosa como, por exemplo, o seu art. 489. Ainda, retirou a palavra “livre” ao regular a convicção formada em torno das provas, como se vê no seu art. 371, sem falar da processualização do próprio contraditório como, por exemplo, no seu art. 10. Nesse sentido, foi saudado pela doutrina como um importante marco de superação da compreensão jurisprudencial acerca do livre convencimento. Observam-se, todavia, sinais claros de manutenção daquela compreensão, quer seja via enunciados, quer seja pela própria jurisprudência recente sobre a matéria.

VIII. Os sinais apresentados estão a apontar para a permanência do paradigma positivista no âmago da forma de ver e de aplicar o Direito nos dias atuais, estreitamente ligado à ideia de legitimidade das várias possibilidades interpretativas que possam surgir dentro de uma mesma *moldura*.

IX. O sentido comum teórico aponta para uma certa imprecisão quanto ao tema relativo ao positivismo, visto que esse abarca várias correntes tanto no âmbito das ciências em geral, quanto dentro do próprio Direito. Entretanto, no meio jurídico, a expressão *positivismo* é compreendida usualmente no sentido atribuído por uma de suas vertentes, qual seja, o exegético ou legalista.

X. Para o positivismo científico, o elemento central de estudo constitui-se no fato demonstrável e passível de reprodução controlada. O positivismo jurídico concebeu a lei como o dado fático, empiricamente demonstrável e passível de reprodução, excluindo o *caso concreto* do seu campo de investigação. As primeiras

vertentes do positivismo jurídico, portanto, trataram de reduzir o fenômeno jurídico ao direito positivo, sendo denominadas de positivismo exegético ou legalista.

XI. O positivismo exegético ou legalista assumiu diferentes formas na França e na Alemanha do século XIX: na primeira, produziu uma escola de comentaristas da lei escrita e, na segunda, uma escola histórico-dogmática. Em ambos, verifica-se que o formalismo e o método constituíram a base de uma ciência jurídica especializada e que esteve vinculada, ao menos em seus momentos iniciais, em pressupostos éticos referenciados pela ideia iluminista de Direito Natural.

XII. O positivismo normativista de Kelsen, por sua vez, constitui um aprofundamento do rigor lógico do positivismo científico. Seu objeto de estudo foi centrado nas normas jurídicas, aprofundando a analítica dos conceitualistas. Esse positivismo pressupõe que não é possível fazer ciência sobre a casuística, menosprezando, por isso, a razão prática enquanto produtora de material que possa ser cientificamente analisado. Assim, difere profundamente do positivismo legalista porque: **(xii.a.)** enquanto esse buscou resolver os problemas relacionados à atividade prática por meio de uma dogmática *mítica*, aquele compreendeu tais problemas como incontornáveis; **(xii.b.)** enquanto nesse o juiz não interpreta (apenas realiza a subsunção e a dedução por via de um método), naquele é reconhecida a atividade discricionária nos seus múltiplos modos de interpretar e de aplicar as regras jurídicas.

XIII. As práticas cotidianas ligadas à interpretação e aplicação do livre convencimento podem ser inseridas, portanto, no âmbito da razão prática aludida pelo positivismo normativista, circunstância essa reforçada pela sua compreensão enquanto princípio do processo. Ou seja, refogem a um campo e análise científica, tratando-se tão somente de uma razão prática incontrolável por princípio.

XIV. O uso da expressão *princípio* é carregado de polissemia no âmbito jurídico. Em sua acepção morfológica, deriva de *prima*, “o que precede aos outros” ou “o que é mais antigo”. De Aristóteles, extraem-se dois grandes grupos de princípios: **(xiv.a.)** os científicos, relativo ao julgamento sobre coisas universais e, portanto, composto de coisas invariáveis e; **(xiv.b.)** os prudenciais, relativos ao conhecimento sobre coisas variáveis, capazes de gerar a deliberação ou opinião. Os princípios do primeiro grupo são divididos em axiomas, definições e hipóteses

enquanto que, os do segundo grupo, são construídos a partir de premissas plausíveis, isto é, de opiniões ligadas aos problemas particulares.

XV. Os romanos, por sua vez, transformaram o direito ao usarem os pressupostos da ciência grega de cariz aristotélica. Efetuaram, com isso, uma verdadeira revolução científica no desenvolvimento de sua jurisprudência (essa entendida como a ciência do Direito), transformando particulares em universais e, nesse sentido, concebendo os princípios não como elementos *apriorísticos* (ou prévios), mas, sim, resumos obtidos *a posteriori*, por via de recapitulação ou síntese, do direito preexistente.

XVI. Os juristas medievais, por sua vez, elevaram a dialética grega a um nível sem precedentes. Aristóteles negava o caráter apodítico do raciocínio dialético, na medida em que esse não podia chegar à certeza em face à incerteza de suas premissas. Contudo, os juristas medievais usaram a dialética para *demonstrar* o verdadeiro e o justo, virando Aristóteles “*pelo avesso*” ao fundirem os raciocínios dialético e apodítico em sua análise e síntese das normas jurídicas: como os textos de Direito Romano eram verdadeiras e justas, podiam fundamentar raciocínios apodíticos visando novas verdades e justiça. Mas, como também continham lacunas, ambiguidades e contradições, também exigiam o método dialético, isto é, a colocação de problemas, realização de classificações e afirmação de opiniões divergentes visando sintetizar os conflitos verificados.

XVII. O jusracionalismo, em sua diversidade de autores e de ideias, comungou, no seu conjunto, com a ideia de que é possível uma *verdadeira ciência* da moral, entendendo como *verdadeiras ciências* aquelas que haviam aplicado com sucesso o método matemático. Assim, empreendeu a edificação de uma verdadeira ciência da moral e, ao refutar o método medieval, negou também a dialética de Aristóteles (e a conseqüente lógica do provável), recorrendo ao método demonstrativo característico das ciências exatas.

XVIII. Nesse sentido, ao fornecer as bases de sistematicidade e, conseqüentemente, de metodologia específica à sistematização/produção do conhecimento jurídico, o jusracionalismo aprofundou a tradição de construção dos *princípios gerais de direito* por via de elaboração dos “*conceitos gerais*”. De qualquer forma, é possível afirmar que as matrizes do pensamento aristotélico, tanto relativo aos princípios da ciência como aos princípios de obrar foram recebidas pelo

pensamento jurídico ocidental e repercutiram também na noção de *princípios gerais de direito*.

XIX. Na era das codificações, os princípios sofreram uma expressiva *guinada*, dado que sua incorporação ao sistema jurídico passou a ser supletiva. Os doutrinadores não se furtaram, entretanto, da discussão sobre a sua natureza jurídica, se seriam realmente inspirados no *Direito Natural* e, portanto, representariam um conjunto de exigências de índole axiológica que serviriam de fundamento para as prescrições de direito positivo ou, então, seriam o resultado do estudo das normas jurídicas vigentes com o objetivo de obter aquelas diretrizes por meio do método indutivo.

XX. A discussão em torno dos princípios ganhou novos contornos a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente na experiência jurídica alemã. Verificaram-se determinados impasses que foram resolvidos por via de uma argumentação fundada em princípios axiológicos-materiais capazes de remeter a justificação das decisões para fatores *extra legem* gerando, como consequência, a afirmação de um *direito distinto da lei*. Tal como o movimento do *direito livre*, esse hodierno Direito Natural também obteve um forte impacto e a adesão de inúmeros discípulos que passaram a invocar livremente conceitos como “sentimento natural de justiça”, “consciência pública” ou direito natural puro e simples, sendo que os textos de direito positivo serviriam para legitimar (“positivar”) as ideias morais na forma predispostas pelas Cortes de Justiça.

