

ARTUR TORRES

Laureado Dom Antonio Zattera; Especialista, Mestre
e Doutor em Direito Processual Civil (PUC/RS);
Pós-doutorando em Direito Processual Civil (UNISINOS);
Professor de Direito Processual Civil da PUCRS;
Advogado.

FUNDAMENTOS DE UM DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

Parte I
(De acordo com o NCPC)

arana
EDITORA

Porto Alegre
2016

© Arana Editora - Todos os direitos reservados

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T693f Torres, Artur.

Fundamentos de um direito processual civil contemporâneo :
parte I (de acordo com o NCPC) / Artur Torres. – Porto
Alegre : Arana, 2016.

132 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-66590-06-7

1. Direito processual civil. 2. Brasil. Código de Processo Civil.
3. Processo civil - Brasil. 4. Direitos fundamentais. 5. Coisa
julgada. 6. Jurisdição. 7. Ação (Direito). I. Título.

CDU 347.91.95(81)

CDD 347.8105

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)

Produção Gráfica: Exclamação
www.exclamacao.com

arana
EDITORA

www.aranaeditora.com.br
aranaeditora@aranaeditora.com.br

Prefácio

Confesso que fiquei extremamente lisonjeado com o convite para prefaciar este que será o primeiro de uma série de livros do Professor Doutor Artur Torres, sobre os fundamentos do processo civil contemporâneo.

É um trabalho sério, digno de respeito e fruto de profunda reflexão, acompanhada de sólida pesquisa.

No primeiro capítulo, que ostenta o sugestivo título de “Pressupostos indispensáveis ao estudo do Processo Civil brasileiro”, o autor anota relevantes dados históricos, necessários para a compreensão do modo pelo qual se desenvolveu o processo civil no Brasil. Trata do período posterior à Independência, em que continuamos vinculados ao direito português, assumindo parte das regras das Ordenações Filipinas como direito brasileiro. Percorre todo o período histórico posterior à Proclamação da República, até a edição do CPC de 1939, como consequência legislativa direta, no plano do direito processual, da Constituição de 1934, que colocou por terra a ideia republicana de descentralização do direito processual brasileiro.

Analisa, em seguida, com muita profundidade e cuidado, o CPC de 1973. Dá verdadeiro mergulho em todo o conjunto de concepções teóricas que deram forma ao Código Buzaid, destacando o papel de Enrico Tullio Liebman e seu extraordinário legado. Nas palavras do autor, desde que se transferiu para o Brasil, no início da década de 40, Liebman, suas ideias e seus ensinamentos “influenciaram toda uma nova geração de jovens estudiosos, situação que o conduziu, em curto espaço de tempo, à condição de patrono da respeitada Escola Paulista de Processo”. E isso, destaca Artur Torres, guardando absoluta fidelidade à História, influenciou decisivamente a formação do Professor Alfredo Buzaid, “futuro mentor do Código de Processo Civil de 1973”.

Em seguida, o autor trata daquilo que corretamente denomina de “rompimento com o paradigma processual meramente individualista”, isto é, o surgimento do “complexo sistema processual coletivo brasileiro”. Destaca que mais uma vez a inspiração veio da doutrina italiana, pois foi Mauro Cappelletti quem influenciou juristas do porte de José Carlos Barbosa Moreira.

Informa que no campo da Justiça do Trabalho já havia, muito antes, noções de tutela coletiva, para concluir no sentido de que, mesmo assim, foi o estudo sobre as “ondas renovatórias do direito”, proposto por Cappelletti, que exerceu decisiva influência para que entre nós se desenvolvesse o direito processual coletivo.

Com muita pertinência, o autor desenvolve expressivo texto sobre as causas determinantes para o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Permito-me, aqui, transcrever o primoroso pensamento do autor: “O tempo passou e o processo civil, enquanto fenômeno cultural que é reclamou atualização. Já no

início dos anos noventa do século passado, identificados pontuais interesses de uma sociedade que se reinventava (jurídica, política, econômica, social, religiosamente e etc.) prosperou o retalhamento do sistema buzaidiano. Nessa quadra, a permanente necessidade de atualizar-se o sistema processual pátrio (pensado, sublinhe-se, para atender contexto social diverso do atual), visando a torná-lo minimamente eficaz face ao cenário social que se punha já no entardecer do século XX, início do XXI, o CPC/73, diante de um sem número de alterações legislativas (mais de sessenta), acabou por transformar-se, com destaque para os derradeiros anos de sua vigência, numa verdadeira colcha de retalhos”.

E prossegue o autor, dizendo que diante dessas razões, houve a sugestão de que novo texto para o processo civil brasileiro fosse confeccionado. Artur Torres explica que o uso da expressão “novo texto” é proposital, em seu trabalho, por entender que o novo Código não promove integral ruptura com o passado: “Grosso modo, boa parte dos institutos previstos pelo Código Buzaid mantiveram-se intocados”, havendo outra parcela que sofreu certa lapidação. E, indaga: “Novidades? Algumas, porém, não a ponto, considerados os acontecimentos jurisprudenciais e a postura doutrinária mais recente, de se legitimar a afirmativa de que um ‘novo processo civil’ nasce entre nós”.

Antes de tratar da estrutura do Código de 2015, o autor expõe seu entendimento no sentido de que o NCPC “visa a, de um lado, desburocratizar o trâmite das ações judiciais, dando ao fenômeno processual maior eficiência (prática); de outro, afeiçoá-lo aos ditames constitucionais. Desponta límpido, ainda, a tentativa legislativa de unificar a aplicação do direito, evitando-se, em última análise, o trato assimétrico dos jurisdicionados”.

Essa preocupação com a isonomia, destaque-se, está expressa no capítulo seguinte, que trata do modelo constitucional do processo civil brasileiro.

De fato, nesse capítulo, o autor se dedica a tratar do processo civil no Estado-de-Direito (que prefere chamar de Estado Constitucional), à luz da apropriação da teoria dos direitos fundamentais, para afirmar que todas as áreas do direito, inclusive o direito processual, devem ser “relicas com os óculos da Constituição Federal”, pois, sustenta, a nenhuma dessas áreas do ordenamento jurídico brasileiro é “facultada a inobservância das exigências inerentes ao modelo eleito pelo texto maior”.

Nesse capítulo, o autor discorre com propriedade a respeito de cada um dos direitos fundamentais de aplicação “no e em razão do processo”. Assim o faz com o direito fundamental à jurisdição, sublinhando que a inafastabilidade do controle jurisdicional “é diretriz do ordenamento jurídico brasileiro”.

O direito ao juiz natural também é objeto da preocupação do autor, que o considera fundado em dois comandos contidos no art. 5º da CF: os incisos XXXVII e LVIII. O primeiro garante que a todos autoridade competente para o processo, enquanto que o segundo proíbe tribunais ou juízes de exceção.

Isonomia e contraditório são tratados em seguida, cada qual desses direitos fundamentais a partir de suas próprias características e destinação constitucional. Em relação ao contraditório, o autor afirma ter duas diferentes vertentes: a primeira delas está ligada ao direito da parte de reagir diante de atitudes da outra parte, no processo; a segunda, está ligada ao direito de participar efetivamente da discussão travada no processo, visando a “influenciar a construção intelectual desenvolvida pelo julgador para compor a lide”.

Tido pelo autor como “pedra de toque do sistema processual albergado pela Constituição Federal de 1988”, o direito fundamental à ampla defesa é objeto de sua reflexão. Do mesmo modo o são os direitos fundamentais à prova e à publicidade dos atos processuais.

À luz do que dispõe o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, o autor trabalha o intrincado tema da motivação das decisões judiciais. E adverte tratar-se de exigência grave, que “deve ser bem compreendida, pena de laborarmos diuturnamente com meros arremedos de motivação”.

Chegando perto do fim desse capítulo, o autor trata do direito à assistência jurídica integral e gratuita, asseverando que, seja qual for o direito posto em discussão, “não é possível tolher o maior acesso à justiça mediante filtro de natureza econômica”.

E, por último, trata do direito fundamental à tutela efetiva, adequada e tempestiva.

O terceiro capítulo é destinado a cumprir proposta do autor, no sentido de fazer uma releitura, condizente com os tempos atuais, de conceitos tradicionais no processo civil, quais seja, os conceitos de ação, jurisdição e processo.

E Artur Torres o faz com irreparável maestria!

Logo ao início, discorre sobre as diversas teorias da ação, desenvolvidas ao longo do tempo, para, em seguida, tratar das condições da ação, sob dois enfoques: o da teoria de Chiovenda e o da teoria desenvolvida por Liebman.

Na sequência o conceito de mérito é objeto de sua análise. A esse respeito, cirurgicamente realista, o autor afirma que as teorias que discutem o tema, cada qual com base em distinta fundamentação, “gravitam mais em torno de elucubrações dogmáticas do que em face da opção legislativa”. Indo além, nesse capítulo, o autor, corajosamente, enfrenta a questão relativa à opção tomada pelo legislador de 2015 no que toca à teoria da ação.

A jurisdição e seu papel na conformação do Estado brasileiro, assim como os pontos que a caracterizam especialmente (no contexto das instituições do Estado) é o objeto dos estudos do autor, em seguida. Juridicidade, estatalidade, imparcialidade e irreversibilidade externa são notas que o autor destaca como inerentes ao conceito de jurisdição.

Ao tratar do conceito processo o autor demonstra, mais uma vez, além de seu vasto e sólido conhecimento teórico, sua extrema preocupação com a produção de resultados, pelo processo, no mundo real, que eu, ao ler o trabalho, constatei em várias passagens.

O autor não se descola da realidade, fazendo valer a ideia – que, a rigor, deveria presidir todos os estudos de processo civil – de que estamos diante de um instrumento de pacificação social, que serve de meio para que sejam encontradas soluções para “dramas” vividos por aqueles que do processo necessitam para resolver determinada situação jurídica.

Registro este trecho: “...para além do debate acerca da natureza jurídica do processo (em que se navega, grosso modo, em ambiente estritamente acadêmico), parece-nos oportuno trazer à baila uma constatação forense, oriunda da análise do fenômeno processual a partir de ponto de vista diverso: o processo, no dia a dia do foro, revela-se, sobretudo, um jogo”. Nesse momento, o autor indaga o sentido da adoção do princípio da cooperação, no art. 5º do NCP.

O *due process of law* e a necessidade de compreendê-lo no Brasil contemporâneo é outra preocupação de Artur Torres. Para o autor, o respeito a esse direito se dá pela “fiel observância dos direitos fundamentais (...) ao longo da existência/tramitação do feito”.

Encerro este prefácio, que não é capaz, nem mesmo de longe, de retratar a qualidade e a densidade da obra de Artur Torres, com a certeza de que muito aprendi com a leitura dos originais. Mesma sorte terão os leitores deste livro!

Meus cumprimentos ao Professor Artur Torres pela excelência de seu trabalho, fruto de reflexões teóricas intensas e de profunda preocupação com o resultado do processo, expressa, de forma tão lúcida e contundente, na nota de rodapé de que extraio este trecho, em que afirma revelar-se “ilegítima, estéril e contraproducente a atividade estatal (jurisdicional) que, diante da promessa constitucional e do atual estágio de desenvolvimento do Estado brasileiro (Constitucional e Democrático), despenda forças para, bem compreendida a afirmativa, nada resolver”.

Parabéns à Editora, por ter colhido a oportunidade de oferecer aos estudiosos do processo civil trabalho dessa grandeza.

Curitiba, agosto de 2015.

Luiz Rodrigues Wambier.

Nota do Autor

O processo civil brasileiro enfrenta mais uma alteração legislativa. Em substituição ao denominado Código Buzaid (com o passar do tempo, retalhado), nasce o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), comprometido, ao menos em tese, com a conformação do denominado *modelo constitucional do processo civil brasileiro*.

Atentos a tal cenário, dedicamo-nos, neste primeiro volume, à escrita de um texto que, para além de informativo, suscita reflexões acerca de temas estruturais do processo civil, relevando o que outrora fora dito, sem prejuízo de considerações sobre o futuro das instituições de idêntica natureza.

A partir da constatação de que a história e a ideologia que subjazem o arquetipamento do processo civil pátrio escapam, não raro, à considerável parcela dos operadores do direito, lançamo-nos, primeiramente, à tarefa de desnudar o caminho percorrido pelo processo civil brasileiro, da aplicação das *Ordenações Filipinas* ao atual estado da arte: o Novo Código.

Em ato contínuo, pois, expusemos, ainda que sucintamente, o conteúdo do denominado modelo constitucional do processo civil brasileiro, que goza, gradativamente, de maior aplicação forense, superando os muros da academia, na medida em que os “homens do foro” dele tomam ciência. Trata-se, em última análise, de construção que deriva da fusão entre os temas *processo civil* e *direitos fundamentais*.

Por fim, sem a pretensão de esgotá-los, apresentamos, além de uma revisão bibliográfica acerca dos temas que reputamos nucleares ao estudo do fenômeno processual, uma visão contemporânea dos institutos, fundada, sobretudo, em constatações forenses (ou seja, no dia a dia do foro).

Sirva a presente leitura aos que, como nós, afirmam-se amantes do direito processual civil; aos que, embora em fase de formação jurídica, por ele se interessam, e dele, sem sustos, pretendem aproximar-se; aos que, embora conhecedores da ciência do processo, pretendam revisar e, sendo o caso, atualizar suas concepções acerca dos temas propostos.

Porto Alegre, inverno de 2015.

.Prof. Artur Torres.

arturtorres@brturbo.com.br

www.arturtorres.com.br

Sumário

1- PRESSUPOSTOS INDISPENSÁVEIS AO ESTUDO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	11
1.1. Anotações relativas à gênese e desenvolvimento histórico-social do Direito Processual Civil pátrio.....	11
1.2. Características e anseios inerentes ao sistema albergado pela Lei 5.869/73: Ciência Processual, Racionalismo, causas e legado.....	16
1.2.1. Direito Natural Moderno, Racionalismo e Ciência Processual.....	16
1.2.2. O método matemático e sua influência na formação do Direito Processual Moderno.....	22
1.2.3. O CPC/73 propriamente dito.....	28
1.3. O rompimento com o paradigma processual meramente individualista e o surgimento, paralelamente ao CPC/73, do complexo sistema processual coletivo brasileiro.....	33
1.4. Os desafios de um novo Código.....	38
1.5. Da estrutura da Lei 13.105/2015: o novo CPC.....	41
2- O modelo constitucional do processo civil brasileiro.....	49
2.1. Considerações acerca da atual concepção dos direitos fundamentais, da admissão da tese no seio da doutrina processual e do reconhecimento do modelo constitucional do processo civil brasileiro.....	49
2.2. Direitos fundamentais (substanciais) de aplicação no e em razão do processo..	56
2.2.1. Direito fundamental à jurisdição.....	56
2.2.2. Direito fundamental ao juiz natural.....	59
2.2.3. Direito fundamental à isonomia.....	60
2.2.4. Direito fundamental ao contraditório.....	62
2.2.5. Direito fundamental à ampla defesa.....	64
2.2.6. Direito fundamental à prova.....	65
2.2.7. Direito fundamental à publicidade.....	67
2.2.8. Direito fundamental à motivação.....	69
2.2.9. Direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita.....	71

2.2.10. Direito Fundamental à tutela efetiva e adequada.....	72
2.2.11. Direito fundamental à prestação jurisdicional tempestiva.....	73
3- UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DOS TEMAS AÇÃO, JURISDIÇÃO	
E PROCESSO	75
3.1. Da ação.....	75
3.1.1. Um panorama acerca das principais teorias da ação.....	75
3.1.2. Condições da ação. Teorias chiovendiana e liebmaniana	93
3.1.3. Conceito de mérito para o sistema infraconstitucional processual pátrio. Consequências processuais da análise do mérito..	98
3.1.4. A teoria da ação eleita pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil.....	102
3.2. Jurisdição.....	104
3.2.1. O constitucionalismo pátrio e o papel da jurisdição na atual conformação estatal	104
3.2.2. Notas caracterizadoras propriamente ditas.....	109
3.3. Processo.	114
3.3.1. Principais teorias acerca do tema e uma constatação forense.....	114
3.3.2. A noção de due process of law para o Brasil do século XXI.....	120
REFERÊNCIAS	123

Pressupostos indispensáveis ao estudo do Processo Civil brasileiro

1.1. Anotações relativas à gênese e desenvolvimento histórico-social do Direito Processual Civil pátrio.

Inexiste, a rigor, novidade na afirmativa de que a “independência brasileira encontrou-nos sob o regime jurídico das Ordenações do Reino”.¹ O rompimento do cordão umbilical político com Portugal não levou-nos a “rejeitar em bloco a legislação lusitana”, cuja vigência foi assegurada por decreto imperial datado de 20 de outubro de 1823.² O Brasil, embora politicamente independente, manteve-se, juridicamente, vinculado ao direito português por considerável lapso temporal. Os apontamentos constantes das Ordenações Filipinas foram, consoante sabido aos quatro cantos, alçados à condição de regramento oficial brasileiro.^{3 4 5}

Enquanto colônia de Portugal ou erigido em reino, unido ao de Portugal e Algarves, o Brasil se regulara pelas leis portuguesas e conforme elas disciplinara o seu processo civil. Proclamada a independência, continuaram a vigorar no país (...) as leis até então vigentes, promulgadas em Portugal e no Rio de Janeiro pelos reis portugueses, naquilo que não contrariassem a soberania nacional e o regime instaurado.^{6 7}

A legislação de Filipe II, anota Frederico Marques, revelava-se fiel a estrutura das leis que regeram o direito europeu medieval. O direito nacional português nela contido “nada mais era”, destacou o festejado autor, do que a “cristalização do próprio direito comum.”

1 THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1. p. 14.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 104.

3 “Essa legislação, que provinha de Felipe I e datava de 1603, encontrava suas fontes históricas no direito romano e no direito canônico.” THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 14.

4 “As Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe I em 1603, foram grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais.” DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 104.

5 “Assim, o país herdava de Portugal as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas e em algumas leis extravagantes.” DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 104.

6 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 51/52.

7 “Ao tempo do Brasil-Colônia, o Direito Processual Civil estava regulado nas Ordenações filipinas, que dele tratava em seu Livro III. As ordenações afonsinas e as ordenações manuelinas também tiveram sua vigência entre nós; no entanto, os reflexos diretos de ambas sobre nossa legislação e história do processo civil são nulos, pois que êstes só se fizeram sentir através do Código filipino.” MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1971. p. 116.