XXI. Um balanço possível, portanto, sobre os registros epistemológicos dos princípios no âmbito do Direito após a Segunda Guerra Mundial, é que partilham de uma pretensão de afastamento em relação tanto ao modelo científico aristotélico seguido pelos juristas do jusracionalismo quanto do positivismo jurídico novecentista. Assim, não contam mais com o pressuposto de *causa primeira*, independentemente de sua configuração a partir do Direito Natural ou do Direito Positivo e, tampouco, com um algum método específico de raciocínio.

XXII. Deve-se cuidar com uma acepção sincrética da expressão princípio ligada ao livre convencimento. De um lado, o seu sentido axiomático não pode ser empregado, visto que pode ser afastado ou limitado por regras legais relativas à prova. De outro, também não pode ser cotejado em *formulação negativa* na forma proposta por ESSER, isto é, suprimindo *em tese* a regra-matriz que lhe dá suporte

para verificar as consequências desse raciocínio. Isso porque, nesse caso, não se consegue deriva-lo dos comandos constitucionais que norteiam a *fundamentação* da decisão judicial. Daí porque o livre convencimento não integra o conjunto de princípios que constituam um saber de natureza filosófica-jurídica.

XXIII. Dentro de um paradigma positivista de cariz científico, pode-se observar o livre convencimento como um *princípio derivado* ou subprincípio ou, ainda, um *princípio setorial*, mais condizente com uma construção *dogmática* do Direito. Essa concepção tem, como pressuposto, a identificação de certos princípios para os quais são atribuídos sentidos de elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina especializada, como é o processo civil. Nesse mesmo sentido, percebem-se, inclusive, várias obras produzidas pela *dogmática* jurídico-processual intituladas de “*Princípios*”.

XXIV. Destarte, ao usar a expressão princípio do livre convencimento de forma axiomática, ou seja, limitando a sua aplicação apenas ao exame da presença – ou não – de algum *iter* lógico da decisão, a jurisprudência examinada no presente trabalho reflete o paradigma do positivismo jurídico normativista. Ou seja, apesar de todo o esforço doutrinário de superação desse, a atividade decisória no âmbito dos Tribunais está cuidando de reforça-lo, ainda que não o faça de forma explícita. Por isso, no intento de desfazer tal confusão, o melhor seria abandonar a expressão princípio para qualificar juridicamente o instituto do livre convencimento e utilizar, em seu lugar, *sistema*.

XXV. A expressão *objeto do processo* não se confunde com a *finalidade* desse. De forma genérica, é aquilo que o processo coloca diante do Estado-Juiz. No contexto da legislação brasileira, não é usual a expressão *objeto do processo*, mas, sim, *mérito*, sendo que esse último é associado usualmente com a expressão *lide*. Mesmo o CPC/2015 manteve a tradição do Código revogado, na medida em que utiliza a expressão *lide* como sinônimo de *mérito* em pelo menos 03 (três) dos seus dispositivos legais. Enfim, embora a terminologia *objeto do processo* não seja muito usada na redação das regras adjetivas, a mesma aparece de forma reiterada na jurisprudência.

XXVI. Não obstante a identificação da *lide* como o objeto do processo - ou o seu *mérito* - tenha inspiração confessadamente *carneluttiana*, tal identificação não foi realizada pela obra de Carnelutti, ao menos nos termos claros e radicais como os

professados pelo redator do CPC/73. Contudo, existem outras correntes que concebem o mérito como: **(xxvi.a.)** como o complexo de *questões (de mérito)*; **(xxvi.b.)** como a demanda inicial (muito embora os defensores dessa vertente não demonstrem grandes preocupações com a precisão conceitual em relação à expressão *demanda*; **(xxvi.c.)** como a pretensão processual, podendo-se dividir essa corrente doutrinária em dois grupos, sendo, o primeiro, formado por aqueles que constatarem que o direito material vive no processo em um mero estado de afirmação e, por isso, o mérito é constituído pela *afirmação jurídica do direito material*. O segundo, por sua vez, se afasta totalmente do direito substantivo, entendendo que o objeto do processo constitui algo unicamente processual. Assim, embora ambas as linhas dividam a pretensão como algo diferente do direito material, o primeiro grupo não realiza um rompimento completo entre ambos, pois identifica a pretensão em um direito material *afirmado* (não, um direito material verificado). Já o segundo, efetua uma separação completa, não mais reportando a pretensão ao direito material (afirmado); **(xxvi.d.)** como o pedido formulado pelo autor; **(xxvi.e.)** como o pedido e respectiva causa de pedir e; **(xxvi.f.)** como o pedido e respectiva causa de pedir somados às defesas do réu.

XXVII. A doutrina mais recente efetua uma distinção mais específica entre o objeto do processo e o objeto litigioso do processo (ou objeto do debate), sendo esse último é examinado à luz das *questões* que o processo apresenta. Dito por outras palavras, o objeto do debate recai sobre todos os elementos que são anteriores ao primeiro. A presença das *questões* constitui dado constante - e mesmo necessário ao processo - indispensável, inclusive, para a existência e desenvolvimento desse último. Nesse sentido, as *questões* se apresentam de forma incidental no processo, com características de eventualidade e acessoriedade.

XXVIII. No âmbito da legislação brasileira, pode-se verificar a influência da obra de CHIOVENDA na redação do o CPC/39. A linguagem *chiovendiana* transparece inclusive não ausência de uma definição clara do que se deva entender por *questões*, muito embora as refira e regule as consequências de algumas dessas. Nesse sentido, o texto legal referido também não se atém às condições pelas quais essas *questões* devam ser resolvidas.

XXIX. Em CARNELUTTI, entretanto, é possível encontrar uma definição clara de questão como dúvida acerca de uma razão. Com efeito, para o doutrinador, nos casos em que a razão - seja da pretensão, seja da contestação – se torna *duvidosa*, surge uma questão. Na linguagem *carneluttiana*, a decisão da lide é obtida, portanto, mediante a solução das suas questões, sendo que as questões resolvidas constituem as razões da decisão. Normalmente, as dúvidas surgem das alegações das partes, muito embora possam também ser suscitadas pelo juiz naquelas matérias que deva examinar de ofício. Dessa forma, as razões (da pretensão ou da contestação) passam a ser questões e essas, por sua vez, se resolvem em razões (da decisão). Nesse sentido, o CPC/73 está muito próximo da arquitetura processual contida na doutrina *carneluttiana*, o que não significou o rompimento com o pensamento *chiovendiano*.

XXX. A teoria do processo consegue explicar o objeto processual – aí compreendido em sua acepção mais ampla – sem qualquer referência ao *livre convencimento*. Mostra, nesse sentido, alguma eloquência na circunstância de que consiga explicar (ainda que com variações de posicionamentos) tanto o objeto do processo, quanto as questões, sem fazer qualquer alusão ao sistema de valoração de provas e de fundamentos aportados ao longo da tramitação do processo. Partindo da premissa de que é sensível que essa valoração (qualquer que seja) interfere diretamente na construção da decisão judicial, então seria razoável supor que as diferentes teorias relativas ao objeto processual colocassem em destaque o livre convencimento em suas diferentes manifestações fenomenológicas ao longo do processo.

XXXI. As teorias que explicam o objeto do processo e, também o objeto do debate continuam atuais mesmo após a vigência do CPC/2015, pois esse não rompeu com o modelo *carneluttiano* de processo como, aliás, aponta sua própria Exposição de Motivos. Por óbvio que isso não significa afirmar que a nova legislação não contém substanciais avanços como, por exemplo, as inspirações *fazzalarianas* ao reger normativamente o contraditório em várias das suas disposições legais (art. 9º, art. 10, art. 115, art. 372, etc.). E, mais do que isso, consagrou uma visão mais refinada desse, ao colocar não só como um direito das partes, mas como um dever de resposta (art. 489), no que parece alinhado a uma ideia de enfrentamento

explícito da integralidade dos objetos referidos, em comparação com a legislação adjetiva anterior.

XXXII. Contudo, a inspiração positivista normativista continua presente na teoria do processo, visto que as diferentes teorias e posições estudadas fixam o objeto do processo (e mesmo do debate) *a priori*, sem qualquer referência (ou preocupação) com a *faticidade* que esse apresenta. Tendo em conta que o livre convencimento está relacionado diretamente ao *fato* ou ao *caso* em concreto, mas ignorado em uma perspectiva teórica do objeto do processo, pode-se perceber que a teoria do processo ainda se conforma com a ideia das várias possibilidades de solução do caso concreto. Mesmo que se entenda radical a ideia acima, deve-se atentar para o fato de que o *resultado concreto não integra o estudo teórico do objeto do processo*.

XXXIII. Em uma perspectiva dogmática, percebe-se que o livre convencimento é compreendido ora como um princípio, ora como um sistema de valoração de provas. A doutrina que compreende o instituto como um princípio do processo: CHIOVENDA, CARNELUTTI, TARUFFO, RODRIGUEZ e, no Brasil, MARQUES e MARTINS. De outro turno, aquela que o concebe como um sistema de valoração da prova: CALAMANDREI, LESSONA, ARAZI, MELENDO e, no Brasil, SANTOS, ASSIS e THEODORO JUNIOR. COUTURE defende o instituto como um método, enquanto que GORPHE não realiza uma distinção específica. Enfim, BAPTISTA DA SILVA usa as expressões princípio e sistema como equivalentes. O que fica claro, portanto, é que a doutrina não é precisa em relação à categorização da persuasão racional como *princípio* ou *sistema*, muito embora seja uníssona em afirmar sua circunscrição ao exame das provas.

XXXIV. A grande crítica ao livre convencimento, entretanto, resulta da circunstância de que originariamente estaria expressando um simples *princípio negativo* no sentido de inexistência de tarifação prévia das provas e, por isso, não prescindiria de uma integração com indicações epistemológicas da prova. Entretanto, na forma como foi recepcionado pela *praxis* judiciária, tornou-se um critério discricionário de valoração que acabou nublando o problema da justificação no processo. Por essa via, o livre convencimento acabou se tornando um "tosco" princípio potestativo legitimador do arbítrio dos juízes como referido por FERRAJOLI.

XXXV. Outro aspecto relativo ao livre convencimento reside na metodologia inaugurada pela ordem assimétrica, pela qual a discussão judicial não se apresenta

totalmente passível de ser racionalizada sob um ponto de vista lógico-científico porque privilegia a operação solitária realizada na mente do julgador. É o contrário do que sucedia na ordem isonômica, porque nessa última a discussão dialética encontrava seu pressuposto na divisão da consciência como remédio para a falibilidade do juízo. Enquanto que a ordem assimétrica é baseada no conceito moderno de prova estabelecida preventivamente pelo legislador e na compreensão de *probabilidade objetiva* julgada pelo juiz, na ordem isonômica a prova foi conectada a um rígido sistema de regras de exclusão e, por isso, só o último acerto judiciário do fato estava ligado com uma atividade crítica – não técnica – do juiz.

XXXVI. No Brasil, o CPC/39 pode ser considerado como o marco na internalização do princípio da autoridade no âmbito da legislação processual. O sentido conferido à expressão autoritário está ligado à passagem da ordem isonômica à ordem assimétrica, ou seja, de um modelo de processo isonômico dos diferentes participantes para aquele em que o juiz assume o protagonismo que domina e desenvolve o processo e que aceita ou indefere os marcos de alegações e provas propostas pelas partes. No âmbito desse protagonismo, possui independência em relação às partes na fixação do objeto de prova e ou de seus meios, aplicando – ou não – as regras jurídicas alegadas pelas partes. Enfim, a compreensão autoritária do processo reside na concepção do juiz como o próprio Estado administrando a Justiça.

XXXVII. O modelo autoritário de processo instituído no Brasil segue a doutrina de CHIOVENDA, que aposta na figura do juiz enquanto representante do interesse público e da autoridade do Estado. Nessa concepção, a decisão judicial se traduz em um ato de vontade, razão pela qual mostra-se desnecessária uma análise exaustiva de todos os argumentos em contrário. Vê-se, portanto, uma inegável proximidade do argumento *chiovendiano*, redigido no contexto de um movimento ruptural que instituiu o princípio da autoridade no âmbito do processo, com a atual compreensão do livre convencimento enraizada na jurisprudência brasileira.

XXXVIII. Tal qual seu predecessor, o CPC/73 foi elaborado dentro do contexto de um Estado autoritário. Essa legislação partilhou, com a precedente, aquela ideia de outorga de poderes ao juiz para que esse, em nome do Estado, *atuasse* a jurisdição. Manteve, portanto o modelo de processo assimétrico e publicista da anterior, bem

como sua concentração nas mãos do Estado, representado pelo juiz. Tal qual seu predecessor, enfim, preservou princípio *chiovendiano* da autoridade.

XXXIX. O CPC/2015 emerge em um contexto estatal diferenciado em relação aos seus predecessores, hospedado nas dobras do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, afasta-se tanto do CPC/39 quanto do CPC/73, que foram frutos de regimes totalitários, trazendo uma preocupação direta com o livre convencimento que alcançou tanto a interpretação jurídica quanto a própria elaboração dos fatos no processo judicial. Em outro norte, porém, o novel Diploma adjetivo não efetuou uma ruptura do próprio *modelo de processo* vigente no País.

XL. Houve uma sensível alteração da regra-matriz do livre convencimento no âmbito do art. 371 do CPC/2015 em face à supressão da expressão “*livremente*” contida no art. 131 do CPC/73. Tal supressão foi tida como uma verdadeira vitória da atual doutrina, no sentido de superação de um paradigma de discricionariedade mediante a *escolha* dos fatos. Contudo, verdade é que segmentos doutrinários também referem que o sistema processual pretérito não havia privilegiado o *solipsismo* ou a arbitrariedade na eleição de provas na motivação das decisões judiciais mas, sim, uma simples inexistência de hierarquia entre as provas. Nesse sentido, a tensão entre a concepção do livre convencimento como um princípio negativo e o direito potestativo de escolha das provas não teria encontrado assento normativo sob a égide do CPC/73 e, sim, decorrido de distorções observadas nas *praxis judiciárias*.