As regras do direito comum que a legislação portuguesa incorporou ao direito positivo do Reino produziram, entre outras consequências, aquela de manter Portugal alheio à renovação jurídica que paulatinamente se operava no campo do processo, ao tempo das monarquias absolutas, em virtude dos costumes e preceitos do direito local de cada nação. A legislação de Portugal e as leis processuais da Espanha ‘fixaram e enrijeceram as linhas principais’ do processo comum, enquanto que este, em outros países, evoluía e mudava, através de desordenada atividade de leis, doutrina e jurisprudência. Portugal e Espanha, por isso mesmo, ficaram às margens das modificações que se produzira. Naquelas nações ibéricas ‘nenhuma repercussão teve a renovação jurídica que se verificou em França por obra da monarquia e da Revolução que triunfou e invadiu a Europa através da codificação napoleônica, provocando por tôda parte, inclusive nas instituições processuais a destruição dos últimos vestígios medievais.’ (grifos nosso) ^{8 9 10}

No campo das instituições processuais civis, a despeito da promulgação de outras leis, há quem sustente que a sujeição aos ditames do direito comum, entre nós, perdeu a “íntegra” até a entrada em vigor do CPC/39. ¹¹

Seja como for, é possível afirmar que a primeira tentativa pátria de distanciar-se do regramento lusitano vem à baila apenas no segundo quartel do século XIX. Por determinação constitucional abrolha, no início dos anos 30, o denominado *Código Criminal do Império*, diploma que contou com seção destinada a estabelecer disposições provisórias “acerca da administração da justiça civil”. Com apenas “vinte-e-sete artigos”, segundo parcela doutrinária, “a disposição provisória, simplificou o procedimento, suprimiu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários - enfim criou condições excelentes” para o alcance das finalidades do processo civil. ¹² É fato, porém, que as alterações consolidadas pela aludida “disposição provisória” foram “logo desfeitas ou alteradas pela Lei

8 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 118.

9 O fato, inclusive, gerou peculiaridade digna de nota, uma vez que, embora a própria nação portuguesa já houvesse se afastado das Ordenações do Reino, “nós”, destaca José Frederico Marques, mantivemo-nos regidos, por muitos anos, “pelo vestido Código de Filipe II.” MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 118.

10 “O processo era escrito e desenvolvia-se por fases, paralisando ao fim de cada uma delas, e se desenvolvia por exclusiva iniciativa das partes. Suas principais características consistiam na observância dos seguintes princípios, consagrados pelo Livro III das Ordenações Filipinas: a) forma escrita, de sorte que só o que estava escrito nos autos era considerado pelo Juiz; b) havia atos em segredo de Justiça; as partes não participavam da inquirição de testemunhas e tinham que usar embargos de contradita para provar motivos de suspeita; c) observava-se o princípio dispositivo em toda plenitude: autor e réu eram donos do processo, cuja movimentação era privilégio dos litigantes. (...) Além disso, o processo dividia-se em várias fases e compreendia diversas audiências: a) após o pedido e a citação, realizava-se a primeira audiência, que era de acusação da citação e oferecimento do libelo do autor. Iniciava-se então o prazo da contestação; b) se ocorresse à revelia, outra audiência era realizada, para sua acusação; c) a prova ficava exclusivamente a cargo da parte e o juiz só tomava conhecimento de fato provado nos autos se alegado pelas partes; d) os recursos contra decisões interlocutórias tinham efeito suspensivo; e) ao fim de cada fase, o processo paralisava, à espera de impulso da parte. O juiz numa expressivamente imagem, funcionava com um relógio, a que a parte, de quando em quando, desse corda para alguns minutos.” (grifos nossos) THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 14.

11 Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 118.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 105.

de 3 de dezembro de 1841 e pelo Decreto n. 143, de 15 de março de 1842”, mantendo-se o processo civil brasileiro fiel, em sua essência e estrutura, ao processo das Ordenações, “de fundo romano-canônico.”¹³

Em meados do século XIX, visando a potencializar a exigência de cumprimento dos direitos previstos pelo *Código Comercial Brasileiro*, ganha vida o Regulamento 737/1850.¹⁴ Suas disposições tiveram, inauguralmente, aplicação apenas junto aos feitos de natureza comercial. O aludido decreto, todavia, teve sua aplicabilidade elástica às causas cíveis em geral, com pontuais exceções, por força do Decreto 763, 40 anos mais tarde.^{15 16 17 18 19}

Comparando os sistemas estabelecidos pelo *Regulamento* e pelas *Ordenações Filipinas*, afirma Theodoro Júnior que a mudança “a) tornou pública a inquirição; b) suprimiu as exceções incidentes, limitando à incompetência, suspeição, ilegitimidade de parte, litispendência e coisa julgada; c) permitiu, ao juiz, em matéria de prova, conhecer do fato demonstrado, sem embargo da ausência de referência das partes”.²⁰

Afigura-se, pois, de considerável relevo nesta trajetória, o registro do incidente legislativo havido vinte anos após a promulgação do *Regulamento 737*:

(...) em virtude de prolongada campanha, restabelecia-se, através da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 (regulada pelo dec. n. 4824, de 22.11.71), a mesma orientação liberal do antigo Código de Processo Criminal do Império. Neste meio-tempo, as causas civis continuaram a ser reguladas pelas Ordenações e suas alterações. Sendo inúmeras as leis modificativas das Ordenações, o Governo, dando cumprimento à referida lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, encarregou o Cons. Antonio Joaquim Ribas de reuni-las em um conjunto que contivesse toda a legislação relativa ao processo civil. A Consolidação das Leis do Processo Civil, elaborada por Ribas, passou a ter força de lei, em virtude de resolução imperial de 28 de dezembro de 1876. O trabalho do Conselheiro

13 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. p. 52.

14 “Sancionado o Código Comercial de 1850, o Governo Imperial editou o primeiro código de processo elaborado no Brasil: o famoso Regulamento 737, de 25 de novembro daquele mesmo ano, destinado, nos termos do art. 27 do título único que completava o Código do Comércio, a ‘determinar a ordem do juízo no processo comercial.’” DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 106.

15 O referido diploma data de 25.11.1850, tendo sido publicado na CLBR de 1850, p. 271.

16 “Art. 1º. Todo o Tribunal ou Juiz que conhecer dos negócios e causas commerciaes, todo o arbitro ou arbitrador, experto ou perito que tiver de decidir sobre objectos, actos, ou obrigações commerciaes, é obrigado a fazer applicação da legislação commercial aos casos occurrentes (art. 21 Tit. unico do Codigo Commercial).”

17 Rezou o artigo 1º do Decreto 763-1890, publicado na CLBR de 1890, em 19.09.1890, que “São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se contem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capitulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte. Paragrapho unico. Continuum em vigor as disposições legaes que regulam os processos especiaes, não comprehendidos no referido regulamento.”

18 Segundo Theodoro Júnior, “o primeiro Código Processual nacional”. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 14.

19 “Poucos anos após, surge o famoso regul. n. 737, de 25 de novembro de 1850, destinado a regular tão-só o processo das causas commerciaes. Com a República, êle se estendeu às causas cíveis e foi, assim, o veículo com que o direito comum se infiltrou em toda a legislação processual (...).” MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 119.

20 THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 15.

Ribas, na verdade, não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as muitas vezes tal como interpretava; e, como fonte de várias disposições de sua Consolidação, invocava a autoridade não só de textos romanos, como de autores de nomeada, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou de leis extravagantes.^{21 22}

O *Regulamento 737*, de grande influência sobre a legislação processual republicana, tornou a ocupar lugar de destaque no cenário nacional com a assunção do Governo Republicano, que expandiu sua aplicação à integralidade do contexto processual civil, no ano de 1890.²³ O diploma legal, pois, produziu efeitos até a promulgação da Constituição Federal de 1891.²⁴ Apesar dos rotineiros elogios feitos pela doutrina ao “famoso” regulamento, cabe, por oportuno, destacar o peculiar posicionamento de Frederico Marques acerca do tema:

É vêzo antigo o de se fazerem elogios extraordinários ao *regul. n. 737*, apontado como lei modelar de processo civil. Tais gabos, no entanto, são imerecidos. O citado regulamento não passa de estatuto processual moldado nas instituições medievais do direito comum, apesar de redigido com clareza e limpidez. Também as formas procedimentais do direito filipino foram simplificadas, mantida embora a estrutura arcaica do processo comum. Temos para nós que o famoso e decantado *regul. n. 737* é um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do Direito Processual, da época que foi elaborado. Nem de outra forma se explica o apêgo demonstrado ao obsoleto procedimento do direito intermédio. Os defeitos fundamentais do *processo comum* aí são encontrados. Procedimento escrito, separações estanques das fases do processo, lentidão extrema da marcha dos feitos em juízo, impulso processual à exclusiva mercê da vontade das partes, regras legais de convencimento, participação quase supletória do juiz na própria produção de provas – tudo aquilo, enfim, que faz o processo comum inadaptável às condições do direito moderno, é encontrado no *regul. n. 737*. O sistema das audiências sucessivas para ser acusada a citação, pôr a causa em prova, marcar prazo para alegações, com o seu cortejo de atos inúteis de intimação para essas mesmas audiências, têm ali plena consagração. E não podemos admitir que quando a França e outros países europeus já haviam abolido êsse ritualismo medieval e tardo, ainda se pudesse fazer um corpo de leis que em tudo aquilo recebesse plena e integral consagração. É o tão louva-

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 106.

22 Para uma visão geral do sistema consolidado, vide: RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

23 “O (...) 737, de 1850, teve grande influência sobre a legislação processual da República. O Dec. N. 763, de 19 de setembro de 1890, declarou aplicáveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do *regul. número 737*, de 25 de novembro de 1850, exceto as que contém no tit. 1º, no cap. 1º do tit. 2º, nos caps. 4º, e 5º do tit. 4º, nos caps. 2º, 3º e 4º e seq. 1º e 2º do cap. 5º do tit. 7º, e no tit. 8º da primeira parte. (art. 1º).” MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 119.

24 “Com a Constituição de 1891 consagrou-se, a par da dualidade de Justiça - Justiça Federal e Justiças Estaduais - a dualidade de processos, com a divisão do poder de legislar sobre direito processual entre a União Federal e os Estados. Elaborou-se, portanto, de um lado, a legislação federal de processo, cuja consolidação, preparada por José Hígino Duarte Pereira, foi aprovada pelo dec. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898; de outro lado, iniciaram-se aos poucos os trabalhos de preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal.” DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 107.

do *regulamento* um diploma legal que bem retrata a incultura processual em que nos mantinha o *praxismo* então vigente.

A dita *Constituição Republicana* inaugurou período de descentralização do direito processual brasileiro - civil e penal - estabelecendo competência à União para “legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal”.²⁵ Cada Estado membro, em suma, passara a ter legitimidade para elaborar suas próprias regras processuais. Eis a denominada era dos códigos estaduais.²⁶

Não tendo, pois, a experiência pátria alcançado resultados convincentes²⁷, a Carta Constitucional de 1934 acabou por restabelecer o princípio da unidade de trato em matéria processual.²⁸ Atribuiu-se à União, assim, competência para legislar a respeito.²⁹ ³⁰ ³¹ Veio à baila, então, o projeto elaborado por Pedro Batista Martins, o qual, aprovado pelo então Ministro Francisco Campos, transformou-se no Decreto-Lei 1.608.³² Inspirado nos códigos austríaco, alemão e português, abrolha o *Código de Processo Civil Brasileiro de 1939* – CPC/39 que, consoante sua exposição de motivos, pretendeu romper com toda uma tradição processual.³³

Este documento legislativo já era uma imposição da lei constitucional de 34, e continuou a sê-lo da Constituição de 37. Era, porém, sobretudo, uma imposição de alcance e de sentido mais profundos: de um lado, a nova ordem política reclamava um instrumento mais popular e mais eficiente para a 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,

25 Vide artigo 34, 23º, CF/1891.

26 “(...) quase todos simples adaptações do figurino federal, por falta de preparo científico dos legisladores para renovar e atualizar o direito processual pátrio. Apenas no Código da Bahia e no de São Paulo se notou a presença de inovações inspiradas no moderno direito processual europeu.” THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 15.

27 Em ato contínuo à crítica que teceu ao Regulamento 737, Frederico Marques afirma que, para além dos efeitos nefastos que causou ao tempo de sua vigência, o “pioir é que a ele ainda nos mantivemos presos durante toda a fase legislativa da primeira República, pois os códigos estaduais e as leis da União se mostraram incapazes de se libertarem do jugo secular do roncoiro processo comum que Portugal nos legou.” MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 120.

28 “Com a Constituição Federal de 1934, concentrou-se novamente na União a competência para legislar com exclusividade em matéria de processo, mantendo-se as regras nas Constituições subsequentes.” DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 107.

29 “Art 5º - Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;”

30 “Após a implantação do regime forte de 1937, o Governo encarregou uma comissão de elaborar o Código de Processo Civil, que, entretanto, não conseguiu ultimar seu trabalho, em razão de divergências insuperáveis entre seus membros.” THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 15.

31 “Somente a de 1988 foi que, mantendo em princípio tal competências exclusiva quanto às normas processuais em sentido estrito, deu competência exclusiva quanto às normas processuais em sentido estrito, deu competência concorrente aos Estados para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, inc. x). O primeiro desses dispositivos parte da distinção entre normas processuais e normas sobre procedimento, de difícil determinação.” DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 107.

32 Revisaram o projeto, ainda, Guilherme Estelita e Abgar Renault. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 108.

33 O CPC/39 entrou em vigor em 1º de março de 1940, ano em que desembarcara no Brasil àquele que viria a ser consagrado na condição de mentor intelectual do CPC/73, *Enrico Tullio Liebman*.

regia a aplicação da lei entre nós. Já se tem observado que o processo não acompanhou, em nosso país, o desenvolvimento dos outros ramos do Direito. O atraso em que se achavam as nossas leis judiciárias refletia-se sobre o trabalho dos estudiosos, e, enquanto por tôda a 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 congêrie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo decaía da sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem ocorre em defesa do próprio.³⁴

O CPC/39 caracterizou-se, segundo doutrina de nomeada, por albergar uma parte geral moderna, inspirada nos trabalhos de revisão legislativa italiana, e uma parte especial “anacrônica, ora demasiadamente fiel ao velho processo lusitano, ora totalmente assistemática”.^{35 36} O *Código de Processo Civil de 1939* vigeu até 31 de dezembro de 1973, momento em que, motivado pelas anotações abaixo, fora sucedido pelo denominado *Código Buzaid*, há pouco revogado.³⁷

1.2. Características e anseios inerentes ao sistema albergado pela Lei 5.869/73: Ciência Processual, Racionalismo, causas e legado.

1.2.1. Direito Natural Moderno, Racionalismo e Ciência Processual.³⁸

A notícia de que o fenômeno cultural denominado *Racionalismo* influenciou, em muito, não só o desenvolvimento da dita ciência processual, mas à integralidade da estru-

34 Eis as palavras iniciais, constantes da exposição de motivos do CPC/39, firmado por Francisco Campos, aos vinte e quatro dias do mês de julho de 1939, submetido à apreciação presidencial.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 74.

36 Com relação ao CPC/39, vide com grande proveito os comentários de: LIMA, Mário S. Rodrigues. *Código de Processo Civil: Ações e processos, em geral*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1940; SANTOS, J. M. Ramalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

37 “Chegou um momento em que foi possível a verificação dos graves defeitos apresentados pelos estatutos processuais (...). Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, professores da faculdade de Direito de São Paulo, receberam do Governo Federal o encargo de elaborar, respectivamente, os anteprojetos de Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal.” DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 108.

38 “(...) não devemos esquecer que a corrente voluntarista, proveniente de Hobbes, Pufendorf e de outros herdeiros do nominalismo de Ockhan, exerceu inculcável predomínio na formação dos sistemas processuais modernos. O *voluntarismo* foi, inegavelmente, elemento decisivo na formação das doutrinas jurídicas do século XIX, particularmente para as instituições básicas do nascente Direito Processual Civil.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 68.

turação do denominado Direito Natural Moderno (ou Direito Racional)^{39 40}, não representa, à evidência, qualquer novidade, embora, para os fins a que nos propomos, revele-se tal memória de acentuada importância.⁴¹

39 “No século XVI ocorre a ruptura do “Direito Natural” construído historicamente a partir de fundamentos ontológico-teológicos alicerçados no ser e na vontade de Deus para um jusnaturalismo baseado num modelo de racionalidade caracterizado pela excessiva confiança no poder da razão. Surge a Escola do Direito Natural com uma nova concepção do Direito que vai favorecer a laicização e a unificação do Direito. Por tais razões, Gilissen (1988) vai dizer que ‘esse direito natural laico é um direito racionalista (alemão: Vernunftrecht) que domina todas as relações entre os homens, seja qual for a sua raça e qualquer que seja a sua posição social’. Nos séculos XVII e XVIII, a ciência do Direito é dominada pela Escola de Direito Natural. A tese elaborada por Hugo Grotius no ano de 1625 com a edição da obra *Do Direito da Guerra e da Paz* é considerada durante muitos anos como a obra fundamental do Direito Natural. Grotius atribui ao termo ‘Direito’ três sentidos: Direito como “justo”; Direito como “faculdade ou aptidão”, correspondendo à ‘qualidade moral’ da pessoa; e Direito como sinônimo de lex. Essa terceira aceção – Direito como lex – é o ponto central sobre o qual vai desenvolver toda a sua obra. No termo lex, Grotius reagrupa o ‘conjunto das regras que são obrigatórias para que seja respeitado ou obtido o que é direito (rectum), e não apenas justo (justum)’ (GOYARD-FABRE, 2003, p.43). Para o autor, um sistema de Direito Natural poderia ser racionalmente construído e poderia gozar de validade universal, comparando-o às normas dos axiomas da matemática. Dentro deste contexto de ruptura, Grotius deixou uma grande contribuição à teoria jurídica ao libertar o Direito Natural de todo o conteúdo teológico que o dominava, rompendo com a tradição jurídica clássica, da qual Tomás de Aquino é um dos principais representantes. A principal contribuição de Grotius para a teoria jurídica pode ser sintetizada como seu esforço em proporcionar um método pelo qual o Direito Natural é reconhecido como um dictamen rationis. Goyard-Fabre (2003, p.42), por exemplo, sustenta que a intenção de Grotius foi proporcionar a seu método um alcance ‘que é mais que metodológico: esse método, manifestando a capacidade operatória dos poderes da racionalidade, ensina também que a razão é o princípio regulador das ações humanas’. Mais ainda, Wasterman (1997) vai dizer que o fundamento do Direito Natural em Grotius está na natureza humana, e a fonte da lei deve ser a sociedade. Ele distingue diferentes traços na natureza humana, como: desejo de pertencer a uma sociedade, inclinação para a autopreservação, conhecimento, faculdade de raciocínio e de fala. Mas a sociabilidade e a razão adquirem a posição que é a do pensamento que se empenha firmemente em atuar a favor de sua autopreservação. (...) Apesar de, em muitos momentos da história, Grotius não ter sido bem compreendido, certamente foi o pioneiro de uma revolução intelectual. Ao conferir a preponderância da razão como força universal, a teoria de Grotius não tem a intenção de rejeitar a existência do mandamento divino fora da esfera do Direito: sua teoria defende que o Direito não é mais entendido desta forma (vinculação à vontade de Deus), mas, sim, vinculado à razão.” HUPFFER, Haide Maria. A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Illuminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. Disponível em: <http://www.temasatuais-processocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/133-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>

40 “Há duas características que o distinguem do jusnaturalismo medieval: a utilização do método analítico-sintético, empregado nas ciências da natureza, por meio do qual os fenômenos deveriam antes ser decompostos, de modo que, através da análise de seus elementos estruturais, se tornasse possível a síntese posterior, tal como fizera Galileu. Escreve Hans Welzel: ‘A *ratio* é, prescindindo de toda filosofia aristotélica de forma e matéria, simplesmente a *clara et distinta perceptio*, o conhecimento claro e distinto, no qual Descartes via o fundamento de toda certeza. Clara e distintamente, no entanto, somente se conhece o que se pode conceber, não apenas em sua aparência externa, senão nas condições que determinam sua origem. Os fenômenos, por isso, têm de desintegrar-se em suas diversas partes para depois reconstruírem-se, segundo o conhecimento de suas conexões; o método analítico-sintético de Galileu e Descartes convertem-se em modelo para a nova teoria do Direito natural. Da mesma maneira que Galileu decompõe o fenômeno da caída dos corpos – tido como singular; porém na realidade complexo – reconstruindo-o depois sobre a base do conhecimento das relações entre os elementos que o constituem, tornando-o cognoscível e calculável, assim também é necessário decompor o Estado em seus elementos, reconstruindo-o depois sobre a base do conhecimento das relações racionais entre eles’. Todos os fenômenos seriam cognoscíveis enquanto calculáveis. Ao contrário do jusnaturalismo medieval, de inspiração aristotélica, o novo direito racional tem raízes na filosofia voluntarista, especialmente no pensamento dos padres franciscanos Duns Scot e W. Ockham. O voluntarismo não o torna, porém, menos racionalista do que fora o jusnaturalismo medieval. Na verdade, o jusnaturalismo pagão mostra-se tanto ou mais racionalista que o formado na Idade Média. A segunda distinção entre as duas formas de racionalismo jurídico está na rigorosa unificação metodológica empregada pelo direito natural laico, em virtude da qual a razão que preside o conhecimento nas ciências naturais haverá de ser a mesma razão que nos permite penetrar nos segredos das ciências do espírito. “Como disse Cassirer, referindo-se, aliás, a Montesquieu e a seu ‘espírito das leis’, ‘essa forma de pensamento ‘discursivo’ tinha sido fixada por Descartes como norma fundamental do pensamento matemático.’” (grifos nossos). BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, p. 5.

41 “Para revelar o compromisso do Direito Processual Civil com o Racionalismo, examinando as principais características desse movimento cultural, é indispensável ter presente o condicionalismo histórico que determinou o surgimento desse complexo fenômeno cultural indicado como Racionalismo. Para compreendê-lo, é necessária uma breve referência às condições históricas formadoras da chamada Idade Moderna, assim como as tendências que marcaram o fim da Idade Média. (...) Estamos cien-

De um ponto de vista filosófico, pois, afirma-se que “a concepção de um direito racional foi a resposta do platonismo moderno contra a filosofia aristotélica que dominara a Idade Média.”⁴²

Os séculos XVI e XVII correspondem a um período de ruptura na história do homem. É a ruptura com o saber aristotélico e medieval. Essa ruptura científica, iniciada no século XVI com Copérnico (teoria heliocêntrica do movimento dos planetas), com Galileu Galilei (fundador da Física moderna – o pensamento passa a ser ordenado pela razão matemática) e com Newton (síntese da ordem cósmica), transformou radicalmente o mundo. Iniciou uma nova ordem científica, baseada num modelo de racionalidade que possibilitava apenas uma forma de conhecimento verdadeiro, o conhecimento fundamentado em verdades científicas.⁴³

Um alerta, por oportuno, faz-se necessário: não se pretende com estudo em tela, registre-se, investigar o aludido fenômeno cultural (o Racionalismo), substrato da modernidade, enquanto fenômeno em si mesmo. Importa-nos, por ora, apenas, pinçar algumas de suas principais características, em especial, as que permearam à construção de um pensamento jurídico-processual moderno, tal e qual procedeu Ovídio Baptista da Silva, visando a “revelar o componente ideológico que se oculta sob a aparente racionalidade” dos sistemas processuais que triunfaram nos países de tradição (jurídica) romano-canônica, desde, pelo menos, o final do século XVII, pois, gostemos ou não, trata-se de elemento indispensável à compreensão do sistema desenhado pelas linhas do CPC/73, que ora se pretende, bem compreendida a afirmativa, ao menos parcialmente, superar.⁴⁴

Na esteira da doutrina melhor recomendada, revela-se impossível compreender minimamente o Racionalismo, considerado o âmbito de nosso interesse, sem apoderar-se do saber acerca de pelo menos dois movimentos espirituais que o caracterizaram: o *Renascimento* e a *Reforma Religiosa*.

Aduz Ovídio:

Agnes Heller considera que as figuras de Sócrates e Jesus formam, juntas, o paradigma moral do Renascimento. Com efeito, as peculiaridades desse período tiveram origem basicamente em uma nova leitura das mensagens deixadas por ambos, do que em virtude de novas circunstâncias ou episódios culturais antes inexistentes. (...) a partir do Renascimento, como substrato espiritual que melhor o define, o chamado Humanismo, transformado depois em individualis-

tes, por outro lado, da relação entre ‘direito racional’ e capitalismo (...)”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 58.

42 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 58.

43 HUPFFER, Haide Maria. A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/133-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>

44 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 57.

mo, que Louis Dumont considera, a nosso ver com razão, ‘a ideologia moderna’ por excelência. E, não obstante o individualismo seja uma invenção moderna, o humanismo de que ele se nutre tem origem no mais remoto cristianismo. Na verdade, o humanismo é a grande mensagem transmitida pela moral cristã reorientada, porém, na doutrina medieval, especialmente a partir de Guilherme de Ockhan (...).⁴⁵

Afirma-se, com acentuada pacificidade, que um dos substratos do destacado fenômeno cultural consistiu em, abandonando-se a antiga dinâmica Medieval - de vislumbrar o homem apenas enquanto integrante de determinado grupo -, considerá-lo, acima de tudo, em sua individualidade.

O Direito Moderno, bem compreendida a expressão, é o direito talhado à proteção dos interesses individuais (característica inerente a “ciência processual”, na origem), não de grupos sociais em si mesmos.^{46 47} Tal percepção, segundo a ilustre opinião de Ovídio Baptista da Silva, traduz-se indispensável, a ponto de dissertar o saudoso professor gaúcho acerca da inutilidade de se “estudar o direito moderno, particularmente nosso Direito Processual Civil, prescindindo dos vínculos que o ligam à ideologia da modernidade, pela via do individualismo.”⁴⁸

De outro giro, para além de seu compromisso com o *individualismo*⁴⁹, o Direito Moderno, fruto do Racionalismo, andou de braços dados com a denominada Reforma Religiosa, e, gostemos ou não, deixou-se influenciar, também, por questões econômicas (em especial, pela “ética” capitalista⁵⁰), a ponto de Max Weber denunciar, com todas as letras, a

45 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 61.

46 Acerca do tema, vide: TORRES, Artur. *A Tutela Coletiva dos Direitos Individuais: considerações acerca da proposta de Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Arana, 2013. p. 31/56.

47 Trata-se, bem compreendido, de um individualismo *egoístico*.

48 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 61.

49 “A substituição da *comunidade* medieval pelo *individualismo* deve muito ao pensamento de Lutero e às vertentes voluntaristas medievais que o alimentaram, a respeito do conceito de Deus e do direito natural, tal como ele fora compreendido durante a Idade Média.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 67.

50 Acerca da “ética” capitalista, anotou Weber: “De fato o *summum bonum* desta ‘ética’, a obtenção de mais e mais dinheiro, combinada com o estrito afastamento de todo gozo espontâneo da vida é, acima de tudo, completamente destituída de qualquer caráter eudemonista ou mesmo hedonista, pois é pensado tão puramente como um finalidade em si, que chega a parecer superior à ‘felicidade ou ‘utilidade’ do indivíduo, de qualquer forma algo de totalmente transcendental e simplesmente irracional. O homem é dominado pela produção de dinheiro, pela aquisição encarada como a finalidade última da sua vida. A aquisição econômica não mais está subordinada ao homem como meio de satisfazer suas necessidades materiais. Esta inversão do que poderíamos chamar de relação natural, tão irracional de um ponto de vista ingênuo, é evidentemente um princípio orientador do capitalismo, tão seguramente quando ela é estranha a todos os povos fora da influência capitalista. Mas, ao mesmo tempo, ela expressa um tipo de sentimento que está intimamente ligado a certas ideias religiosas. Ante a pergunta: por que se deveria ‘fazer dinheiro do ganho dos homens?’, o próprio Benjamin Franklin, embora fosse um deísta pouco entusiasta, responderia em sua autobiografia com uma citação da Bíblia, com que seu pai, intransigente calvinista, sempre o assediou em sua juventude: ‘Se vires um homem diligente em seu trabalho, ele estará acima dos reis’. Ganhar dinheiro dentro da ordem econômica moderna é, enquanto for feito legalmente, o resultado e a expressão de virtude e de eficiência em uma vocação.” WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. p. 33. Livro digital disponível em: http://www.nesua.uac.pt/uploads/uac_documento_plugin/ficheiro/8db-98cff48151da946fe625988763bfb0737c7e.pdf

existência de íntima relação entre *a racionalização da ciência* e *a economia capitalista*.^{51 52}

Com efeito, segundo doutrina qualificada, ignorando-se a relação havida entre Processo Civil e “economia capitalista, bem como sua ligação com a nova moralidade cristã, nascida do protestantismo”, não se há de obter a melhor compreensão acerca de certas “instituições cultivadas por nossos sistemas processuais”, especialmente nos países de tradição romano-canônica.⁵³

Com o claro escopo de apartar o *joio do trigo*, anotou Ovídio:

A marcante diferença entre o espírito racional formado na Inglaterra e nos demais países do norte da Europa, quando comparado ao racionalismo peculiar aos países da Europa meridional, deveu-se aos pressupostos políticos determinantes do absolutismo monárquico no continente e à subsequente reação liberal que acabou provocando a Revolução Francesa. Isto é que faz a diferença entre o *common law* e o direito praticado no continente europeu. (...) os ideais políticos da Revolução, com seu compromisso com o racionalismo, exerceram influência decisiva na construção da ‘ciência’ do Direito Processual Civil. É desta perspectiva que se pode vislumbrar o *ethos* profundo da modernidade, na substituição do catolicismo medieval pela nova cultura das religiões reformadas.⁵⁴

Enquanto a Idade Média viveu sob a inspiração religiosa do catolicismo, “nossa cultura, queiramos ou não, navega na nova galáxia nascida da Reforma Religiosa e da ética do capitalismo. Até porque os filósofos e juristas de maior influência na formação do pensamento moderno eram luteranos, não calvinistas.” Há, ainda, questões pontuais, porém emblemáticas, a discernir a ética do cristianismo medieval e o espírito do capitalismo.⁵⁵ Relembre-se, exemplificativamente, a vedação do lucro, condenado por Tomás de Aquino, e a nova ética capitalista.

51 “Embora Max Weber tenha mostrado que a racionalização do Direito antecedeu historicamente ao surgimento do ‘espírito capitalista’ e ao desenvolvimento da filosofia puramente racional, tendo alcançado o seu apogeu no Direito Romano da Baixa Antiguidade Clássica, é certo que o capitalismo apropriou-se dessa herança. Entretanto, ainda que não se possa obscurecer a relação entre direito racional e economia capitalista, observa Max Weber que não foram os países de maior racionalização econômica os que se mantiveram fiéis à racionalização do Direito. Ao contrário, essa tradição apresenta-se dominante nos países católicos da Europa meridional, herdeiros da tradição formada pelo Direito Romano tardio.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 62.

52 Acerca do tema, com grande proveito, vide o terceiro capítulo, denominado *O espírito do capitalismo*, da obra WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Livro digital disponível em: http://www.nesua.uac.pt/uploads/uac_documento_plug-in/ficheiro/8db98cff48151daf946fe625988763bfb0737c7e.pdf

53 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 62.

54 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. passim*.

55 “A própria Reforma Religiosa outra coisa não foi senão o resultado de uma releitura dos mesmos textos bíblicos que haviam inspirado a Idade Moderna. (...) Jacob Burckhardt, em seu clássico ensaio sobre o Renascimento, dissera ser esse o período em que o ‘homem tornou-se um indivíduo espiritual’, pensado como uma entidade abstrata e universal. Até então, ele reconhecia-se apenas enquanto raça, partido, corporação, família, em qualquer caso como integrante de alguma organização coletiva.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 61.

O lucro e consequentemente o juro, a custo tolerado pelo catolicismo medieval, transformou-se num dos esteios da nova economia capitalista. A proibição canônica do juro, com a punição da usura, observadas pela Igreja durante a Idade Média, só muito penosamente aceita em casos especiais pela ética católica, sofre uma transformação radical a partir da ética protestante e do espírito do capitalismo. Como afirma Max Weber, para que a proibição da usura fosse contornada tornou-se indispensável à utilização de toda classe de artifício jurídico.⁵⁶

Cientes de que tais características (o *individualismo* e a *moral capitalista*), serviram de esteio à conformação do movimento ideológico-cultural tomado por base pelo pensamento jurídico moderno, incumbe destacar, no que tange à formação do direito racional, ainda, a mais importante ênfase, a nosso sentir, dada por Ovídio no concernente:

O direito racional moderno (...), privilegiou apenas uma das formas de justiça precognizada por Aristóteles, legitimando somente a 'justiça comutativa', conciliando-se, ao contrário, precariamente com os princípios da 'justiça distributiva' que, como é natural, antes de ter por fim a conservação do *statu quo*, deve lutar para transformá-lo. A justiça distributiva representa o componente revolucionário do Direito. Consequentemente não seria de esperar que o novo ordenamento jurídico concebido, acima de tudo, como sistema de segurança legal, pudesse priorizar esta forma revolucionária de justiça. (grifos nossos)⁵⁷

Dentre os objetivos inerentes ao arquetipamento de um novo *Direito* (o *Direito Moderno*), a segurança jurídica despontou, certamente, como premissa de primeiro escalão, característica que será oportunamente retomada.

Seja como for, a lição que se pretende destacar ao cabo do presente tópico, feitas as considerações pertinentes, diz com o cenário em que abrolha a denominada *ciência processual* (que teve como seu polo metodológico inaugural a *ação*), parte integrante de uma concepção jurídica moderna, comprometida, ainda que subliminarmente, com o *individualismo*, a *reforma religiosa* (em especial, com a ética capitalista), e a *manutenção das posições (sociais) estabelecidas*.⁵⁸

Dito isso, ao presente estudo importa, em ato contínuo, rememorar o *método científico* inerente à construção do Direito Moderno, destacando os reflexos, oriundos da supremacia e aplicação do método *analítico-sintético* à conformação de um novo pensamento ju-

56 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 64

57 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 68.

58 "Michel Villey, comentando um texto de Cícero, observa que o sentido de 'conservação do fático' era o objetivo básico visado pelo Direito na concepção do jurista romano, adepto do estoicismo: 'le droit se contentera de maintenir le partage existant en fait, de consolider les possessions... aux lieu et place de la justice, le culte de droit de propriété. La solution n'a pas déplié; on n'ém saurait trouver de plus prore à recueillir l'approbation des propriétaires; nous verrons avec quelle faveur l'accueillieront les juristes modernes'. Não deveria ser missão do Direito a transformação social. Sua função haveria de ser fundamentalmente conservadora. O princípio, como veremos, teve consequências profundas no processo civil." BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 68/69.

rídico, com destaque para as elucubrações nitidamente *matematizadas* acerca da *actio* que ganharam corpo, em especial, ao largo dos séculos XIX e XX, desaguando, bem compreendida a afirmativa, nas linhas do Código Buzaid.

1.2.2. O método matemático e sua influência na formação do Direito Processual Moderno.

A reviravolta científica inerente ao surgimento da modernidade tomou por base, dentre outros, a festejada confiança no poder da *razão*, a ponto de se afirmar que a ruptura “radical” com a fórmula medieval de pensar as “verdades” derivou, mormente, da necessidade de se “elaborar as noções de método, de verdade e, a partir delas, as noções de ser e de ação.”

Representantes dessa nova ordem científica, como Descartes, Spinoza e Leibniz, constroem um método que objetiva produzir e tornar manifesta a unidade da ciência. Para Descartes (1596-1650), não pode haver uma ciência incerta e um saber fora da ciência. (...) Com ele há uma mudança radical no quadro das teorias científicas: a razão passa a ser o tema central de sua filosofia e guia único na procura de verdade das coisas. O homem passa a investigar as possibilidades do pensamento. Apoiar-se na certeza proveniente da matemática e estende a todas as outras ciências e a todo tipo de assuntos ‘aquilo que constitui a certeza das matemáticas: a pureza e a simplicidade de seus objetos’.⁵⁹

A forte influência dos pensadores acima aludidos⁶⁰ conduziu-nos, bem compreendida a afirmativa, a conviver, cada dia mais, inclusive na seara pro-

59 HUPFFER, Haide Maria. A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/133-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>.