XLI. Em todo o caso, no âmbito do CPC/2015 ainda é possível verificar a reminiscência do princípio da autoridade, pois mantém o juiz como o protagonista do processo judicial e, assim, o elemento assimétrico divisado nas legislações anteriores. O novel Diploma adjetivo suavizou tal princípio, ao construir um ponto de equilíbrio entre esse e a *simétrica participação* das partes na construção do provimento jurisdicional.

XLII. Entretanto, que seus avanços sejam significativos, o CPC/2015 não conseguiu destrinchar totalmente a problemática relativa à epistemologia da prova na forma referida por FERRAJOLI. Especialmente no que pertine à construção do fato, esse ainda remanesce inteiramente nas mãos do julgador, a despeito do grande salto qualitativo no sentido de melhor explicitar essa construção no caso concreto.

XLIII. A despeito do acima exposto, o CPC/2015 não confere mais espaços para a concepção *chiovendiana* de livre convicção judicial. A manutenção dos verbetes cristalizados sob a égide dos códigos que lhe precederam não encontra espaço, efetivamente, no tecido legal da atualidade. Isso não decorre de uma mudança do sistema de valoração probatória, mas, sim, em virtude da regulação da fundamentação. Por isso, a manutenção desses verbetes no novo marco legislativo significará um tributo fiel ao princípio da autoridade *chiovendiano*, importante na confusão entre dois temas diferentes, quais seja, o sistema de valoração de provas e o dever de explicitação da motivação das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Reglas y principios em el razonamiento jurídico. **Anuario da Faculdade de Derecho da Universidade da Coruña**. n. 04, pp. 593-602, 2000. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2070/AD-4-35.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 15 set. 2015.

AFLEN DA SILVA, Kelly Susane. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 459 p.

ALEMANHA. **Lei Fundamental** da República Federal da Alemanha. Trad. Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), 2011. 141 p.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios juridicos y razón práctica. **DOXA – Cuadernos del Filosofia del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, nº 5, pp. 139-151, 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/n-5---1988/>>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

ALLORIO, Enrico. **La cosa juzgada frente a terceros**. Trad. Maria Angelica Purrido Barreto. Madrid: Marcial Pons, 2014. 308 p.

ALSINA, Hugo. **Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: Compañia Argentida de Editores, 1941, tomo I. 776 p.

_____. **Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires: Compañia Argentida de Editores, 1942, tomo II. 781 p.

ALVIM, Arruda. **Direito processual civil**. Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, vol. II. 507 p.

ALVIM, Thereza. **Questões prévias e limites da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 122 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 118 p.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal: (introduccion)**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997. 833 p.

ARAGONESES, Pedro. **Sentenças congruentes**. Pretensión, Oposición, Fallo. Madrid: Aguilar, 1957. 250 p.

ARAZI, Roland. **La prueba em el proceso civil**. 3. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2008. 354 p.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990. 163 p.

ARISTOTELES. Analíticos segundos *in* **Tratados de lógica (organon)**. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988, vol. II. p. 301-392.

_____. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1999. 238 p.

_____. Tópicos (libro I) *in* **Tratados de lógica (organon)**. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982, vol. I. pp. 89-121.

AROCA, Monteiro. **La prueba en el proceso civil**. 5. ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2007. 637 p.

_____; CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. El juicio ordinario. Guatemala: Magna Terra, 1998, vol. I. 531 p.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 314 p.

_____. **Processo civil brasileiro**. Parte geral: fundamentos de distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. I. 1.548 p.

_____. **Processo civil brasileiro**. Parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. III, 2.122 p.

ATIENZA, Manuel. Sobre princípios e regras. **Panoptica – Direito, Sociedade e Cultura**. Vol. 4, n. 03, p. 49-68, 2009. Disponível em: <<http://www.panoptica.Org/seer/index.php/op/article/view/85/93>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

AVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Jan/2009, pp. 01-19. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. **Teoria dos princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 138 p.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. 1. 532 p.

_____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 300 p.

_____. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 29, ano X, nov., pp. 99-126. 1983.

_____. **Sentença e coisa julgada** (ensaios e pareceres). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 385 p.

_____; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 351 p.

_____. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p.

BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**. Entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. 572 p.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 232 p.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Pública. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. São Paulo: FGV, vol. 240, 2005, pp. 83-105. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2473>>. Acesso em 14 set. 2015>.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo – RDA**. São Paulo: FGV, vol. 240, 2005, pp. 01-42. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em 14 set. 2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico *in* BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 642-647.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord). **Causa de pedir e pedido no processo civil** (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 13-52.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. 111 p.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006, 707 p.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, 239 p.

_____. Principii Generali di Diritto *in* AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Org.). **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1967-1983, vol. XIII, p. 881-904.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1997, 185 p.

_____; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Brasília: Brasiliense, 1994, 179 p.

BONACCORSI, Daniela Villani. Procedimento em contraditório e contraditório no procedimento *in* LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, pp. 67-84.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o projeto de lei nº 6.025/2005 e nº 8.046/10, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869/73)**. Brasília, 2012. p. 35. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Seminário – **O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil**. Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **O Código de Processo Civil de 1973 e suas alterações**. Brasília: Biblioteca Acadêmico Luiz Viana Filho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERA%C7%D5ES.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial 268.898 - SP**, da 4ª Turma. Agravante: Aços Sumaré Comércio de Ferro e Aço Ltda e outros. Agravado: Bano do Brasil S/A. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, julgado em 20 de outubro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1548570&num_registro=201202611372&data=20161028&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.427 – CE**, da Corte Especial. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, julgado em 05 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1111294&num_registro=201101855771&data=20120229&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de Instrumento 1.037.944 / RJ**, da 4ª Turma. Agravante: Condomínio do Edifício Palácio dos Reis. Agravado: Carlos Alberto Garcia Soares. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, julgado em 15 de outubro de 2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=921051&num_registro=200800755711&data=20091109&formato=PDF>. Acesso em 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.321.967 – RS**, da 1º Turma. Agravante: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. Agravado: Suely Nunes da Costa e outros(s). Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, julgado em 01/12/2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1078836&num_registro=201001105033&data=20111219&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 36.329 – RJ**, da 1º Turma. Agravante: Rio Star Indústria e Comércio Ltda. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 20/08/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1166336&num_registro=201101949381&data=20120820&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial 527.401/SP**, da 3º Turma. Agravante: Destilaria Alcídia S/A. Agravado: Jairo Silvestre Queiroz e Paulo Souza Queiroz. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, julgado em: 1 de dezembro de 2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1471349&num_registro=201401299905&data=20151214&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Conflito de Competência nº 52.424 – PB**, da 1º Seção. Agravante: Telemar Norte Leste S/A. Agravado: Valdilene Félix de Andrade. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, julgado em 13 de fevereiro de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=753318&num_registro=200501154175&data=20080303&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1.199.865 – MG**, da 3º Turma. Agravante: Maria Laura Converso Caetano e outros. Agravado: Fertilizantes Fosfatados S/A – Fosfértil. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, julgado em: 21 de agosto de 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1171640&num_registro=201001178925&data=20120824&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 139.657/RS**, da 3º Turma. Agravante: BI Indústria Ótica Ltda. Agravado: Pedro Batista dos Santos e outro. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, julgado em: 25 de junho de 2013. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial>