60 Descartes, em sua principal obra, “*Discurso do Método*”, revolucionou a filosofia, inaugurando uma nova fase metódica em que as questões são: o que é conhecer com certeza, qual é o critério pelo qual se reconhece essa certeza, a que objetos o conhecimento humano pode aplicar-se e sobre que fundamento repousa. (...) Descartes constrói a tese da utilidade do saber adquirido explicada pela matemática. O que Descartes mais apreciava em seu método era que, por meio dele, tinha a certeza de em tudo usar a razão. Por conseguinte, esperava da sabedoria humana não apenas as verdades teóricas, mas também uma verdade pragmática. (...) Em síntese, Descartes influenciou a positividade do Direito pela crença de que um exato conhecimento da física e da matemática pode fornecer fundamentos seguros para o Direito. (...) Em Hobbes, o *direito da natureza* é a liberdade que cada ser humano possui para usar seu próprio poder da maneira que quiser tendo presente a preservação de sua vida e, conseqüentemente, realizar tudo o que seu próprio julgamento e razão lhe indicarem como conduta adequada para alcançar a paz. A razão em Hobbes é a faculdade de raciocinar, entendido o raciocínio como cálculo, mediante o qual, dadas certas premissas, se extraem necessariamente certas conclusões. Em conseqüência, dizer que o homem é dotado de razão é o mesmo que dizer que ele é capaz de cálculos racionais. Bobbio (1991, p. 38) explicita os ditames da reta razão de Hobbes, salientando que ela faz parte da natureza humana. Com isso quer dizer que ‘o homem é capaz não só de conhecer *per causas*, mas também de agir *per fines*, ou seja, de seguir regras que lhe indicam os meios mais adequados para atingir os fins almejados (como o são, precisamente as regras técnicas)’. Hobbes faz uma distinção entre *jus* e *lex*, o *direito* e a *lei*, enfatizando que muitos autores costumam confundir estes dois conceitos. Campbell (2002) refere que para Hobbes, o Direito é a *liberdade* de fazer ou de poder se omitir de fazer algo, enquanto a lei determina ou *obriga* ao homem uma destas atitudes. O autor salienta que, como a *lei* e o *direito* se distinguem, também a *obrigação* e a *liberdade* são conceitos diferentes, e incompatíveis quando se referem à mesma matéria.” HUPFFER, Haide Maria. A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/133-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>

cessual, com uma ciência pensada a partir da aplicação do método inerente aos temas matemáticos.^{61 62} O direito processual civil, enquanto ciência,

61 "(...) Para Spinoza, a *verdade* não necessita de nenhum sinal extrínseco para ser conhecida, pois, para que se tenha certeza, basta ter apenas a essência objetiva das coisas ou das ideias. A ideia é verdadeira quando se pode ver nela clareza, supressão de toda a dúvida, distinção e certeza. Mantém, assim, a ordem cartesiana ao enunciar que 'tudo o que percebemos clara e distintamente é verdadeiro'. A verdade é imanente ao próprio conhecimento, não consiste na adequação da ideia à coisa e não exige qualquer garantia externa, mas, pelo contrário, 'é porque a ideia revela a produção da coisa a que ela mesma dá a garantia à adequação'. Refuta o conhecimento por-ouvir-dizer e o conhecimento por-experiência-vaga. Nasce, assim, sua concepção de método genético, que é o conhecimento pela causa e não a partir dos efeitos: 'Conhecer pela causa significa descobrir o modo pelo qual algo é produzido'. O percurso seguido por Spinoza mostra que o método é o conhecimento reflexivo ou a ideia da ideia, e que o método deve mostrar como a mente deve se dirigir segundo a norma de uma existente ideia verdadeira e investigar a partir de leis certas. Ao demonstrar seu método, Spinoza reafirma o que os antigos já disseram: a verdadeira ciência procede da causa para os efeitos, e a essência do conhecimento deve ser procurada nas propriedades positivas que ele enumerou ao descrever seu método de conhecer a verdade. Cassirer (1993, p. 9) irá dizer que, apesar da afinidade entre Descartes e Spinoza no campo da metafísica, há uma diferença profunda de pensamento entre ambos em relação à teoria do conhecimento, conforme descreve: 'para Descartes, é condição primeira e essencial a fundamentação do conhecimento. O pensamento, segundo ele, só pode transcender ao ser absoluto depois de ter alcançado e afirmado contra toda dúvida um critério fixo de verdade. [...] Para Spinoza, pelo contrário, o ponto fixo que Descartes se propõe obter em laboriosas análises aparece já como algo inalteravelmente dado desde o primeiro momento. Todo conhecimento puramente indutivo ou dedutivo acarreceria em si mesmo de base se não repousasse sobre o fundamento de uma intuição imediata a qual se revela perante nós na realidade do ser infinito'. Para explicar seu método, Spinoza convida a entender a natureza, e com ela a natureza humana. Em uma de suas proposições, diz que Deus age em virtude das sólidas leis da natureza e não é forçado por nada; somente pela perfeição de sua natureza é que Deus pode agir. Só Deus é causa livre, e sua potência é sua essência mesma. Deus não é só causa eficiente da existência das coisas, mas também de sua essência. Na natureza não há nada contingente, mas, em virtude da necessidade da natureza divina, tudo está determinado a existir e a agir de certa maneira. Tudo o que é compreendido no ser é a essência una e absoluta de Deus. O que para Descartes é a consciência de si mesmo é para Spinoza a consciência de Deus' (CASSIRER, 1993, p. 10). Spinoza destaca ainda o papel da natureza na razão humana, mostrando que as leis e as regras naturais são sempre as mesmas em todas as partes. A virtude é a potência humana: é ela que define a essência do homem, isto é, define o esforço que o homem realiza para preservar a integridade de seu ser. A ordem do *ser*, 'que é uno e o mesmo para todos os tempos, fundamenta e condiciona também a ordem do *conhecer*'. O filósofo parte das regras da natureza de cada indivíduo para demonstrar o que entende por Direito Natural. O homem não está obrigado a viver segundo o critério do outro, mas cada ser humano é o garantidor de sua própria liberdade. Apenas se faz cessar este direito quando se transfere ao outro o poder de defender-se. Interpreta o Direito Natural como sendo análogo às mesmas leis e regras da natureza, segundo as quais o ser humano faz todas as coisas, ou seja, tem o mesmo poder da natureza. Deste modo, o Direito Natural de cada indivíduo, em particular, se estende até onde chega seu poder. É possível perceber em Spinoza um arquiteto que construiu um sistema de pensamento baseado em uma forma e geometria filosóficas, onde teoremas, axiomas, proposições, definições, ideias e demonstrações são desenvolvidos com tal desenvoltura que ele vai delineando um caminho para o qual o ser humano deve se dirigir na busca do verdadeiro conhecimento das coisas. Para Spinoza, esse conhecimento procede da causa para o efeito, e não vice-versa, ou, ainda, 'das premissas nada mais compreendemos do que aquilo que está na conclusão'. Desenvolve uma teoria diferente para a matemática, mais ampla que a de Descartes e Galileo, amparada no ideal rigoroso da dedução pura, ou seja, 'todo verdadeiro conhecimento é o conhecimento 'partindo da causa'; é, portanto, um conhecimento puramente apriorístico' (CASSIRER, 1993, p. 32). E, toda a ideia que em nós é absoluta, isto é, adequada e perfeita, é verdadeira. Portanto, com essa afirmativa Spinoza insere o tema certeza que advém imediata e instantaneamente da noção de verdade. Sua orientação engessa o Direito à medida que supervaloriza a verdade que é dada pela matemática, que é verdadeira ou falsa independente da realidade. Trabalha com a razão teórica, afastando os conceitos da realidade da vida.' HUPFFER, Haide Maria. A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Illuminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/133-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>

62 "Com Leibniz não há uma ruptura; sua metafísica como propõe Cassirer (1993, p. 9) 'distingue-se da de Descartes e de Spinoza ao postular, em vez do dualismo cartesiano e do monismo spinozista, um universo pluralista. Uma de suas grandes máximas é que a *natureza nunca faz saltos*. É por isso que o autor introduz a ideia da *Lei da Continuidade*. Leibniz (1984, p. 14) salienta que o uso dessa lei é muito considerado na física: 'Ela significa que se passa sempre do pequeno ao grande, e vice-versa, através do médio, tanto nos graus como nas partes, e que jamais um movimento nasce imediatamente do repouso nem se reduz, a não ser por um movimento menor'. Leibniz também observou que não existem lousas vazias de almas, que não há alma destituída de pensamento, uma substância sem ação ou o vazio do espaço. Por isso vai dizer que compete à suprema Razão, à qual nada escapa, compreender distintamente todo o infinito e enxergar todas as razões e todas as consequências. Deste modo, Leibniz mostra que, ao elaborar sua teoria, partiu dos postulados de filósofos que o antecederam. A condição de verdade em Leibniz está no princípio da razão suficiente, que parte da observação da experiência sensível; em síntese, representa que tudo tem sua razão de ser, e o que existe é suficiente por si só, pois tem tudo o que precisa ter para existir. A razão não é uma tabula rasa, pois o homem já é possui-

face às contingências históricas, abrolha, indubitavelmente, trazendo consigo tal “selo”.⁶³

dor de aptidão para atingir idéias fundamentais, ‘que servem de fundamento lógico a todos os elementos com que nos enriquecem a percepção e a representação’ (REALE, 2002, p. 95). É pelo princípio da razão suficiente que o ser humano, em Leibniz, pode atingir o conhecimento, pois as verdades da razão são necessárias, enquanto as verdades de fato são apenas contingenciais. Portanto, a razão é a causa da verdade, que o autor denomina *razão a priori*. Leibniz delega somente para a razão o estabelecimento de regras seguras, indicando que só ela é capaz ainda de suprir o que falta para tornar regras não-seguras em seguras, pois nada há no homem de inato que não seja a razão. Para o autor, a razão pode significar, por vezes, a idéia de princípios claros e verdadeiros, por outro lado conclusões deduzidas desses princípios e, ainda, pode significar a causa, particularmente a causa final. Leibniz outorga à razão a possibilidade de expressar-se em quatro graus: i) descobrir provas; ii) colocá-las numa ordem que revele sua conexão; iii) perceber a conexão em cada parte da dedução; iv) tirar daí a conclusão. O filósofo conclui que esses quatro graus por ele delineados podem ser observados nas demonstrações da matemática. O filósofo distingue três graus no Direito Natural: o Direito estrito ou justiça comutativa (não fazer mal a ninguém e não obedece a uma motivação utilitarista; o Estado não interfere, e fora dele não se pode ter direito de guerra); a justiça distributiva ou o Direito como equidade ou caridade (atribuir a cada um aquilo que lhe cabe, a partir de um bem comum redistributivo); e a justiça universal ou da piedade ou probidade (é o grau de justiça mais elevado e que não permite o divórcio entre o útil e o honesto, porque diz respeito à ação do homem para o bem comum, aliado sabedoria, vontade, justiça e bondade). Ele retoma a noção de uma razão fundada na natureza, introduzindo o princípio da razão suficiente, fundamentado nos dois princípios da moral: a utilidade e o prazer. Para Leibniz, o Direito Natural é uma necessidade moral, fundada na autoridade divina, que ‘traduz a *razão eterna*, inata em todo ser humano, como expressão da inteligência de Deus’ (MARQUES NETO, 2001, p. 135) e consubstanciada na indissolubilidade da vontade, sabedoria, bondade e justiça. Leibniz compara a doutrina do Direito às ciências que não dependem de experimentos, mas de definições, não de demonstrações de sentidos, mas da razão. São próprias do Direito e não do fato. Compara a justiça aos cálculos numéricos, dizendo que, assim como algo é justo, mesmo que não haja quem exerça a justiça nem sobre quem ela recaia, de maneira semelhante os cálculos numéricos são verdadeiros, mesmo que não haja quem queira calcular. Os princípios dessas ciências já existem *a priori*, isto é, são verdades eternas e não necessitam que algo exista, mas que o homem se guia por algo a partir de sua suposta existência. Com essa explicação, o autor reforça a tese de que a Teoria do Direito é uma ciência, e a causa da ciência é a demonstração. Ele introduz a lógica para criar teoremas claros e distintos, construindo um Direito Natural descritivo, conduzido pela razão suficiente. Sem dúvida, essas idéias provocaram reflexos graves em relação ao Direito ao equiparar a interpretação do Direito a uma operação matemática. Silva (1997, p. 124), ao analisar um dos mais célebres ensaios de Leibniz, observa que, para o autor, assim como na matemática, ‘também as verdades da metafísica, da moral e da *ciência natural do direito* podem ser objeto de demonstração, com o mesmo rigor com o que se demonstra um postulado matemático’. Assim sendo, para Cassirer (1993, p. 120) o princípio de sua eficiência é estabelecer entre elas uma perfeita harmonia, pois, pelas lições de Leibniz, ‘não existe outro meio senão submeter todos os fenômenos da natureza, sem exceção, a explicações rigorosamente matemáticas e mecânicas’. O autor chama a atenção de que o mecanismo proposto por Leibniz é a ‘bússola intelectual que nos aponta o único caminho seguro através do domínio dos fenômenos, que submete os fenômenos ao princípio da razão (*Satz vom Grunde*) e permite concebê-los de modo racional e explicá-los inteiramente’. O empenho de Leibniz foi em fazer do Direito uma ciência, sujeita aos mesmos princípios metodológicos utilizados pela matemática. Eis o princípio que ele vai transferir ao Direito: só as ciências matemáticas são capazes de oferecer uma certeza demonstrativa. Soma-se, ainda, sua preocupação com ideais de segurança e previsibilidade, apoiados em fatos observáveis e nos princípios da matemática, delimitando definitivamente o domínio da razão suficiente. Esse ideal de Leibniz, somado às contribuições de Descartes e Spinoza, vai marcar profundamente o Direito no decorrer dos séculos, tornando-se não só um dos traços distintivos, mas o embrião do paradigma do positivismo jurídico. Dentre as ciências sociais, o Direito é a ciência que mais absorveu as teorias racionalistas dos séculos XVI e XVII. Ao intentar assegurar a ordem erigida pela sociedade ao longo da história, o Direito moderno passou a se constituir, na expressão de Santos (2000, p. 119), em ‘um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientificação da sociedade’, aproximando a ciência jurídica da matemática, através do exercício da razão e da observação, priorizando valores como a previsibilidade, a certeza e a seguridade jurídica em detrimento da justiça efetiva. Inicia-se, assim, a era das codificações, e o sistema passa a ser dominado pela legislação. A lei passa a ser a fonte principal, quase exclusiva do Direito, concebida num sistema rígido, lógico, formal e técnico-racional, concepção esta que ainda perdura nos dias atuais. Essas considerações levam a concluir que Descartes, Hobbes, Spinoza e Leibniz, cada um com sua peculiaridade já apresentada, contribuíram para o surgimento do positivismo legalista, no momento em que a justiça se cristaliza no texto da lei escrita. A excessiva confiança no poder da razão foi transportada para o Direito quando da criação dos primeiros códigos. **O dogma do racionalismo – o valor da certeza no Direito, sua universalidade e sua verdade – está na tecnicidade, no formalismo e na exegese normativista assumida pelo positivismo.**” (grifos nossos) HUPFFER, Haide Maria. A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. Disponível em: <http://www.temasataisprocessocivil.com.br/dicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/33-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>

63 “O projeto racionalista de transformar a Moral e o Direito em ciências demonstrativas tão exatas quanto a matemática revela-se em Leibniz com notável intensidade e uma firma determinação desde seus primeiros ensaios.” O autor chegou a referir que a

Diz-se, desde então, que a:

(...) influência exercida pelas filosofias racionalistas sobre o Direito Processual Civil, tem seu núcleo de interesse centrado na concepção do Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Esse foi, de fato, o fator responsável pela eliminação da Hermenêutica e, conseqüentemente, da Retórica forense, em favor da racionalidade das verdades 'claras e distintas' de Descartes, que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo epistemológico. (...) Apenas aquilo que, sendo 'natural', conserva-se sempre o mesmo, poderia ser reduzido a uma ciência. A fuga da diferença, o horror pelo individual que depois será encontrado em Savigny e que iria caracterizar a cultura europeia dos séculos seguintes, inaugura o direito natural moderno.^{64 65}

Reconhece-se, na historiografia do Processo Civil, remansosamente, a ocorrência de diversas etapas/fases (metodológicas) pelas quais o fenômeno tenha passado, impor-

"doutrina do direito é de índole daquelas ciências que não dependem de experiências, mas de definições, não das demonstrações dos sentidos, porém da razão; são, por assim dizer, próprias do direito e não do fato." BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 68/69.

64 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 69.

65 "No século XVI ocorre a ruptura do 'Direito Natural' construído historicamente a partir de fundamentos ontológico-teológicos colocados no ser e na vontade de Deus para um jusnaturalismo baseado num modelo de racionalidade caracterizado pela excessiva confiança no poder da razão. Surge a Escola do Direito Natural com uma nova concepção do Direito que vai favorecer a laicização e a unificação do Direito. Por tais razões, Gilissen (1988) vai dizer que 'esse direito natural laico é um direito racionalista (alemão: Vernunftrecht) que domina todas as relações entre os homens, seja qual for a sua raça e qualquer que seja a sua posição social'. Nos séculos XVII e XVIII, a ciência do Direito é dominada pela Escola de Direito Natural. A tese elaborada por Hugo Groot Grotius no ano de 1625 com a edição da obra *Do Direito da Guerra e da Paz* é considerada durante muitos anos como a obra fundamental do Direito Natural. Grotius atribui ao termo 'Direito' três sentidos: Direito como 'justo'; Direito como 'faculdade ou aptidão', correspondendo à 'qualidade moral' da pessoa; Direito como sinônimo de *lex*. Essa terceira acepção - Direito como *lex* - é o ponto central sobre o qual vai desenvolver toda a sua obra. No termo *lex*, Grotius reagrupa o 'conjunto das regras que são obrigatórias para que seja respeitado ou obtido o que é direito (*rectum*), e não apenas justo (*justum*)' (GOYARD-FABRE, 2003, p. 43). Para o autor, um sistema de Direito Natural poderia ser racionalmente construído e poderia gozar de validade universal, comparando-o às normas dos axiomas da matemática. Dentro deste contexto de ruptura, Grotius deixou uma grande contribuição à teoria jurídica ao libertar o Direito Natural de todo o conteúdo teológico que o dominava, rompendo com a tradição jurídica clássica, da qual Tomás de Aquino é um dos principais representantes. A principal contribuição de Grotius para a teoria jurídica pode ser sintetizada como seu esforço em proporcionar um método pelo qual o Direito Natural é reconhecido como um *dictamen rationis*. Goyard-Fabre (2003, p. 42), por exemplo, sustenta que a intenção de Grotius foi proporcionar a seu método um alcance 'que é mais que metodológico: esse método, manifestando a capacidade operatória dos poderes da racionalidade, ensina também que a razão é o princípio regulador das ações humanas'. Mais ainda, Wasterman (1997) vai dizer que o fundamento do Direito Natural em Grotius está na natureza humana, e a fonte da lei deve ser a sociedade. Ele distingue diferentes traços na natureza humana, como: desejo de pertencer a uma sociedade, inclinação para a autopreservação, conhecimento, faculdade de raciocínio e de fala. Mas a sociabilidade e a razão adquirem a posição que é a do pensamento que se empenha firmemente em atuar a favor de sua autopreservação. (...) Apesar de, em muitos momentos da história, Grotius não ter sido bem compreendido, certamente foi o pioneiro de uma revolução intelectual. 'Ao conferir a preponderância da razão como força universal, a teoria de Grotius não tem a intenção de rejeitar a existência do mandamento divino fora da esfera do Direito: sua teoria defende que o Direito não é mais entendido desta forma (vinculação à vontade de Deus), mas, sim, vinculado à razão.'" HUPFFER, Haide Maria. A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/133-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>

tando-nos, por ora, caracterizar, ainda que brevemente, a denominada fase *conceitualista*.^{66 67 68}

Anotam Dinamarco, Grinover e Cintra que a fase *autonomista/conceitual* fora “marcada pelas grandes construções científicas do direito processual.” Ao longo desse “período”, que durou aproximadamente um século, brotaram “as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais”, erguendo-se definitivamente uma ciência processual. “A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.”^{69 70}

Com o cientificismo, a ação passa a ser vista como um direito autônomo não aderente ao direito material. A ação, sendo autônoma, dirige-se contra o Estado. As normas processuais passam a integrar o direito público, e o direito processual deixa de ser visto como ‘direito judiciário’ para ganhar *status* de ciência. Natural também que a ação passasse a ser o grande foco de estudo da doutrina da época, verdadeiro ‘(...) polo metodológico da nova ciência.’⁷¹

Afirmamos salutar o destaque feito à aludida fase metodológica uma vez que, contaminados (num bom sentido) pela onda científico-racionalista, os estudiosos da época, dedicaram-se à construção de uma “nova ciência” (a ciência processual) e, para tanto, vale destacar, “por absoluta necessidade” (“necessidade de se forjarem todos os instru-

66 Acerca das distintas fases do fenômeno processual vide, com grande proveito: JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 77/113.

67 GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 42.

68 “No Brasil, o cientificismo ou processualismo apenas chega efetivamente em 1939, ano em que tem término a guerra civil espanhola e, meses depois, deflagra-se a Segunda Guerra Mundial. Com ela, por conta da perseguição decorrente dos regimes totalitários que emergem na Europa, eminentes processualistas acabam se exilando na América. É o caso do alemão James Goldschmidt, dos italianos Enrico Tullio Liebman e Marcello Finzi e dos espanhóis Rafael de Pina, Santiago Santís Melendo e Niceto Alcalá-Zamora. BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 23.

69 GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 42.

70 “Resta evidenciado que as inúmeras nomenclaturas determinam o mesmo objeto (cientificismo, processualismo, conceitualismo ou autonomismo), qual seja a de que se buscava nessa fase a independência do Direito processual do Direito material, pelo fortalecimento de seus conceitos, ganhando, assim, autonomia.” JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do processo*. p. 88.

71 “A autonomia do direito processual como ciência tem o marco, em conformidade com a doutrina remansosa, na obra de Oskar Büllow em 1968. Inicia-se o *cientificismo*, ou *processualismo* ou, *como também, por vezes é lembrada, a fase conceitualista ou autonomista do direito processual*. É justamente nesse estágio que o direito processual passa, pouco a pouco, a ser reconhecido como ramo do direito, deixando de ser mera técnica para se constituir em ciência. BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 23.

mentos conceituais necessários a tal intento”), valeram-se do método matemático para dar-lhe vida e, especialmente, legitimidade.^{72,73}

A ciência processual, frise-se, nasce tendo por objeto a *relação jurídica processual*, de maneira que os debates acerca da *natureza jurídica* da ação, “verdadeiro pólo metodológico” da novel ciência, ocuparam, por longo período, a atividade sistematizadora dos doutos. Chegou-se, nesse contexto, a afirmar que o direito processual moderno, “como disciplina abstrata”, não dependia da experiência, mas, tão somente, “de definições”.⁷⁴

Este foi o princípio lógico que deu origem às concepções do Direito Processual Civil como ciência formal. O pensamento matemático, que dominou as filosofias políticas do século XVII, teve influência marcante nas concepções jurídicas de seus pensadores, a começar por Grotius, considerado o pai do jusnaturalismo moderno. Em seu célebre tratado de Direito Internacional, em duas passagens significativas para o desenvolvimento da doutrina posterior, o jurista holandês estabelece os princípios que haveriam de ser seguidos pelo direito natural moderno. Um desses princípios, proposto contemporaneamente à obra de Descartes, preconizava que se renunciasse à busca de um direito natural através da jurisprudência, em virtude de sua constante transformação e pela diversidade que ela apresenta de povo para povo. Apenas aquilo que, sendo ‘natural’, conserva-se sempre o mesmo, poderia ser reduzido a uma ciência. A fuga da diferença, o horror pelo individual que depois será encontrado em Savigny e que iria caracterizar a cultura europeia dos séculos seguintes, inaugura o direito natural moderno. Para destacar esse horror pelo individual como objeto de ciência, peculiar à cultura europeia, Jürgen Habermas transcreve esta passagem de K. H. Haag: ‘Ao ser universal o conceptualmente apreensível, a grande filosofia europeia declara-o verdadeiro ente, ao passo que o não idêntico, a particularidade das coisas, que escapa de uma fixação conceitual, era declarada nada. A obtenção da identidade na história do pensamento e do ser paga-se ao preço da insignificância ontológica do conteúdo do não idêntico’. Este pressuposto metodológico é o fator que impede nosso pensamento a tratar os conceitos como ‘coisas’. Nossos juristas, com perfeita naturalidade, cuidam de descobrir a ‘natureza’ dos conceitos, tratando-os como realidades. A partir desta observação, é possí-

72 “O processualismo, de veras, nasce com o conceito de relação jurídica processual, sendo esse o objeto da ciência processual. A partir daí a tarefa da doutrina cifra-se à racional construção do arcabouço de conceitos do direito processual civil. Não por acaso, pois, aponta-se como marco inicial do processo civil o direito racional, presidido pelas altas e abstratas ideias inerentes ao clima científico da modernidade, nem pode surpreender que já se tenha identificado na produção intelectual de Chiovenda um mentalismo conceitual exacerbado, já que o ‘doutrinarismo’ dominou mesmo os primeiros tempos da história do direito processual civil (o que se deu, vale frisar, por absoluta necessidade, porque se tratava de fundar uma nova ciência, surgindo então a necessidade de se forjarem todos os instrumentos conceituais necessários a tal intento). (...) As discussões inerentes à ‘ação’, verdadeiro pólo metodológico da nova ciência (...)”. MITTIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 32/33.

73 “Estamos a tratar das origens racionalistas do Direito Processual Civil moderno, desse direito natural laico, nascido como reação ao direito natural de origem aristotélico-tomista da Idade Média. Cuida-se do novo direito natural, nascido sob a inspiração da metodologia analítica de Descartes, influenciada, por sua vez, por Galileu.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 70.

74 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p.79.

vel avaliar os profundos compromissos de nosso direito processual com as epistemologias das ciências exatas. A formalização do direito – leia-se do direito processual – como se vê em Savigny, ao buscar segurança pela via da formalização do jurídico, pretendia fugir da contingência do mundo real, das incertezas inerentes à vida humana.⁷⁵

Diz-se, então, que, a partir desse marco teórico, o Direito tornou-se “caudatário do raciocínio das matemáticas.” Tão somente o que não se transforma é digno de levar consigo o selo de ciência. O conceitualismo jurídico, com efeito, “exerceu o papel de coeiro da retórica aristotélica”, assumindo Platão o domínio do pensamento moderno.⁷⁶

A metodologia empregada na edificação do *direito natural laico* serviu, consoante respeitada doutrina, dentre outros, ao triunfo do *dogmatismo*, revelando-se o “autoritarismo” que nele se oculta, “o principal ingrediente na formação do Direito Processual Civil”, enquanto ciência formal e abstrata.⁷⁷ Na linha das filosofias racionalistas, o Direito não escaparia à condição de ciência *demonstrativa*.⁷⁸

1.2.3. O CPC/73 propriamente dito

Objetivamente falando, inexistiu divergência em atribuir ao Código Buzaid responsabilidade pela positivação, entre nós, dos ensinamentos levados a cabo pela doutrina processual italiana (fortemente influenciada pela doutrina alemã), que se consolida a partir do final do século XIX, início do século XX.⁷⁹

O aludido período, de um ponto de vista histórico-jurídico, viu nascer, para o que importa momentaneamente, corrente doutrinária que teve por escopo a *criação*, o *refinamento* e a *purificação dos conceitos jurídicos*.⁸⁰ Eis a denominada *pandektística alemã*.⁸¹ O *intento alemão da ciência processual*, fruto dos estudos iniciados pela anunciada corrente,

75 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 69/70.

76 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 69/70.

77 “Assim como as verdades matemáticas são absolutas, enquanto categorias intertemporais, do mesmo modo pretendeu-se *absolutizar* as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos, o que as *relativizaria*, situação que o industrialismo nascente – com sua exigência de segurança jurídica – não poderia tolerar. A relação entre *dogmatismo* e autoritarismo, afinal entre direito formal e formas autoritárias de organização política, não pode ser esquecida.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 65/66.

78 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p.69.

79 “A influência da processualística alemã do final do século XIX e, mais fortemente, da doutrina italiana da primeira metade do século XX na formação do Código Buzaid é evidente. (...) A repercussão das idéias do Processualismo europeu no Código Buzaid pode ser nitidamente aferida a partir da sua estrutura. Ainda, as linhas fundamentais do sistema do Código Buzaid podem ser bem compreendidas diante das suas relações com a realidade social e com o direito material, pré-determinadas identicamente pelo clima do cientificismo próprio do Processualismo” MITIDIERO, Daniel. *O Processualismo e a formação do Código Buzaid*. REPRO. São Paulo, ano 35, n. 183, mai. 2010. *passim*.

80 A corrente alemã, em síntese, esmerava-se em sustentar que ciência jurídica e elementos culturais não se deviam misturar. No direito dos professores, como fora apelidado o direito alemão da época, os ensinamentos doutrinários, por intituarem-se os alemães herdeiros de Roma, guardavam estrita relação com o direito romano-clássico, fonte legitimadora de seus institutos jurídicos. SILVA, Ovídio A. *Baptista da. Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2 ed. São Paulo: RT, 1996.

81 A respeito do desenvolvimento histórico do Direito Processual Alemão consultar: ROSEMBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*. Campinas: Impactus, 2005. p. 27-58.

pautou-se, grosso modo, no reconhecimento do que parcela da doutrina mais recente convencionou chamar *dupla pureza*.⁸²

As premissas sustentadas pautavam-se, sobretudo, em duas lições basilares: (a) *visavam ao reconhecimento de que a ciência jurídica deveria preocupar-se apenas com questões jurídicas, restando infensa a elementos outros (de natureza social, políticos, culturais e religiosos - elementos que não deveriam compor o universo de preocupação do jurista)*, bem como, na de que (b) *os temas processuais não deveriam ser vislumbrado como mero apêndice do direito material, mas como objeto de ramo autônomo do direito*.^{83 84} Giuseppe Chiovenda, considerado o pai da Escola Italiana Clássica, imiscuiu-se no desígnio de levar adiante tal mister.⁸⁵

A doutrina europeia do processo alcança-nos, é possível afirmar, apenas no final do segundo quinto do século XX, tendo no, à época, jovem professor italiano, Enrico Tullio Liebman o seu fio condutor. Segundo Dinamarco, Grinover e Cintra, “o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu” o festejado jurista.^{86 87} Seus ensinamentos, à evidência, influenciaram toda uma nova geração de estudiosos, situação que o conduziu, em curto espaço de tempo, à condição de patrono da respeitada *Escola Paulista de Processo*.⁸⁸

A amizade de Liebman e Vidigal ampliou-se a outros jovens estudiosos que também queriam tornarem-se senhores da verdadeira ciência do direito processual civil e par-

82 A expressão foi cunhada, com precisão, por Daniel Mitidiero. MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid. REPRO, São Paulo, ano 35, n. 183, mai. 2010. *passim*.

83 “A necessidade de depurar as formas processuais de sua excessiva contaminação pelo direito substancial, a elas imposta pela tradição jurídica do século XIX, fez com que a doutrina italiana, seguindo os passos de Chiovenda, não apenas isolasse a ação do direito material, mas também dele se afastasse os procedimentos e sentenças.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. São Paulo: 2008. p. 218-219.

84 A respeito da dualidade de planos, vide: ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002; CHIARLONI, Sergio. Nuovi Modelli Processuali. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: a. XXXIX, n. 2, marzo-aprile, 1993. p. 269-291; DENTI, Vitorino. Intorno allá relatività della distinzione tra norme sostanziale e norme processuali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: v. XIX, a. 40, [?], 1964. p. 64-77; SILVA, Ovidio Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista da Revista da Ajuris*, n. 29, 1983. p. 99-126; MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

85 “A escola processual italiana, inaugurada pela obra de Chiovenda, deixou para trás o método exegético, próprio das tendências de origem francesa, e assumiu uma postura histórico-dogmática, porém assimilou ‘autonomia’ do direito processual com neutralidade do processo em relação ao direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 219, n. 12.

86 DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 126-127.

87 “Já no mesmo dia em que chegara a São Paulo, Liebman encontrou-se com o então livre-docente Luis Eulálio de Bueno Vidigal, que em nome da Faculdade paulista fora ao velho Hotel Términus dar-lhes as boas vindas. Tornaram-se bons amigos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. A formação do Moderno Processo Civil Brasileiro. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, capítulo I, tomo I. p. 34-35.

88 “A ‘Escola Processual de São Paulo’ caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou res in iudicium deducta), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma *Teoria Geral do Processo*.” DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. p. 127.

tilhar com o jovem Mestre vindo da Itália as idéias que na Europa vinham obtendo sucesso. Nasceu, assim, a idéia das reuniões semanais realizadas na casa de Enrico Tullio Liebman na Alameda Ministro Rocha Azevedo. (...). Sob sua orientação segura, os discípulos ganharam asas e alcançaram voos alcandorados no céu da cultura processualística. Eis o trabalho fecundo de Alfredo Buzaid, que conquistou o respeito de todos com seus escritos embebidos de profundas informações histórico-comparativas e sobretudo rigorosamente fiéis aos princípios do moderno direito processual civil.⁸⁹

Os ensinamentos trazidos por Liebman foram, à integralidade, captados por Alfredo Buzaid, seu discípulo, futuro mentor do Código de Processo Civil de 1973 e Ministro da Justiça, o que por si só justificaria, em elevada proporção, a força descomunal alcançada pela doutrina italiana entre nós. Tamanha admiração e gratidão de Alfredo Buzaid por seu “Mestre” que, ao escrever obra denominada *Grandes Processualistas*, dedicou-lhe, aproximadamente, um terço de suas páginas, incluindo capítulos como “O Labor Científico” e “A repercussão das ideias de Liebman no Código de Processo Civil vigente”, ocasião em que se percebe, já no segundo parágrafo do referido estudo, sua simpatia pela tese, acerca do tema ação elaborada por Liebman.⁹⁰

Externando sua deferência e referindo-se a Liebman sempre como “o Mestre”, aduz Buzaid:

Ao escrever este breve ensaio sobre A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro, não intento fazer panegírico de que o Mestre não necessita e que poderia ofender-lhe a modéstia, menos ainda compor um juízo crítico de sua obra, para a qual não me sinto habilitado (...). Aspiro tão-só a oferecer um depoimento vivo, sincero e cheio de afeto do discípulo que testemunha a saudade que ficou depois de seu regresso para a Itália e o reconhecimento imperecível pelo magistério que exerceu durante seis anos na Faculdade de Direito de São Paulo. Estas páginas traduzem, pois, o penhor da eterna amizade, que se cultiva há mais de trinta anos. A vida de ENRICO TULLIO LIEBMAN, conquanto tivesse sido curta a sua permanência entre nós, incorpora-se definitivamente na história do direito processual civil brasileiro como um marco fundamental, como um apostolado da ciência, como um templo do saber. Antes dele houve grandes processualistas, mas não houve escola; depois dele houve escola, no seio da qual floresceram grandes processualistas. Ele foi um divisor que, pondo remate a certo estilo de atividade processual, inaugurou entre nós o método científico, que os seus discípulos abraçaram apaixonadamente.⁹¹ (...) Este ensaio não tem a pretensão de ser uma análise crítica da doutrina do Mestre; escrito

89 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A formação do Moderno Processo Civil Brasileiro*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. p. 36.

90 BUZOID, Alfredo. *Grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 2/45.

91 BUZOID, Alfredo. *Grandes processualistas*. p. 13/14.

sob emoção, é o testemunho vivo do discípulo que, desde 1941, haurindo-lhe de contínuo as lições, aprendeu a venerá-lo como homem, como professor e como Mestre do direito processual civil.⁹²

E prossegue,

(...) decorridos vinte anos do magistério, teve o discípulo a honra de ser convidado, pelo Ministro da Justiça, Dr. Oscar Pedrosa Horta, a elaborar o Anteprojeto de Processo Civil, cujo texto entregou em 1964. Esse documento, revisto anos mais tarde por uma Comissão, constituída pelos eminentes juristas José Carlos Moreira Alves, Luís Antônio de Andrade, José Frederico Marques e Cândido Dinamarco, foi encaminhado ao Congresso Nacional, em mensagem do Presidente da República, a 2 de agosto de 1972. Discutido e aprovado nas duas Casas do Congresso, foi sancionado como Lei n. 5.869, a 11 de janeiro de 1973. Este Código de Processo Civil é um monumento imperecível de glória a LIEBMAN, representando o fruto do seu sábio magistério no plano da política legislativa.⁹³

Constata-se, assim, com fulcro nas palavras do próprio Buzaid, que, a elaboração do anteprojeto que serviu de base à Lei 5.869/73, tomou corpo, declaradamente, guardando estreita relação com os dogmas professados pela doutrina italiana em destaque, a ponto de o mentor do Código dedicar, com todas as letras, sua construção a Liebman.⁹⁴

Uma primeira conclusão torna-se, portanto, imperiosa: o processo civil brasileiro de 1973 restou arquitetado, considerando a ideologia inerente aos ensinamentos trazidos por Liebman, sob os holofotes da denominada *pureza processual*, uma vez que o “Mestre”, bem como os demais integrantes da Escola Clássica Italiana, encontravam-se envolvidos a tal raciocínio.⁹⁵

Por aqui, como é notório e declarado, os processos de cognição, execução e cautela, tais e quais dispostos na versão originária do projeto de Código desenhado por Buzaid re-

92 BUZOID, Alfredo. *Grandes processualistas*. p. 44/45.

93 BUZOID, Alfredo. *Grandes processualistas*. p. 45.

94 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A formação do Moderno Processo Civil Brasileiro*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. p. 38.