=1246251&num_registro=201200029679&data=20130701&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 37.896/PR**, da 4º Turma. Agravante: COPAGRA Cooperativa Agroindustrial do Noroeste Paranaense. Agravado: Leonir Bernardes e outro. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DF, julgado 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1209054&num_registro=201101062509&data=20130228&formato=PDF> . Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 3.220 – SP**, da 2º Seção. Suscitante: Juízo Federal da 7º Vara – SP. Suscitada: Oitava Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo – SP. Relator: Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, julgado em 30 de setembro de 1992. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200163793&dt_publicacao=03-11-1992&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Consulta ao sítio eletrônico**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=%22se+os+fundamentos+adotados+bastam+para+justificar+o+conclu%EDdo+na+d+ecis%E3o%22&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=null&thesaurus=null&p=true&operador=e&processo=&livreMinistro=&relator=&data_inicial=&data_final=&tipo_data=DTDE&livreOrgaoJulgador=&orgao=&ementa=&ref=&siglajud=&numero_leg=&tipo1=&numero_art1=&tipo2=&numero_art2=&tipo3=&numero_art3=¬a=&b=ACOR&b=SUMU&b=DTXT&b=INFJ>. Acesso em 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática de afetação a recursos repetitivos em Recurso Especial nº 13.336.213**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Denize Salete Rossato. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, julgado em 16 de novembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=25824834&num_registro=201201608442&data=20121210&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Monocrática em Agravo em Recurso Especial nº 219.989/RS**. Agravante: Elenara Coutinho Rodrigues. Agravado: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, julgado em 07 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61984269&num_registro=201201760270&data=20160609&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 511.172 – MG**, da 3º Turma. Embargante: Banco Bradesco S/A. Embargado: Maria Nícia Serpa Ignacio e Manoel Ignacio Neto. Relator: Ministro João Otávio De Noronha. Brasília, DF, julgado: em 08 de setembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439918&num_registro=201400912821&data=20150911&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDCl no mandado de segurança 21.315**, da 1º Seção. Embargante: Paulo Rodrigues Vieira. Embargado: União Federal. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal convocada – Tribunal Regional Federal da 3º Região). Brasília, DF, julgado em: 08 de junho de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518847&num_registro=201402570569&data=20160615&formato=PDF>. Acesso em 19 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDCl no Recurso Especial 229.189 – RJ**, da 2º Turma. Embargante: Estado do Rio de Janeiro. Embargado: Rosa Francesch da Silva. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, julgado em 02 de outubro de 2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=431726&num_registro=199900805372&data=20031219&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDCl no Recurso Especial nº 1.234.321/SC**, da 4º Turma. Recorrente: Maria de Lourdes Caires. Recorrido: Marcus Túlio Sartorato. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, julgado em: 18 de dezembro de 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1203832&num_registro=201100234662&data=20130204&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDCl no Recurso Especial nº 388.423 – RS**, da 4º Turma. Embargante: Petroplastic Indústria de Artefatos Plásticos Ltda. Embargado: Primeira Indústria e Comércio Ltda. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, DF. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=668184&num_registro=200101698390&data=20070205&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 23.725/RJ**, da 5º Turma. Recorrente: Valter Cândido de Faria. Recorrido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, julgado em: 21 de setembro de 2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1006431&num_registro=200801187689&data=20101116&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.178.500/SP**, da 3º Turma. Recorrente: Banco BMG S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, julgado em: 04 de dezembro de 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199631&num_registro=201000213302&data=20121218&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.230.097 - PR**, da 4º Turma. Recorrente: Silvana Galarca Moraes e outro. Recorrido: União. Relator:

Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, julgado em 06 de setembro de 2012.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1175958&num_registro=201100076880&data=20120927&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. /2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.283.206 – PR**, da 2º Turma. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, julgado em: 11 de dezembro de 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1114554&num_registro=201102295818&data=20121217&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.368.210 - SP**, da 3º Turma. Recorrente: São Paulo Alpargatas S/A e San Remo Empreendimentos Comerciais Ltda. Recorrido: Os Mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, julgado em 04 de junho de 2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1240402&num_registro=201202649647&data=20130617&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.524.730 – MG**, da 3º Turma. Recorrente: TV Vale do Aço Ltda. Recorrido: Carlos Wagner Fernandes de Alencar. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília: DF, julgado em: 18 de agosto de 2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1429602&num_registro=201300112170&data=20150825&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 239.038 – CE**, da 2º Turma. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Raymundo Farias e outros. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília, DF, julgado em: 17 de outubro de 2000. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=61706&num_registro=199901052009&data=20010319&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 818.614/MA**, da 3º Turma. Recorrente: Banco do Estado do Maranhão S/A. Recorrido: Francisco José Honaiser. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, julgado em: 16 de outubro de 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=658686&num_registro=200600284008&data=20061120&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 511.581-0**, da 2º Turma. Agravante: Ipassu Indústria e Comércio Ltda e outro. Agravado: União. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 24 de junho de 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541805>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Agravo de Instrumento nº 794.759/SC**, da 1º Turma. Agravante: Associação dos Professores da Universidade Federal de Santa Catarina – Seção Sindical do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES – Sindicato Nacional. Agravado: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, julgado em: 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622871>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Agravo de Instrumento nº 351.384-7**, da 2º Turma. Agravante: Banco do Estado do Espírito Santo S/A. Agravado: Valdeir Moreira. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, julgado em: 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=304663>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83.073/RJ**, da 2º Turma. Impetrante: DPE-RJ – Emanuel Queiroz Rangel. Paciente: Elizaldo Francisco da Silva. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, julgado em: 17 de junho de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79239>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388 – RR, do Plenário. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 19 de março de 2009. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, vol. 212, pp. 49-371, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 598557114**, do 2º Grupo Cível. Suscitante: 3º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Interessado: Lucinda Pavan dos Passos. Relator: Desembargador Perciano de Castilhos Bertoluci. Porto Alegre, julgado em 12 de março de 1999.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Escola Judicial. Primeira Jornada Sobre o Novo Código de Processo Civil Comissão de Enunciados da I Jornada sobre o Novo Código de processo civil. Relatório Final. Goiania, 2015. Disponível em: <<http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2015/07/relatorio-final.pdf>>. Acesso em 14/09/2015. Acesso em 14 set. 2015.

BRITO, Edvaldo. Nota Prévia *in* GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. I-XXIII.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1. 612 p.

BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso *in* **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 72-132.

_____. **Do agravo de petição** no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. 172 p.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil *in* BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil: histórico da Lei**, vol. I, tomo I, pp. 09-32. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. L'influenza di liebman sul diritto processuale civile brasiliano *in* **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman**. Milão: Giuffrè, 1979, vol. 1. pp. 05-29.

CABRA, Marco Gerardo Monroy. **Principios de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis, 1974. 357 p.

CABRITA, Helena. **A fundamentação de facto e de direito da decisão cível**. Coimbra: Coimbra, 2015. 288 p.

CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 288 p.

CALAMANDREI, Piero. El concepto de "litis" en el pensamiento de F. Carnelutti *in* CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Argentina, 1961. pp. 265-294.

_____. El juez y el historiador *in* CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Argentina, 1961. pp.105-130.

_____. **La casación civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, tomo I. 428 p.

CALAMANDREI, Piero. La genesis logica de la sentencia civil *in* CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961. pp. 369-417.

_____. **Los estudios de derecho procesal en italia**. Trad. Santiago Santis-Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1959. 212 p.

_____. Premissas políticas do projeto de código de processo civil italiano *in* **Processo Oral** (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940. pp. 155-175.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile *in* **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. 10, parte 1. pp. 164-192.

CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. Coimbra: Coimbra, 2015. 213 p.

CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Padova: CEDAM, 1937. 305 p.

CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. 559 p.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. D.O.U. de 13/10/1939, p. 24411. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 15 set. 2015.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 185 p.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 302 p.

CÂNDIDO, Camila Fagundes. Correlação entre processo civil e estrutura do poder judiciário no CPC de 1973 *in* **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. pp. 119-142.

CANESTRELLI, Serena. **Istruzione probatoria e libero convincimento del giudice**. Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2011. 296 p. Disponível em: <https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/20077/25552/Phdunimib_040978.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de mutação**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Círculo do Livro, 1990. 432 p.

CARLI, Carlo. **La demanda civil**. Buenos Aires: LEX, 1977. 383 p.

CARLI, Luigi. Questioni incidentali (diritto processuale penale) *in* SANTORO-PASSARELLI, Francesco (dir). **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. pp. 61-69.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. 322 p.

_____. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. 205 p.

_____. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, vol. I. 557 p.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1986, vol. IV. 870 p.

_____. **Sistema del diritto processuale civile**. Funzione e composizione del proceso. Padova: Cedam, 1936, vol. I e II. 849 p.

_____. **Teoria general del derecho**. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. 543 p.

CARRIÓ, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. 75 p.

CARVALHO, Milton Paulo. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. 183 p.

CASTILLO, Niceto Alcala-Zamora. **Cuestiones de terminología procesal**. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972. 244 p.

_____. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Mexico: Universidad Autónoma de Mexico, 1992, tomo I. 615 p.

_____. Liberalismo y autoritarismo en el proceso. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, [S.I.], jan., pp. 559-600, 1968. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/572>>. Acesso em: 18 out. 2015.

CASTRO JUNIOR, Roberto Apolinário de. Confronto principiológico entre os códigos de processo civil de 1939 e 1973 *in* **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011, p. 77-113.

CASTRO JUNIOR, Torquato. Jurisprudência dos Interesses *in* Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 485-490.

CAVALLONE, Bruno. Alessandro Giuliani processualista: ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio. **Rivista Di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, v. 67, n. 1, fev, pp. 107-120, 2012.

CHAVES, Terezinha Ribeiro. Provimento: ato decisório ou resultante lógica da decisão *in* LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II. p. 107-123.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. vol. I, 519 p.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, vol. III. 408 p.

_____. **L'Azione nel sistema dei diritti**. Bolonha: Zanichelli, 1903. 128 p.

_____. **La riforma del procedimento civile proposta dalla commissione per il dopo guerra**; relazione e testo annotato. Napoli: N. Jovene, 1920. 148 p.

_____. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Milano: Giuffré, 1993, vol. secondo. 485 p.

CHIOVENDA, José. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo I. 724 p.

_____. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. Jose Casais y Santalo. Madrid: Reus, 1922, tomo II. 858 p.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelle. **Lezione sul processo civile**. Bolonha: Mulino, 1998. 971 p.

CONSOLO, Claudio; GODIO, Frederica. Princípio del contraddittorio *in* COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; *et alii*. **Commentario del codice di procedura civil**. Torino: Utet Giuridica, 2012, vol. II. pp. 22-46. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=5-xiBAAAQBAJ&pg=PA24&lpg=PA24&dq=comoglio+contraddittorio&source=bl&ots=5kf_mKkKs&sig=fpsv7IVzlaOgfcgHlci1Y2pB8U&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwipzOCHnrQAhVEG5AKHdE9Bil4ChD oAQqaMAA#v=onepage&q=comoglio%20contraddittorio&f=false>. Acesso em 02 nov. 2016.

COUSUELO, José Maria Díaz. **Los Principios generales del derecho**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. 108 p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. 492 p.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de **Objeto litigioso no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. 159 p.

CRUZ, Sebastião. **Direito Romano (ius romanum)**: Introdução. Fontes. 4. ed. Coimbra: Dislivro, 1984, vol. I. 629 p.

DAMASKA, Mirjan. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado**: análisis comparado del processo legal. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. 430 p.

DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos conceitos *in* BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. pp. 482-484.

DAWSON, John P. **The oracles of the law**. New York: William S. Hein & Co., 1968. 520 p.

DE LUCCA, Giuseppe. Profilo storico del libero convincimento del giudice *in* **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, 1990. p. 16. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf>. Acesso em: 15/09/2015. pp. 09-38.

DE STEFANO, Giuseppe. Per una teoria dell'oggetto del processo *in* **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1958, vol. III. pp. 225-244.

DENTI, Vittorio. Questioni pregiudiziali *in* AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Org.). **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1967-1983, vol. XIV. pp. 675-678.

DEU, Teresa Armenta. **La acumulacion de autos** (reunion de procesos conexos). Madrid: Montecorvo, 1983. 344 p.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I. 991 p.

_____. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**. Rio de Janeiro: Forense, ano IX, vol. 34, ab-jun. pp. 20-45, 1984.

_____. Sugli sviluppi della dottrina brasiliana del processo civile *in Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milão: Giuffrè, 1979, vol. 1. pp. 32-37.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

ECHANDIA, Devis. **Teoria general del proceso**. Aplicable a toda a clase de procesos. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004. 538 p.

_____. **Compendio de Derecho Procesal**. Teoria general del proceso. 4. ed. Bogota: ABC, 1974. 319 p.

_____. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Madrid: Aguilar, 1966. 722 p.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984. 182 p.

ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. 498 p.

ESTEVEZ, Jose Louis. La teoría del objeto del proceso *in Anuario de derecho civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. n. 2, vol. 2, 1949. pp. 606-630.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processo**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

_____. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957. 131 p.

FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. 374 p.

FERNÁNDEZ, Eneida Arbaizar; GUTIÉRREZ, Alazne Basañez; PADILLA, Gloria Pérez; *et alii*. La iniciativa probatoria de oficio en los procesos especiales no dispositivos *in* LLUCH, Xavier Abel; PICÓ I JUNOY, Joan (coord). **Los poderes del juez civil en materia probatoria**. Barcelona: Bosch, 2003. pp. 67-104.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista *in* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz *et alii* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 13-56.

_____. **Direito e razão.** Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares *et alii*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 925 p.

FERRÁNDIZ, Leonardo Prietro-Castro. **Derecho procesal civil.** 5. ed. Madrid: Tecnos, 1989. 545 p.

FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico:** el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. 444 p.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado.** Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho, 2008. 267 p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060431.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e pratica dos principios gerais do direito.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. 260 p.

FRANK, Jerome. **Derecho e incertitumbre.** Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968. 141 p.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. O Processo Eletrônico No Superior Tribunal De Justiça (STJ): Análise Da Tempestividade Das Tutelas De Consumo. **Revista Digital e Governo Eletrônico.** n. 7, 2012, pp. 48-54. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDgQFiAC&url=http%3A%2F%2Fbuscalegis.ufsc.br%2Fvistas%2Findex.php%2Fobservatoriodoe.gov%2Farticle%2Fdownload%2F34199%2F33096&ei=1hYMUtyXGYLu9ASfi4C4DQ&usq=AFQjCNEkXGsTqtxW9283BPnoYYz59FglPg&bvm=bv.50723672,d.EWU>>. Acesso em 14 ago. 2013.