95 Anota Daniel Mitidiero que, “de início, duas observações devem ser feitas a partir deste fato: a primeira concerne ao real intento de Buzaid com a proposta de seu Anteprojeto. Na sua ótica, muitíssimo provavelmente bastavam apenas o processo de conhecimento, o *Processo de execução* e o processo cautelar para organização de um Código de Processo Civil. Intimamente, Alfredo Buzaid possivelmente considerava finda a sua missão com a redação dos três primeiros livros do Anteprojeto. O que interessava para o direito processual civil eram apenas conceitos puramente processuais, impermeáveis ao direito material. A segunda diz respeito à própria terminologia utilizada posteriormente por Buzaid para tratar do livro quarto. Por que estreitamente vinculados ao direito material, ali não existiam propriamente processos especiais, mas simples procedimentos. Neste clima cultural, as “ações especiais” certamente constituíam quinquilharias, da época em que ainda se confundia direito material e processo. Processo é conceito da ciência processual que não pode ser adjetivado com conceitos ligados ao direito material, sob pena de ameaçada a sua autonomia.” MITIDIERO, Daniel. *O Processualismo e a formação do Código Buzaid*. *REPRO*, São Paulo, ano 35, n. 183, mai. 2010. *passim*.

fletiam, com clareza ímpar, os ensinamentos de Chiovenda, Liebman e Calamandrei, respectivamente.^{96 97 98}

Com efeito, vale lembrar que, embora o projeto do CPC/73 tenha sido finalizado (e entregue) no ano de 1964⁹⁹ para ser aprovado apenas nove anos depois, Liebman, “fio condu-

96 Todos influenciados pelos ensinamentos de Chiovenda.

97 Destaque-se que a versão original do CPC/73 não continha o Livro referente aos “Procedimentos Especiais”. A inserção deste, a toda evidência, atendeu a lobby dos setores dominantes à época, quais sejam, (a) os donos da terra e (b) os mercadores.

98 O legislador pátrio, consoante denuncia parcela doutrinária, acabou por consolidar “a impermeabilização do direito processual buzaídiano”. Pautado numa das *purezas* sustentadas pela influente escola clássica, o direito processual pátrio afastou-se da realidade sócio-cultural em que estava situado, fechando-se num *casulo* donde importara tão somente os dogmas processuais da época. A realidade social tomada por base para a elaboração do CPC/73, bem compreendida a expressão, guardou estrita relação com o ideal de *liberdade* sustentado pela festejada Revolução Francesa, período em que importara, acima de tudo, assegurar proteção aos indivíduos contra arbitrariedades do Estado, inimigo número um da sociedade.

99 A respeito do aludido ano há uma curiosidade que nos parece oportuno destacar. Trata-se de data em que se consolida no Brasil o conhecido Golpe Militar de 64. “O golpe militar ocorrido em 1964 estabeleceu no Brasil uma ditadura militar que permaneceu até 1985. Ao longo dos anos o regime militar foi endurecendo o governo e tornando legalizadas práticas de censura e tortura, por exemplo. Os militares combateram sem piedade qualquer ameaça comunista ou manifestantes contra o governo, marcando a história do Brasil por um período negro de atos autoritários ao extremo. A decisão de se dar um golpe político por parte dos militares não foi algo repentino, aconteceu como consequência de uma série de fatos políticos acumulados no período republicano após Getúlio Vargas. Quando este presidente resolveu colocar um fim a sua própria vida a situação política nacional já estava abalada, a vacância do cargo máximo na política brasileira permitiu uma preocupante conjuntura de sucessão presidencial. Juscelino Kubitschek foi eleito em pleito eleitoral direto para o governo seguinte, o então presidente desenvolveu um governo que lhe foi possível conquistar o apoio popular, mas por vários momentos os militares esboçaram um golpe de Estado. O sucessor na presidência foi Jânio Quadros, o qual foi eleito com enorme apoio popular, conquistando uma aprovação nas urnas que até então não havia sido vista. A vitória imperativa fez com que Jânio Quadros acreditasse em um autogolpe de Estado. Crendo que o povo o apoiaria sempre, arquitetou um plano de renúncia para voltar ao poder através de um pedido amplo de retorno que só aceitaria se lhe fosse dado poderes absolutos. O plano de renúncia de Jânio Quadros não funcionou e o cargo de presidente acabou ficando disponível para o seu vice, João Goulart. **João Goulart** era um jovem político que havia aparecido na cena política nacional como Ministro do Trabalho do segundo governo de Getúlio Vargas. *Jango*, como era chamado, tinha claras aproximações com ideologias e políticas de esquerda, o que o fazia ser considerado como uma ameaça. Para piorar, quando Jango recebeu a notícia da renúncia de Jânio Quadros estava em viagem política na China comunista. Os políticos de direita tentaram de várias formas impedir a posse do vice-presidente, mas Brizola, primo de Jango e governador do Rio Grande do Sul, sustentou o retorno e a posse legítima de João Goulart. O presidente empossado tentou aplicar uma política de esquerda, foi muito combatido pelos direitistas e criticado como uma ameaça comunista. O estopim necessário para explodir um golpe militar se deu quando Leonel Brizola e João Goulart fizeram um discurso na Central do Brasil, Rio de Janeiro, no dia 13 de março, declarando as reformas de base, lideradas pela reforma agrária. Nos dias seguintes os oposicionistas se organizaram e promoveram seis dias depois a *Marcha da Família com Deus pela Liberdade*, o movimento de base religiosa tinha como objetivo envolver o povo no combate ao maléfico comunismo. Assim, a religião, o povo e o interesse norte-americano formavam a sustentação que permitiria o golpe militar. O golpe começou a tomar forma prática quando no dia 28 de março de 1964 se reuniram em Juiz de Fora, Minas Gerais, os generais **Olimpio Mourão Filho** e **Odílio Denys** juntamente com o governador do estado, **Magalhães Pinto**. A reunião visava estabelecer uma data para início da mobilização militar para tomada do poder, a qual ficou decidida como 4 de abril de 1964. Mas Olímpio Mourão Filho não esperaria até abril para iniciar o golpe, ainda no dia 31 de março tomou uma atitude impulsiva partindo com suas tropas de Juiz de Fora para o Rio de Janeiro por volta das três horas da manhã. O general **Castello Branco** ainda tentou segurar o levante ligando para Magalhães Pinto, segundo o militar o movimento ainda era prematuro, entretanto não dava mais para parar. Como legalista, ao lado de João Goulart, o general **Armando de Moraes Âncora** não estava satisfeito, mas quando recebeu a ordem do presidente para prender Castello Branco não a cumpriu. O general Âncora alegou que não queria iniciar uma guerra civil no país e então quando as tropas do governo se encontraram com as dos golpistas se uniram e continuaram a caminhada rumo ao Rio de Janeiro para efetivar o golpe que ocorreu no dia 31 de março de 1964 por volta das dezessete horas. João Goulart, ao se deparar com as tropas, também evitou uma guerra civil abandonando a presidência e se refugiando no Uruguai. O Congresso Brasileiro providenciou então as medidas que tornaria legalizado o golpe, o senador **Auro Soares de Moura Andrade** declarou o cargo de presidente vago alegando que o presidente havia abandonado o Brasil. As eleições presidenciais foram prometidas para 1965, porém não realizadas, os militares passaram a eleger os presidentes indiretamente durante a ditadura que se tornaria mais severa a cada ano. O povo se mostrou confuso com o que estava acontecendo, mas o aparente crescimento econômico fez com que a população se acomodasse. Mais a frente a censura fez com que se calasse. “O golpe impediria tentativas de implantação de uma polí-

tor” da ciência processual ao Brasil, havia, já no ano de 1949, “em ‘*prolusione*’ (aula inaugural) na Universidade de Turim”, anunciado os fundamentos inerentes a sua teoria da ação, incorporada pelo CPC/73.¹⁰⁰

1.3. O rompimento com o paradigma processual meramente individualista e o surgimento, paralelamente ao CPC/73, do complexo sistema processual coletivo brasileiro.¹⁰¹

O direito brasileiro, ressalte-se, não guardou qualquer compromisso inaugural em estatuir proteção, seja ela material ou processual, aos ditos direitos coletivos, realidade sequer constatável ao tempo da conformação dos diplomas legislativos que influenciaram o arquetipamento de nosso ordenamento jurídico.¹⁰²

A temática *processual coletiva*, que também passa a conviver entre nós por influência, também, da doutrina italiana,^{103 104} tem seu *start*, certamente, a partir do contato de juristas nacionais com a doutrina professada por Mauro Cappelletti, no início da década de setenta. As lições do mestre italiano, à evidência, podem ser responsabilizadas pela instauração do movimento doutrinário brasileiro que logrou pensar o processo civil em perspectiva distinta da clássica visão codicista.^{105 106} Barbosa Moreira foi o primeiro doutrinador brasileiro a tratar o tema sob o enfoque inaugurado pelos escritos de Cappelletti, brin-

tica comunista no Brasil, com os anos viriam os Atos Institucionais e o regime que tomara o poder através de um golpe se estabeleceria sobre bases legais, porém autoritárias.” GASPARETO JR., Antonio. *O golpe militar de 1964*. Disponível em: <http://www.historiabrasileira.com/brasil-republica/o-golpe-militar-de-1964/>

100 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 178.

101 Acerca do tema, com maior profundidade, vide: TORRES, Artur. *A tutela coletiva dos direitos individuais*. Porto Alegre: Arana, 2013.

102 A respeito da teoria das lacunas, inclusive das denominadas lacunas “subsequentes” apontadas por Karl Larenz (superação dos textos legais pela passagem do tempo), vide excelente resumo em: CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 52-96.

103 A respeito da evolução e da realidade das ações coletivas no direito italiano, vide, com grande proveito: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. p. 98-120.

104 A respeito da distinção entre os conceitos de “processo civil” e “direito processual civil”, importante a lição de Leo Rosemberg. “Segundo isto, pode definir o processo civil como o procedimento juridicamente regulado para a proteção do ordenamento jurídico mediante declaração, realização e segurança (principalmente) dos direitos e relações jurídicas de direito civil. E direito processual civil é todo o direito objetivo regulador deste procedimento, isto é, o conjunto das normas que têm por objeto as instituições estatais de jurisdição civil, os pressupostos e as formas do procedimento que se realiza ante as mesmas e os pressupostos, formas e efeitos dos atos da jurisdição.” ROSEMBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*. Campinas: Impactus, 2005. p. 13.

105 Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, evidencia a qualidade e extensão a obra de Vincenzo Vigoritti (1979), referindo que, “pode ser considerado como a monografia mais ampla e densa sobre o tema (...) até então editada, não apenas na Itália, mas, também, em termos mundiais.” MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. p. 106.

106 “Porém, a constatação de que o processo não atendia às necessidades sociais fez surgir, transcorrido bem mais de meio século do início da formação da escola sistemática, nova perspectiva de análise, que pode ser designada de ‘acesso à justiça’: o processo, a partir daí, passou a compreendido em sua dimensão política, social e econômica.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória - individual e coletiva*. p. 440.

dando-nos, já no início dos anos oitenta, com célebre ensaio acerca da *Ação Popular* brasileira.^{107 108 109 110}

Um destaque, porém, faz-se prudente: nada obstante a temática tenha sido abordada sob tal enfoque (teórico) apenas a partir da segunda metade do século XX, ainda que de forma inconsciente, o ordenamento pátrio já havia dado seus primeiros passos no espectro do processo coletivo em período pretérito.

O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil, passa, numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos e individuais alheios. Nesse sentido, como lembra Pedro da Silva Dinamarco, foi editada, em 1950, a Lei 1.134, estatuinto que ‘as associações de classes existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e da justiça ordinária’. Da mesma forma, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 4.215, de 1963, estabelecia, no art. 1º, parágrafo único, que ‘cabe à Ordem representar, em juízo ou fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com exercício da profissão. Por outro lado, a Constituição da República de 1934 dispôs, no art. 113, que ‘qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios’. Era a chamada ‘ação popular’, que, em seguida seria suprimida pela Carta de 1937, mas reintroduzida em 1946, para se manter, a partir de então, em todas as Constituições, até os dias de hoje.^{111 112}

107 “A verve do legendário Mestre, José Carlos Barbosa Moreira, foi marcante para o desenvolvimento da consciência e da problemática relacionada com a questão dos interesses coletivos, difusos e individuais.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. p. 192.

108 Sobre a temática, é célebre o texto: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamado “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual civil: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 110-126.

109 A ação popular foi por aqui prevista já na Constituição Federal de 1934, art. 123, 38, tendo saído de cena com a entrada em vigor da Constituição de 1937, sendo re-introduzida em 1946, mantendo-se vigente até os dias atuais. Ainda assim, restou regulamentada tão somente em 1965, pela Lei 4.717.

110 “(...) Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., dentre outros, destacaram-se no empreendimento de desbravar os novos conceitos e pavimentar os caminhos florescentes e espinhosos da tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. p. 193.

111 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. p. 192.

112 No tangente ao grifo, vale conferir a narrativa mais detalhada de Ariane Fernandes de Oliveira, identificando os diplomas ditos esparsos, nos seguintes termos: “ressalta-se ainda a introdução de duas ações de natureza popular no âmbito da legislação infraconstitucional: uma relacionada à aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e perda de direitos políticos, Lei 818/1949 e outra relativa à impugnação do enriquecimento ilícito, Lei 3.052/58.” OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. *Execução nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 33.

Nada obstante determinado setor da doutrina eleja, sem prejuízo do reconhecimento de um ou outro diploma legislativo *civil* antecedente, a regulamentação da Ação Popular (Lei 4.717/65) como marco da gênese do processo coletivo no Brasil,¹¹³ análise mais acurada do fenômeno histórico se presta a desfazer o equívoco.¹¹⁴

O Decreto 979, subscrito por Francisco de Paula Rodrigues Alves e Lauro Severiano Muller em 06 de janeiro de 1903, tivera por escopo facultar aos profissionais da agricultura e das indústrias rurais a organização de sindicatos para a defesa de seus interesses, fato revelador de que o cerne do processo coletivo encontrava-se admitido pelo ordenamento pátrio pelo menos desde o início do século XX.¹¹⁵ ¹¹⁶ Registre-se, ainda, que, a despeito da variada gama de dispositivos legais responsáveis pelo delineamento da Justiça Laboral porvir, no concernente, um deles merece destaque especial.

Após a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto 19.443/1930) e a instituição do Departamento Nacional do Trabalho (Decreto 19.671-A), viera à baila o Decreto 19.770/1931, que regulara “a sindicalização das classes patronaes e operarias”, instituindo a “estrutura sindical oficial” brasileira.¹¹⁷

Terão os seus direitos e deveres regulados pelo presente decreto, podendo defender, perante o Governo da Republica e por intermedio do Ministerio do Trabalho, Industria e Commercio, os seus interesses de ordem economica, juridica, higienica e cultural, todas as classes patronaes e operarias, que, no território nacional, exercerem profissões identicas, similares ou connexas, e que se organisarem em sindicatos, independentes entre si, mas subordinada a sua constituição ás seguintes condições: (...).¹¹⁸

O texto legal, com clareza ímpar, evidencia a possibilidade de os sindicatos postularem a proteção de interesses pertencentes à categoria representada junto aos órgãos competentes à época, novamente se fazendo presente o cerne do processo coletivo.

Bem compreendida a história do direito e da Justiça do Trabalho no Brasil, é possível vislumbrar que a noção de tutela coletiva há muito encontra guarida no ramo especializa-

113 “Pode-se dizer que a ação popular foi o instrumento pioneiro na defesa dos interesses metaindividuais no ordenamento jurídico brasileiro.” ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 13.

114 Partindo deste marco histórico, vide, ainda: LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Ações Coletivas e Direitos Difusos*. Campinas: APTA, 2004. p. 20-44. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do Juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20-34; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

115 “Art. 1º. É facultado aos profissionais da agricultura e industrias ruraes de qualquer genero organizarem entre si syndicatos para o estudo, custeio e defesa dos seus interesses.”

116 O decreto 979-1903 estabelecia o cumprimento de algumas exigências para que os órgãos representativos obtivessem “os favores da lei”, dentre elas, o depósito “no cartorio do Registro de hipotecas do districto respectivo, com a assinatura e responsabilidade dos administradores, dous exemplares dos estatutos, da acta, da installação e da lista dos socios, devendo o escripto do Registroenviar duplicatas à Associação Commercial do Estado em que se organisarem os syndicatos.” (art. 2º).

117 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 110-111.

118 O decreto encontra-se publicado na íntegra em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03-decreto-Antigos-D19770.htm, consultado em 08.10.2009.

do.¹¹⁹ A dolorosa, porém verdadeira afirmativa, revela que o primeiro fragmento de processo coletivo no Brasil, gostemos ou não, é fruto da seara laboral.^{120 121}

Em que pese à lição exposta não se deve, pois, minimizar a forte influência da doutrina das *ondas renovatórias* apontadas por Cappelletti para o desenvolvimento do direito processual coletivo no Brasil. A tese, à evidência, consolidou-se como o ponto de partida *moderno* para a reflexão do tema no espectro processual civil, devendo ser responsabilizada, como dito, pela trajetória percorrida do *individualismo* ao *coletivismo* no processo civil brasileiro.^{122 123 124 125}

Visando a reaproximar processo, cultura e realidade social, Mauro Cappelletti, em recomendado relatório realizado em parceria com Bryan Garth, identificara, em última análise, a necessidade de se enfrentar três problemas que marcadamente perturbavam o processo civil da época (*para três problemas, três ondas renovatórias*): (a) seu elevado custo econômico; (b) sua extrema vinculação, não mais sustentável, à cultura processualística e, por fim, (c) a falta de instrumentos direcionados à tutelar os “novos direitos”. Em relação ao derradeiro gargalo, sublinhe-se, a preocupação de Cappelletti dizia tanto com os

119 O leitor mais atento poderia, ainda, suscitar o seguinte questionamento: considerada a Justiça do Trabalho como órgão integrante do Poder Executivo, poder-se-ia asseverar que ao tempo da vigência do Decreto-Lei 1.237 inexistiam no Brasil demandas coletivas judiciais?