FREIRE, Homero. Da pretensão ao direito subjetivo *in* **Estudos de direito processual in memoriam do ministro Costa Manso.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965. pp. 59-113.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta.** Petrópolis: Vozes, 1989. 114 p.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. ***Iura novit curia* aplicación judicial del derecho.** Valladolid: Lex Nova, 2000. 261 p.

GARBAGNATI, Edoardo. Questione pregiudiziale *in* SANTORO-PASSARELLI, Francesco (dir). **Enciclopedia del diritto.** Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII, pp. 69-81.

_____. Questioni preliminari di merito e questione pregiudiziali. **Rivista di diritto processuale.** Padova: CEDAM, vol XXXI (II serie), pp. 257-280, 1976.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992. 197 p.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. 813 p.

GIUDICEANDREA, Nicola. Questione di fatto *in* AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Org.). **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1967-1983, vol. XIV. pp. 667-673.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). **Rivista Di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. 43, parte 2, p. 598-614, 1988.

_____. Prova (filosofia) *in* **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVII. pp. 519-579.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. 916 p.

GORPHE, François. **Las resoluciones judiciales**. Estudio Psicológico y Forense. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. 199 p.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 525 p.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 176 p.

GUARIGLIA, Osvaldo. **La ética en Aristóteles: o la Moral de la Virtud**. Buenos Aires: Eudeba, 1997. 394 p.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Introducción y parte general. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, vol I. 968 p.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier, 2005. 415 p.

GUILLÉN, Víctor Fairén. **Estudios de Derecho Procesal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. 640 p.

_____. **Teoría general del derecho procesal**. Mexico: Universidad Autónoma del México, 1992. 607 p.

HABSCHEID, Walter J. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco (trad. Angela Loaldi) *in* **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, vol XXXV (II serie), 1980. pp. 454-467.

HART, L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. 348 p.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. 326 p.

HECKLER, Evaldo (SJ); BACK, Sebald; MASSING, Egon. **Dicionário morfológico da língua portuguesa**. São Leopoldo: Unisinos, 1984, vol. III. 3.431 p.

_____. **Dicionário morfológico da língua portuguesa**. São Leopoldo: Unisinos, 1984, vol. IV. 4.507 p.

HERCULANO, Alexandre. **Opúsculos**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1885, vol. 05. 315 p.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal *in* **DOXA – Cuadernos del Filosofia del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, nº 12, 1992, pp. 257-299.

Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10731/1/doxa12_08.pdf>.

Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Sobre prueba y motivación *in* TARUFFO, Michele; IBAÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. pp. 47-96.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. trad. F. Silveira Santos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 480 p.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002, tomo I. 374 p.

JOLOWICZ, H.F. **Historical introduction to the study of roman law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1952. 596 p.

JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano - I. Parte Geral**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. 466 p.

KANTOROWICZ, German. La lucha por la ciencia del derecho *in* SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949. pp. 325-370.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 534 p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. 509 p.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 427 p.

KIMMICH, Liane Boll. Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão *in* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 158-176.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 260 p.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. 201 p.

LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1996. 727 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Primeiros estudos. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson. 335 p.

LEE, H.D.P. Geometrical method and Aristotle's account of first principles *in The Classical Quarterly*. Cambridge: Cambridge University, v. 29, 1935. pp. 113-124.

LEITE, Daniel Secches Silva. A Concepção de modernidade em 1939 *in* LEAL, Rosemiro Pereira (coord., org. col.); ALMEIDA, Andréa Alves de (org., col.). **Comentários críticos a exposição de motivos do cpc de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo cpc**. Franca: Lemos e Cruz. pp. 235-272.

LENT, Friedrich. **L'Objetto della lite**. Parte prima: il procedimento di cognizione. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1963. 389 p.

LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição *in* TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil** (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 343-410.

LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba em derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Editorial Reus, 1928, vol. I. 753 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Dinamarco Rangel. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 343 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador *in* LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947. pp. 107-152.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoles: Morano, 1962. 516 p.

LLUCH, Xavier Abel. **Las reglas de la sana crítica**. Madrid: La Ley, 2015. 198 p.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 675 p.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: WMF, 2010. 373 p.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. 202 p.

_____. **Sistema y dogmatica jurídica**. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1983. 153 p.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. Los principios generales del derecho: ¿um mito juridico? **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**. Espanha: Ministério de la

Presidencia, n. 98, outubro-deciembre, p. 09, 1997. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.Es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=255&IDA=17117>>. Acesso em: 15 set. 2015.

LYRA, Roberto. O prestígio dos juízes e a reforma do processo civil *in* **Processo Oral** (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940. pp. 223-224.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O Uso criativo dos paradoxos do Direito: a aplicação dos princípios gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia *in* ROCHA, Leonel Severo (org). **Paradoxos da Auto-Observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. pp. 245-277.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 444 p.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**. Torino: G. Giappichelli, 1973, vol. I. 278 p.

_____. **L´Azione esecutiva**. Contributo alla teoria unitaria dell´azione e del processo. Milão: Giuffrè, 1955. 658 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 1. 623 p.

_____. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2. 1.101 p.

MARQUES, Jose Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000, vol. I. 512 p.

MARQUES, Jose Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000, vol. II. 506 p.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000, vol. III. 533 p.

MARTÍNEZ, José la Torre. Los principios del derecho natural y los principios tradicionales del Derecho *in* **Los Principios Generales del Derecho**. Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: Actas, 1993. pp. 161-188.

MARTINS, Pedro Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol. III. 510 p.

_____. Em defesa do ante-projeto de código de processo civil *in* **Processo Oral** (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940. pp. 225-238.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade e o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque.

Novos Estudos. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 58. pp. 183-202, 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. Los «principios generales del derecho» y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos *in* **Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1958, vol. 1. pp. 225-242.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1.740 p.

MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: EJE, 1968. 608 p.

MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civil**. Milão: Giuffrè, 1987. 384 p.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1978. 326 p.

MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiciale nel processo civile**. Viena: Manz, 1904. 233 p.

MERRYMAN, John. **La tradición jurídica romano-canónica**. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. 304 p.

MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa America, 1970. 455 p.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. II. 535 p.

_____. **Tratado das ações**. Ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. 381 p.

MITIDIERO, Daniel Francisco. MITIDIERO, Daniel Francisco. A lógica da prova no ordo judicarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho. n. 6, fev, p. 179-202, 2003. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/65>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 308 p.

MONTESANO, Luigi. Questioni preliminari e sentenze parziali di merito. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, vol. XXIV (II Serie), p. 581, 1969.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo processo civil brasileiro** (exposição sistemática do procedimento). 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 356 p.

MOZOS, Jose Luis de los. Norma, principio y sistema em la integración del ordenamiento jurídico *in* **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro**, Madrid: Tecnos, 1976. v.2. p. 321-343.

NAPPI, Aniello. Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione *in* **Quaderno n. 50** (incontri di studio e documentazione per i magistrati). Roma, pp. 39-58, 1990. Disponível em: <http://www.csm.it/quaderni/quad_50.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 415 p.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 669 p.

NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. 2. 469 p.

_____. **Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almeidina, 1967. 927 p.

NIETO, Alejandro. **El desgobierno judicial**. Madrid: Fundación Alfonso Martin Escudero, 2005. 301 p.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O conceito de pretensão à luz da teoria do fato jurídico e sua influência sobre o direito processual *in* DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**. Homeagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 509-525.