120 A respeito da história da Justiça e do direito trabalhista no Brasil, vide: GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O Fim do Poder Normativo. In: *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. (Coord.) COUTINHO, Grijalbo Fernandes. FAVA, Marcos Neves. p. 385 e ss; DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005; GIGLIO, Wagner D. CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

121 Em que pese à afirmativa da doutrina juslaboral que revela o estrito vínculo existente entre o direito trabalhista pátrio e a Carta Del Lavoro italiana de 1927, entendemos que, pelo fato de o Decreto 979-1903 expressamente trazer à baila a noção de sindicalismo (ou melhor de representação coletiva), sem prejuízo do argumento de que o diploma brasileiro antecede a Carta Italiana em 20 anos e, ainda, sem negar a influência do sistema projetado por Mussolini sob a própria CLT, nos parece mais adequado tomar por marco histórico (de aparecimento de um primeiro fragmento do **Processo Coletivo** entre nós) a previsão contida no Decreto em epígrafe.

122 Reitere-se, por oportuno, que o Código de Processo Civil publicado em 1973, ignorou o trato do **Processo Coletivo** por completo.

123 A bem da verdade, o objetivo da doutrina referida não era outro senão o de aproximar o processo da realidade social. Após constatar que o processo pensado a luz da escola chiovendiana distanciava-se, ainda que inconscientemente, em muito da realidade social, Cappelletti sugere uma mudança de pensamento, ou melhor, uma reforma cultural em que o acesso à justiça ocupe o núcleo do pensamento processual. As relações sociais deveriam tornar a influenciar na construção do processo. O processo deve atender às necessidades sociais, dentre as quais já se apresentava, à época, a imprescindibilidade de um tratamento diferenciado para as lides de caráter coletivo. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. (trad.) Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabbrri, 1988.

124 A novidade do tema, pelo menos entre nós, e a dificuldade de libertação das amarras científicas que inspiraram a produção do Código Buzaid recheiam o cenário doutrinário de questões pertinentes ao processo a ser aplicado na esfera coletiva *lato sensu*.

125 Pelo menos uma curiosidade deve ser trazida à baila. Ainda que a doutrina italiana encabeçada por Cappelletti e Denti tenha sido o marco teórico do pensamento brasileiro no que concerne a necessidade da prestação jurisdicional não individual, na própria Itália a concepção doutrinária não vingou. “A adesão de doutrinadores, nos anos 70 e 80, produziu, entretanto reflexos de monta junto à jurisdição. A decisão tomada pelo Conselho de Estado, em 1973, admitindo a legitimidade da associação Itália Nostra, influenciou apenas alguns tribunais administrativos, mas, em geral, permaneceu substancialmente isolada, durante muitos anos. Além disso, o acórdão foi anulado pela Corte de Cassação, em maio de 1978.” O Brasil veio a ter legislação pertinente ao trato do **Processo Coletivo**, quase uma década antes do sistema italiano. Neste sentido, vide: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. p. 109.

direitos *essencialmente* coletivos, como com os *acidentalmente* coletivos. Segundo ele, o processo civil elaborado à luz do intento alemão da ciência processual, notadamente projetado à composição de litígios individuais, não se prestara a atender às inovadoras exigências mundanas.¹²⁶

Ciente da derradeira carência, o legislador brasileiro deu sua resposta: passou a se valer de legislação esparsa para supri-la.^{127 128} Sem prejuízo da regulamentação da Ação Popular, prevista constitucionalmente desde 1934, boa resposta foi dada com a entrada em vigor da Lei 7.347/85, responsável pela instituição da ação civil pública entre nós.¹²⁹ A evolução do quadro, a partir daí, fora galopante.

A Constituição Federal de 1988 alçara, algum tempo depois, a Ação Civil Pública ao espectro constitucional, tendo inovado, ainda, com a criação do Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, inciso LXX).^{130 131} A necessidade da conformação de uma prestação jurisdicional coletiva tornou-se, em breve espaço de tempo, indubitosa em entre nós.

Dois anos depois, ganhou forma a Lei 8.078/90, que, publicada sob a graça de Código de Proteção e Defesa do Consumidor, instituiu regramento processual a ser aplicado na prestação da tutela jurisdicional consumerista coletiva. O diploma, em seguida, passou a ocupar posição nuclear para o trato do processo coletivo no Brasil.¹³²

Analisado o contexto histórico *civilista* com mais vagar, percebe-se que outros dispositivos legais contribuíram, também, para o desenvolvimento e evolução do tema. Des-

126 A respeito da genialidade de Mauro Cappelletti, vide: PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROS, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil – O Conteúdo Processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40-49.

127 “É cada vez mais concreto o entendimento doutrinário no sentido de que o direito processual tradicional não se mostra mais suficiente à pacificação das novas formas de interesse.” CALDEIRA, Adriano. *Aspectos processuais das demandas coletivas*. São Paulo: Rideel, 2006. p. 17.

128 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. p. 76-78.

129 “(...) surgiu, então, um anteprojeto de lei - elaborado por um grupo de professores de São Paulo, sob a liderança (...) Ada Pellegrini Grinover. Integravam, também, a comissão os eminentes juristas Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., que redigiram o anteprojeto a convite do Des. José Alberto Weiss de Andrade, formulado após o encerramento de um seminário sobre o tema, ocorrido em fins de 1982. O anteprojeto foi aprovado pela Associação Paulista de Magistrados já no primeiro semestre de 1983 e apresentado ao público pela primeira vez em julho daquele ano, durante o I Congresso Nacional de Direito Processual, ocasião em que José Carlos Barbosa Moreira apresentou as primeiras sugestões de aprimoramento. Até então não havia sido utilizado o ‘nome’ ação civil pública. Oferecido ao Deputado Flávio Bierrenbach, em novembro de 1983, foi encampado e apresentado à Câmara dos Deputados, no ano de 1984, como o projeto de Lei 3.034. Em dezembro de 1983, realizava-se, no entanto, em São Lourenço, Minas Gerais, o XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo do Ministério Público de São Paulo, ocasião em que foi debatido o anteprojeto da comissão coordenadora pela professora Ada Pellegrini Grinover, bem como sustentado e aprovado, como alternativa, o trabalho denominado ‘Ação Civil Pública’, de autoria dos então promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, contendo anteprojeto para a regulamentação do art. 3º, inciso III, da Lei Complementar 40-81. Assumida pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do Ministério Público, a proposta foi encaminhada ao Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel e, depois, apresentada ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República João Figueiredo, como projeto de lei que recebeu, na Câmara dos Deputados, o n. 4.984-85 e, no Senado, o n. 20-85, sendo aprovado e transformado, com alguns vetos, na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, sancionada pela presidente José Sarney.” MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. p. 192.

130 Vide artigos 129, III e 5º, LXXIII, da CF/88.

131 Hodiernamente, o Mandado de Segurança Coletivo é regido pela Lei 12.016-09, encontrando seu regramento, mais especificamente, a partir do artigo 21.

132 A respeito do “Diálogo das Fontes e Formas de Tutela Jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor”, vide: MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77-88.

tacam-se entre eles, além das Leis 4.717/65 (*Lei da Ação Popular*), 7.347/85 (*Lei da Ação Civil Pública*) e 8.078/90 (*Código de Proteção e Defesa do Consumidor*), as Leis 6.938/81 (*Lei de Defesa do Meio Ambiente*), 7.853/89 (*Lei de Defesa dos Interesses das Pessoas Portadoras de Deficiência*), 7.913/89 (*Lei de Defesa dos Investidores do Mercado Financeiro*), 8.069/90 (*Estatuto da Criança e do Adolescente*), 8.429/92 (*Lei da Improbidade Administrativa*), 8.884/94 (*lei que transforma o CADE em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão à ordem econômica*) e 10.741/03 (*Estatuto do Idoso*), sem prejuízo da Lei 8.625/03 (*Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*),¹³³ e mais recentemente a nova Lei do Mandado de Segurança.

A inexistência de um diploma normativo que concentre o trato do processo coletivo tem, no entanto, inquietado os doutos. Diz-se, atualmente, que o Brasil possui um *complexo sistema processual coletivo*, estruturado, no mínimo, a partir do somatório dos três diplomas, a saber: (a) Lei 7.347/85, (b) 8.078/90, e (c) 12.016/09, sendo função da doutrina e da jurisprudência alinhá-lo aos declarados interesses do Estado Constitucional de Direito.

Cumpra sublinhar, por fim, que o NCPC, ainda que timidamente, labora com institutos pertencentes ao campo da tutela coletiva, tendo figurado o tema, inclusive, como ponto de discórdia entre os envolvidos no processo legislativo.

1.4. Os desafios de um novo Código.

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), denominado, doravante, NCPC, revogou, à integralidade, dentre outros, o conteúdo da Lei 5.869/73, diploma legislativo que serviu de base ao processo civil brasileiro por mais de quarenta anos.¹³⁴

O *Código Buzaid* (hoje revogado), sem prejuízo da lição supra, faça-se justiça, revolucionou o trato do tema processual no Brasil, revelando-se fiel, pois, a doutrina europeia responsável por atribuir caráter científico ao fenômeno. Rompeu-se, ao tempo de sua entrada em vigor, com toda uma tradição jurídico-lusitana, herança de nossa colonização. A exposição de motivos do diploma em epígrafe, bem compreendida, desnudou a devoção de Alfredo Buzaid (mentor do CPC/73) às lições oriundas da denominada *Escola Processual Clássica Italiana*, a qual pertenceu Enrico Tullio Liebman (o “Mestre”), a quem Buzaid, inclusive, dedicou o próprio Código.¹³⁵

O tempo passou, e o processo civil, enquanto fenômeno cultural que é, reclamou atualização. Já no início dos anos noventa do século passado, identificados pontuais interesses de uma sociedade que se reinventava (*jurídica, política, econômica, social, religiosamente* e etc.), prosperou o retalhamento do sistema *buzaidiano*.

Nessa quadra, a permanente necessidade de atualizar-se o sistema processual pátrio (pensado, sublinhe-se, para atender contexto social diverso do atual), visando a torná-lo

133 OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do Juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20-29.

134 Vide, no concernente as revogações, o conteúdo do *Livro Complementar das disposições finais e transitórias*.

135 BUZOID, Alfredo. *Grandes Processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982. *passim*.

minimamente eficaz face ao cenário social que se punha já no entardecer do século XX, início do XXI, o CPC/73, diante de um sem número de alterações legislativas (mais de sessenta), acabou por transformar-se, com destaque para os derradeiros anos de sua vigência, numa verdadeira *colcha de retalhos*.

O CPC atual passou por muitas revisões (mais de sessenta leis o modificaram), tão substanciais algumas delas que terminaram por acarretar grande perda sistemática, o principal atributo que um código deve ter. Nas quatro décadas de vigência do CPC atual, o país e o mundo passaram por inúmeras transformações. Muitos paradigmas inspiradores desse diploma legal foram revistos ou superados em razão de mudanças nos planos normativo, científico, tecnológico e social. Entre 1973 e 2013, houve edição da Lei do divórcio (1977), de uma nova Constituição Federal (1988), o Código de Defesa do Consumidor (1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), as Leis Orgânicas do Ministério Público e da Defensoria Pública (1993 e 1994), um novo Código Civil (2002), e o Estatuto do Idoso (2003), exemplos de diplomas normativos que alteraram substancialmente o arcabouço jurídico brasileiro no período. Pelo fato de muitas das normas e a própria sistematização do CPC de 1973 não se afinar mais à realidade jurídica tão diferente dos dias atuais, afigura-se necessária a construção de um Código de Processo Civil adequado a esse novo panorama.

Sugeriu-se, face às razões acima expostas, a confecção de um *novo texto base* para o processo civil brasileiro. Diz-se, propositalmente, *novo texto* porque, a rigor, o novel diploma legislativo não retrata o integral rompimento técnico-processual com as sistematizações pretéritas. Muito do que se viveu por força do CPC/73, ainda que com nomenclatura atualizada, encontra assento no texto atual. Grosso modo, boa parte dos institutos previstos pelo Código Buzaid mantiveram-se intocados; uma minoria, de outra sorte, foram lapidados. Novidades? Algumas, porém, não a ponto, considerados os acontecimentos jurisprudenciais e a postura doutrinária mais recente, de se legitimar a afirmativa de que um “*novo processo civil*” nasce entre nós.

Acerca da (in)dispensabilidade de sua edificação, o debate revela-se, pois, gigantesco. Há quem, de um lado, afirme, em especial nos bancos acadêmicos, e *com um olhar extremamente crítico*, que o NCPC limitou-se, timidamente, a atualizar antigos institutos, situação que não legitima a criação de um novo código. De outro, há entusiastas em relação ao seu nascimento, em especial por crerem que a simplificação do fenômeno processual (característica inerente ao novo texto) representa o melhor caminho a ser seguido.

Segundo o prólogo do outrora *Projeto* (hoje lei), revelava-se indispensável, o quanto antes, adequar o processo civil pátrio à realidade social contemporânea.

a) o novo CPC deve conferir ao Ministério Público tratamento adequado ao seu atual perfil constitucional, muito distinto daquele que vigia em 1973. É preciso rever a necessidade de sua intervenção em qualquer ação de estado, exigência de um tempo em que se proibia o divórcio;

b) o CPC de 1973 não contém ainda disposições sobre a Defensoria Pública, o que deve ser considerado omissão inaceitável, notadamente tendo em vista o papel institucional por ela alcançado com a Constituição Federal de 1988;

c) no Brasil praticamente não existia a arbitragem em 1973. Atualmente, o Brasil é o quarto país do mundo em número de arbitragens realizadas na Câmara de Comércio Internacional. O CPC de 1973 pressupôs a realidade da arbitragem daquela época. É preciso construir um código afinado à nova realidade, para se prever, por exemplo, o procedimento da carta arbitral e instituir a possibilidade de alegação autônoma de convenção de arbitragem;

d) de haver previsão legal de um modelo adequado para disciplina processual da desconsideração da personalidade jurídica, instituto consagrado no CDC e no Código Civil e amplamente utilizado na prática forense, que também não foi objeto de previsão, ainda, no CPC atual;

e) as sensíveis transformações da ciência jurídica nos últimos anos, com o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e do papel criativo e também normativo da função jurisdicional, que se confirma pelas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores, exigem nova reflexão sobre o CPC atual;

f) afigura-se necessário criar uma disciplina jurídica minuciosa para a interpretação, aplicação e estabilização dos precedentes judiciais, estabelecendo regras que auxiliem na identificação, na interpretação e na superação de um precedente;

g) o processo em autos eletrônicos é uma realidade inevitável, podendo-se afirmar que o Brasil é dos países mais avançados do mundo nesse tipo de tecnologia e que, em poucos anos, a documentação de toda tramitação processual no Brasil será eletrônica, devendo o CPC bem disciplinar essa realidade;

h) no plano social, as mudanças importantes que refletiram no acesso à justiça e na concessão da sua gratuidade, no progresso econômico, na incorporação ao mercado de grande massa de consumidores e na necessidade de resolução de demandas com multiplicidade de partes repercutam diretamente no exercício da função jurisdicional e ocasionaram aumento exponencial do número de processos em tramitação, realidade cujos problemas o CPC atual, ainda, não resolve completamente.

O NCPC, bem compreendido, acena tentativa de reestruturação que, para além do acima exposto, visa a, de um lado, desburocratizar o trâmite das ações judiciais, dando ao fenômeno processual maior eficiência (prática); de outro, afeiçoá-lo aos ditames constitucionais. Desponta límpido, ainda, a tentativa legislativa de unificar a aplicação do direito, evitando-se, em última análise, o trato assimétrico dos jurisdicionados.

Seja como for, sendo essa a disciplina “do foro”, é nele (no foro), e somente nele, que a matéria legislada (o texto) ganhará vida (nascendo a norma prática). É nele, mediante atuação concreta (da magistratura e dos advogados – públicos ou privados), auxiliados pela doutrina que o *sistema processual pátrio* adquirirá sua verdadeira forma.

1.5. Da estrutura da Lei 13.105/2015: o novo CPC.

O NCPC conta com a estrutura, a saber:

PARTE GERAL

LIVRO I – DAS NORMAS PROCESSUAIS CIVIS.

TÍTULO ÚNICO – DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS.

CAPÍTULO I – DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL.

CAPÍTULO II – DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS.

LIVRO II – DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.

TÍTULO I – DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO.

TÍTULO II – DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL E DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL.

CAPÍTULO I – DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL.

CAPÍTULO II – DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

SEÇÃO I – DISPOSIÇÕES GERAIS.

SEÇÃO II – DO AUXÍLIO DIRETO.

SEÇÃO III – DA CARTA ROGATÓRIA.

SEÇÃO IV – DISPOSIÇÕES COMUNS ÀS SEÇÕES ANTERIORES.

TÍTULO III – COMPETÊNCIA INTERNA

CAPÍTULO I – DA COMPETÊNCIA.

SEÇÃO I – DISPOSIÇÕES GERAIS.

SEÇÃO II – DA MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA.

SEÇÃO III – DA INCOMPETÊNCIA.

CAPÍTULO II – DA COOPERAÇÃO NACIONAL.

LIVRO III – DOS SUJEITOS DO PROCESSO.

TÍTULO I – DAS PARTES E DOS PROCURADORES

CAPÍTULO I – DA CAPACIDADE PROCESSUAL.

CAPÍTULO II – DOS DEVERES DAS PARTES E DE SEUS PROCURADORES.

SEÇÃO I – DOS DEVERES.

SEÇÃO II – DA RESPONSABILIDADE DAS PARTES POR DANO PROCESSUAL.

SEÇÃO III – DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DAS MULTAS.

SEÇÃO IV – DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

CAPÍTULO III – DOS PROCURADORES.