NÖRR, Knut Wolfgang. Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale *in* **Rivista Di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. 59, n. 1, genn/mar, pp. 1-10, 2004.

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. 248 p.

PALACIO, Lino Enrique. **Derecho procesal civil**: nociones generales. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, vol. I. 3.381 p.

PALLERMO, Antonio. **Il processo di formazione della sentenza civile**. Milão: Giuffrè, 1956. 259 p.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Trad. Sergio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro. 296 p.

PATTARO, Enrico. Al origen de la nocion "principios generales del derecho": Lineamiento historico filosofico. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**, n. 59, pp. 535-563, 1987. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.Unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art5.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2015.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**. Das origens lusas à escola crítica do processo. Barueri: Manole, 2002. 372 p.

PERELMAN, Chäim. **Logica Jurídica**. Trad. Vergínea K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 259 p.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. A Nova Retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 653 p.

PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório **in Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 127-155.

_____. Do juízo ao processo **in Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33-68.

_____. Processo Civile: c) diritto moderno **in Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII. pp. 101-119.

PICO I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**. Estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et provata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 167 p.

PINTORE, Anna. **El Derecho sin Verdad**. Madrid: Dykinson, 2005. 236 p.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1996. 949 p.

PLANITZ, Hans. **Princípios de derecho privado germanico**. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosh, 1957. 467 p.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 312 p.

POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación judicial (Trad. Josep M. Vilajosana) **in DOXA – Cuadernos del Filosofia del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, n. 21, pp. 339-353, 1998. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/n-21---1998/>>. Acesso em 14 set. 2015.

PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Los principios generales del derecho**. Repertorio de reglas, máximas y aforismos juridicos. Barcelona: Bosch, 1947. 528 p.

RAATZ, Igor; SANTANA, Gustavo da Silva. Elementos de história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973, p. 01-18. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís-Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, vol. I. 511 p.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras *in* **DOXA – Cuadernos del Filosofía del Derecho**. Alicante: Departamento del Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, n. 30, 2007, pp. 665-678. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa/>. Acesso em: 14/09/2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 256 p.

_____. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004. 235 p.

_____. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 150 p.

RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. 399 p.

ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Depalma, 1969, vol. I. 411 p.

RODRIGUEZ, Tulio Enrique Espinosa. **La valoración de la prueba en el proceso**. Bogotá: Temis Bogotá, 1967. 205 p.

ROSENBERG, Leo. **Derecho procesal civil**. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1958, tomo II. 424 p.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo *in* **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 16, ano VI, julho, pp. 133-156. 1979.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. 128 p.

SANCHÍS, Luis Pietro. Teoria general del derecho *in* SANCHÍS, Luis Prieto (coord.) **Introducción al Derecho**. Cuenca: Universidad de Castilla, 1996. pp. 13-28.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Kafka, alienação e deformidades da legalidade: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 590 p.

SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil**. Navarra: Aranzadi, 2005. 292 p.

_____; FERNANDEZ, Miguel Angel. **Lecciones de derecho procesal**. 2. ed. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1985. 466 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito [Da] Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 54, pt. 2, jul. 1959, pp. 212-229.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, vol. 1. 512 p.

SATTA, Salvatore. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, vol. I. 521 p.

SCHMIDT, Eberhardt. La ley y los jueces: valores positivos y negativos del positivismo *in* RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhardt; WENZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Trad. PANIAGUA, Jose Maria Rodrigues. Madrid: Aguilar, 1971. pp. 25-69.

SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil**. Trad. Karina Andrea Fumberg. Campinas: Romana, 2003. 546 p.

SCHULZ, Fritz. **Storia della giurisprudenza romana**. Trad. Guglielmo Nocera. Firenze: Sansoni, 1968. 657 p.

SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomas A. Banzhaff. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968. 301 p.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos**. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. 554 p.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. Mexico: Porrúa, 1973. 320 p.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 395 p.

SOUSA, Miguel Teixeira. O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual). **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 81, vol. 292 (out/nov/dez), pp. 123-196, 1985.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. Lisboa: Cortez, 2001. 415 p.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano *in* **Sobre a essência do fundamento**. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979, p. 84-94.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juiz**. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Araces S.A., 1973. 188 p.

STEIN, Peter. **Regulae Iuris**. From Justice Rules to Legal Maxims. Edinburg: Edinburg University, 1966. 205 p.

STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito** *in* ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Bolzan (coor). **Anuário do programa de pós-graduação em direito mestrado e doutorado**. São Leopoldo: UNISINOS, 2000. pp. 105-140.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 420 p.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 974 p.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo *in* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz *et alii* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neoconstitucionalismo)** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 59-94.

_____. O novo CPC: a derrota do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano *in* BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (org.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pp. 149-165.

_____. O que é isto – “Decidir Conforme a Consciência”? Protogênese do Protagonismo Judicial. *In* MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coord.). **Constituição e Processo** entre o direito e a política. São Paulo: Editora Fórum, 2013. 118 p.

_____. **Um encontro de titãs:** Kelsen, Hart & cia analisam acórdão do STJ. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. **Verdade e consenso.** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 639 p.

TALAMANCA, Mario. Diritto civile: a) diritto romano *in* **Enciclopedia del diritto.** Varese: Giuffrè, 1981, vol XXXVI. pp. 01-72,

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 702 p.

TAMAYO-SALMORAN, Rolando. **El derecho y la ciencia del derecho** (introducción a la ciencia jurídica). Mexico: Universidad Autónoma del Mexico, 1986. 233 p.

_____. **Razonamiento y argumentación jurídica.** El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 2003. 280 p.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. 429 p.

_____. Consideraciones sobre prueba y motivación (trad. Nicolás Pájaro Moreno) *in* TEJADA, Horacio Cruz. **Nuevas tendencias del derecho probatorio.** Bogotá: Uniandes, 2011. pp. 39-53.

_____. **La prueba de los hechos.** Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. 542 p.

_____. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa **in Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 57-84.

_____. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. 299 p.

_____. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. 110 p.

_____. Verdade e processo *in* TARUFFO, Michelle. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa **in Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 35-55.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I, 1.226 p.

_____. 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: Revista dos Tribunais, n. 168, ano 34, fev, pp. 107-142, 2009.

_____. **A causa petendi no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 212 p.

TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. n. 60, ano XXIV, pp. 271-281, 1994.

VECCHIO, Giorgio del. **Los principios generales del derecho**. Trad. Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1933. 96 p.

VIGO, Rodolfo Luis. Constituição e Neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções (Trad. Faustino da Rosa Júnior e Marta Marques Ávila). **Revista Eletrônica de Direito da UFSM**. Santa Maria: UFSM, vol. 3, n. 1, pp. 01-30, 2008. Disponível em:

<http://cascavel.Ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6829>>.

Acesso em 14 set. 2015.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977, vol. I. 585 p.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Trad. Romás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985. 251 p.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, vol. I. 232 p.

_____. **Introdução geral ao direito**. A Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, vol. II. 392 p.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2011. 190 p.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2004. 768 p.

WILD, Rodolfo. Os princípios dos recursos à luz do novo Código de Processo Civil *in* BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (org.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 167-186.

WRÓBLEWSKI, Jean. Princípios de Direito *in* André-jean Arnaud (dir). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Vicente de Paulo Barretto 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 615-624.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas. Mexico: Fontamara, 2001. 335 p.