CAPÍTULO IV – DA SUCESSÃO DAS PARTES E DOS PROCURADORES.

TÍTULO II – DO LITISCONSÓRCIO.

TÍTULO III – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.

CAPÍTULO I - DA ASSISTÊNCIA.

SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES COMUNS.

SEÇÃO II - DA ASSISTÊNCIA SIMPLES.

SEÇÃO III - DA ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL.

CAPÍTULO II - DA DENUNCIÇÃO DA LIDE.

CAPÍTULO III - DO CHAMAMENTO AO PROCESSO.

CAPÍTULO IV - DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

CAPÍTULO V - DO *AMICUS CURIAE*.

TÍTULO IV - DO JUIZ E DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA.

CAPÍTULO I - DOS PODERES, DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO JUIZ.

CAPÍTULO II - DOS IMPEDIMENTOS E DA SUSPEIÇÃO.

CAPÍTULO III - DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA.

SEÇÃO I - DO ESCRIVÃO, DO CHEFE DE SECRETARIA E DO OFICIAL DE JUSTIÇA.

SEÇÃO II - DO PERITO.

SEÇÃO III - DO DEPOSITÁRIO E DO ADMINISTRADOR.

SEÇÃO IV - DO INTÉRPRETE E DO TRADUTOR.

SEÇÃO V - DOS CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS.

TÍTULO V - DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

TÍTULO VI - DA ADVOCACIA PÚBLICA.

TÍTULO VII - DA DEFENSORIA PÚBLICA.

LIVRO IV - DOS ATOS PROCESSUAIS.

TÍTULO I - DA FORMA, DO TEMPO E DO LUGAR DOS ATOS PROCESSUAIS.

CAPÍTULO I - DA FORMA DOS ATOS PROCESSUAIS.

SEÇÃO I - DOS ATOS EM GERAL.

SEÇÃO II - DA PRÁTICA ELETRÔNICA DO ATOS PROCESSUAIS.

SEÇÃO III - DOS ATOS DAS PARTES.

SEÇÃO IV - DOS PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ.

SEÇÃO V - DOS ATOS DO ESCRIVÃO OU DO CHEFE DE SECRETARIA.

CAPÍTULO II - DO TEMPO E DO LUGAR DOS ATOS PROCESSUAIS

SEÇÃO I - DO TEMPO.

SEÇÃO II - DO LUGAR.

CAPÍTULO III - DOS PRAZOS.

SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

SEÇÃO II - DA VERIFICAÇÃO DOS PRAZOS E DAS PENALIDADES.

TÍTULO II - DA COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS.

CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

CAPÍTULO II - DA CITAÇÃO.

CAPÍTULO III - DAS CARTAS.

CAPÍTULO IV - DAS INTIMAÇÕES.

TÍTULO III - DAS NULIDADES.

TÍTULO IV - DA DISTRIBUIÇÃO E DO REGISTRO.

TÍTULO V - DO VALOR DA CAUSA.

LIVRO V - DA TUTELA PROVISÓRIA.

TÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

TÍTULO II - DA TUTELA DE URGÊNCIA

CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

CAPÍTULO II - DOS PROCEDIMENTOS DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.

CAPÍTULO III - DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.

TÍTULO III - DA TUTELA DA EVIDÊNCIA.

LIVRO VI - DA FORMAÇÃO, DA SUSPENSÃO E DA EXTINÇÃO DO PROCESSO.

TÍTULO I - DA FORMAÇÃO DO PROCESSO.

TÍTULO II - DA SUSPENSÃO DO PROCESSO.

TÍTULO III - DA EXTINÇÃO DO PROCESSO.

PARTE ESPECIAL

LIVRO I - DO PROCESSO DE CONHECIMENTO E DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

TÍTULO I - DO PROCEDIMENTO COMUM.

CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

CAPÍTULO II - DA PETIÇÃO INICIAL.

SEÇÃO I - DOS REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL.

SEÇÃO II - DO PEDIDO.

SEÇÃO III - DO INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL.

CAPÍTULO III - DA IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO.

CAPÍTULO IV - DA CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA.

CAPÍTULO V - DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO.

CAPÍTULO VI - DA CONTESTAÇÃO.

CAPÍTULO VII - DA RECONVENÇÃO.

CAPÍTULO VIII - DA REVELIA.

CAPÍTULO IX - DAS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E DO SANEAMENTO.

SEÇÃO I - DA NÃO INCIDÊNCIA DOS EFEITOS DA REVELIA.

SEÇÃO II - DO FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR.

SEÇÃO III - DAS ALEGAÇÕES DO RÉU.

CAPÍTULO X - DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO.

SEÇÃO I - DA EXTINÇÃO DO PROCESSO.

- SEÇÃO II - DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO.
 - SEÇÃO III - DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO.
 - SEÇÃO IV - DO SANEAMENTO E DA ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO.
 - CAPÍTULO XI - DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.
 - CAPÍTULO XII - DAS PROVAS.
 - SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.
 - SEÇÃO II - DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA.
 - SEÇÃO III - DA ATA NOTARIAL.
 - SEÇÃO IV - DO DEPOIMENTO PESSOAL.
 - SEÇÃO V - DA CONFISSÃO.
 - SEÇÃO VI - DA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA.
 - SEÇÃO VII - DA PROVA DOCUMENTAL
 - SUBSEÇÃO I - DA FORÇA PROBANTE DOS DOCUMENTOS.
 - SUBSEÇÃO II - DA ARGUIÇÃO DE FALSIDADE.
 - SUBSEÇÃO III - DA PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL.
 - SEÇÃO VIII - DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS.
 - SEÇÃO IX - DA PROVA TESTEMUNHAL.
 - SUBSEÇÃO I - DA ADMISSIBILIDADE E DO VALOR DA PROVA TESTEMUNHAL.
 - SUBSEÇÃO II - DA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL.
 - SEÇÃO X - DA PROVA PERICIAL.
 - SEÇÃO XI - DA INSPEÇÃO JUDICIAL.
 - CAPÍTULO XIII - DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA.
 - SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.
 - SEÇÃO II - DOS ELEMENTOS E DOS EFEITOS DA SENTENÇA.
 - SEÇÃO III - DA REMESSA NECESSÁRIA.
 - SEÇÃO IV - DO JULGAMENTO DAS AÇÕES RELATIVAS ÀS PRESTAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE ENTREGAR COISA.
 - SEÇÃO V - DA COISA JULGADA.
 - CAPÍTULO XIV - DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.
- TÍTULO II - DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA.
- CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.
 - CAPÍTULO II - DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA.
 - CAPÍTULO III - DO CUMPRIMENTO DEFINITIVO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA.
 - CAPÍTULO IV - DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS.
 - CAPÍTULO V - DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PÚBLICA.
 - CAPÍTULO VI - DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER OU DE ENTREGAR COISA.

SEÇÃO I - DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER.

SEÇÃO II - DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA.

TÍTULO III - DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS.

CAPÍTULO I - DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.

CAPÍTULO II - DA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS.

CAPÍTULO II - DAS AÇÃO POSSESSÓRIAS.

SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

SEÇÃO II - DA MANUTENÇÃO E DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

SEÇÃO III - DO INTERDITO PROIBITÓRIO.

CAPÍTULO IV - DA AÇÃO DE DIVISÃO E DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS PARTICULARES.

SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

SEÇÃO II - DA DEMARCAÇÃO.

SEÇÃO III - DA DIVISÃO.

CAPÍTULO V - DA AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE.

CAPÍTULO VI - DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA.

SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

SEÇÃO II - DA LEGITIMIDADE PARA REQUERER O INVENTÁRIO.

SEÇÃO III - DO INVENTARIANTE E DAS PRIMEIRAS DECLARAÇÕES.

SEÇÃO IV - DAS CITAÇÕES E DAS IMPUGNAÇÕES.

SEÇÃO V - DA AVALIAÇÃO E DO CÁLCULO DO IMPOSTO.

SEÇÃO VI - DAS COLAÇÕES.

SEÇÃO VII - DO PAGAMENTO DAS DÍVIDAS.

SEÇÃO VIII - DA PARTILHA.

SEÇÃO IX - DO ARROLAMENTO.

SEÇÃO X - DISPOSIÇÕES COMUNS A TODAS AS SEÇÕES.

CAPÍTULO VII - DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.

CAPÍTULO VIII - DA OPOSIÇÃO.

CAPÍTULO IX - DA HABILITAÇÃO.

CAPÍTULO X - DAS AÇÕES DE FAMÍLIA.

CAPÍTULO XI - DA AÇÃO MONITÓRIA.

CAPÍTULO XII - DA HOMOLOGAÇÃO DO PENHOR LEGAL.

CAPÍTULO XIII - DA REGULAÇÃO DE AVARIA GROSSA.

CAPÍTULO XIV - DA RESTAURAÇÃO DE AUTOS.

CAPÍTULO XV - DOS PROCEDIMENTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.

SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES COMUNS.

SEÇÃO II - DA NOTIFICAÇÃO E DA INTERPELAÇÃO.

SEÇÃO III - DA ALIENAÇÃO JUDICIAL.

SEÇÃO IV – DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO CONSENSUAIS, DA EXTINÇÃO CONSENSUAL DE UNIÃO ESTÁVEL E DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO MATRIMÔNIO.

SEÇÃO V – DOS TESTAMENTOS E DOS CODICILOS.

SEÇÃO VI – DA HERANÇA JACENTE.

SEÇÃO VII – DOS BENS DOS AUSENTES.

SEÇÃO VIII – DAS COISAS VAGAS.

SEÇÃO IX – DA INTERDIÇÃO.

SEÇÃO X – DISPOSIÇÕES COMUNS À TUTELA E À CURATELA.

SEÇÃO XI – DA ORGANIZAÇÃO E DA FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES.

SEÇÃO XII – DA RATIFICAÇÃO DOS PROTESTOS MARÍTIMOS E DOS PROCESSOS TESTEMUNHÁVEIS FORMADOS A BORDO.

LIVRO II – DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

TÍTULO I – DA EXECUÇÃO EM GERAL.

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS.

CAPÍTULO II – DAS PARTES.

CAPÍTULO III – DA COMPETÊNCIA.

CAPÍTULO IV – DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA REALIZAR QUALQUER EXECUÇÃO.

SEÇÃO I – DO TÍTULO EXECUTIVO.

SEÇÃO II – DA EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO.

CAPÍTULO V – DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.

TÍTULO II – DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO.

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS.

CAPÍTULO II – DA EXECUÇÃO PARA A ENTREGA DE COISA.

SEÇÃO I – DA ENTREGA DE COISA CERTA.

SEÇÃO II – DA ENTREGA DE COISA INCERTA.

CAPÍTULO III – DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU DE NÃO FAZER.

SEÇÃO I – DISPOSIÇÕES COMUNS.

SEÇÃO II – DA OBRIGAÇÃO DE FAZER.

SEÇÃO III – DA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER.

CAPÍTULO IV – DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA.

SEÇÃO I – DISPOSIÇÕES GERAIS.

SEÇÃO II – DA CITAÇÃO DO DEVEDOR E DO ARRESTO.

SEÇÃO III – DA PENHORA, DO DEPÓSITO E DA AVALIAÇÃO.

SUBSEÇÃO I – DO OBJETO DA PENHORA.

SUBSEÇÃO II – DA DOCUMENTAÇÃO DA PENHORA, DO SEU REGISTRO E DO DEPÓSITO.

SUBSEÇÃO III – DO LUGAR DE REALIZAÇÃO DA PENHORA.

SUBSEÇÃO IV – DAS MODIFICAÇÕES DA PENHORA.

SUBSEÇÃO V – DA PENHORA DE DINHEIRO EM DEPÓSITO OU EM APLICAÇÃO FINANCEIRA.

SUBSEÇÃO VI – DA PENHORA DE CRÉDITOS.

SUBSEÇÃO VII – DA PENHORA DAS QUOTAS OU DAS AÇÕES DE SOCIEDADES PERSONIFICADAS.

SUBSEÇÃO VIII – DA PENHORA DE EMPRESA, DE OUTROS ESTABELECIMENTOS E DE SEMOVENTES.

SUBSEÇÃO IX – DA PENHORA DE PERCENTUAL DE FATURAMENTO DE EMPRESA.

SUBSEÇÃO X – DA PENHORA DOS FRUTOS E RENDIMENTOS DE COISA MÓVEL OU IMÓVEL.

SUBSEÇÃO XI – DA AVALIAÇÃO.

SEÇÃO IV – DA EXPROPRIAÇÃO DE BENS.

SUBSEÇÃO I – DA ADJUDICAÇÃO.

SUBSEÇÃO II – DA ALIENAÇÃO.

SEÇÃO V – DA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO.

CAPÍTULO V – DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

CAPÍTULO VI – DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.

TÍTULO III – DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO.

TÍTULO IV – DA SUSPENSÃO E DA EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

CAPÍTULO I – DA SUSPENSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

CAPÍTULO II – DA EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

LIVRO III – DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

TÍTULO I – DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS.

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS.

CAPÍTULO II – DA ORDEM DOS PROCESSOS NO TRIBUNAL.

CAPÍTULO III – DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA.

CAPÍTULO IV – DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

CAPÍTULO V – DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

CAPÍTULO VI – DA HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA E DA CONCESSÃO DO EXEQUATUR À CARTA ROGATÓRIA.

CAPÍTULO VII – DA AÇÃO RESCISÓRIA.

CAPÍTULO VIII – DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.

CAPÍTULO IX – DA RECLAMAÇÃO.

TÍTULO II – DOS RECURSOS.

CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS.

CAPÍTULO II – DA APELAÇÃO.

CAPÍTULO III – DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

CAPÍTULO IV - DO AGRAVO INTERNO.

CAPÍTULO V - DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

CAPÍTULO VI - DOS RECURSOS PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PARA O
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

SEÇÃO I - DO RECURSO ORDINÁRIO.

SEÇÃO II - DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL.

SUBSEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS.

SUBSEÇÃO II - DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E
ESPECIAL REPETITIVOS.

SEÇÃO III - DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

SEÇÃO IV - DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

LIVRO COMPLEMENTAR - DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS.

O modelo constitucional do processo civil brasileiro.

“O processo civil pátrio 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.” (Art. 1º, do NCPC).

2.1. Considerações acerca da atual concepção dos direitos fundamentais, da admissão da tese no seio da doutrina processual e do reconhecimento do modelo constitucional do processo civil brasileiro.

Nada obstante controverta doutrina de nomeada em identificar o marco jurídico responsável pela positivação dos direitos fundamentais (à feição hoje conhecida), aparentanos pouco provável - *ainda que não se possa renegar as importantíssimas contribuições perpetradas por diversos outros documentos jurídicos responsáveis por concessões libertárias* - que se tenha alcançado o estado da arte em período anterior as derradeiras décadas dos oitocentos.¹

O debate condizente com a paternidade dos direitos fundamentais gira, segundo a melhor doutrina, em torno dos diplomas, a saber: (1) a *Declaração de Direitos do povo da Virgínia* de 1776 e, (2) a *Declaração Francesa* de 1789, sem que se possa atribuir, pelo menos a nosso juízo, a um ou outro, sem controvérsias, o título de marco jurídico inaugural *à travessia do Rubicão*.

Ainda que inexista dúvida, por exemplo, no que diz com o reconhecimento das ditas liberdades *estamentais* já no século XIII,^{2 3} de liberdades religiosas em sentido estrito no

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43/45.

2 Ao referir a famosa *Magna Charta Libertatum* (1.215), Sarlet revela que o documento apenas serviu para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, “alijando, em princípio, a população do acesso aos ‘direitos’ consagrados no pacto”, nada obstante tenha servido de ponto de referência para alguns dos direitos civis clássicos. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 41.

3 “o Estado *estamental* cedo seria substituído pelo Estado *absoluto*, o qual, afirmando o princípio da soberania, não mais aceitaria qualquer interposição a separar o poder do príncipe e os súditos. Ora, desaparecendo as ordens e as classes (enquanto portadoras de faculdades políticas), perante o poder soberano todos os grupos e todos os homens são iguais. O Rei atinge todos e todos estão sujeitos ao rei. Sob este aspecto, o Estado absoluto – que, aliás, se pretende *legítimo*, e não *tirânico* – viria a ser um dos passos necessários para a prescrição de direitos fundamentais, universais ou gerais, em vez de situações especiais, privilégios e imunidades”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 19.

século XVI⁴ ou, ainda, de liberdades civis durante o século XVII,⁵ subsiste a certeza de que, *embora libertárias*, tais concessões encontravam-se despidas de elementos essenciais à contemporânea conceituação dos direitos fundamentais. Não é outra a razão pela qual se elege o último quartel do século XVIII como berço dos direitos fundamentais.⁶

Destaque-se, então, que é a partir do período *supra* apontado, pautado inaustralmente em ideologia Liberal, que a teoria dos direitos fundamentais ganha em peso e apreço. Atualmente, sem que se possa olvidar, recebe *albergue* da esmagadora maioria das cartas constitucionais contemporâneas e norteia o pensamento da doutrina melhor recomendada.^{7 8} Do ponto de vista histórico é possível asseverar que a noção de *direitos fundamentais* abrolha com o límpido propósito de limitar o Poder estatal. As denominadas *garantias constitucionais de primeira dimensão*, notadamente de caráter individualista, demonstram o propósito maior de breca a atividade/intervenção estatal em espectros em que *autonomia privada* e *liberdade dos indivíduos* deveriam triunfar sem escoriações.⁹

Embora não tenha o trilho por aí findado, percebe-se, desde uma concepção primata dos *direitos fundamentais*, seu compromisso com o *reconhecimento de posições jurídicas mínimas capazes de dignificar o homem em sua própria existência*.^{10 11} Deriva daí, so-

4 Após aludir, exemplificativamente, o *Édito de Nantes* e (1598) e o conhecido *Toleration Act*. (1649), Sarlet assevera que: “De qualquer modo, inobstante a decisiva contribuição desses documentos concessivos de liberdades, igualmente não há como atribuir-lhes a condição de direitos fundamentais, pois, consoante já ressaltado, podiam ser nova e arbitrariamente subtraídas pela autoridade monárquica”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 42.

5 Após citar diversas das declarações inglesas do século XVII, conclui Sarlet que apesar de conduzirem a limitações do poder real em favor da liberdade individual não devem ser consideradas com marco inicial dos direitos fundamentais. “Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade”, inerentes aos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 43.

6 “Se a origem dos direitos fundamentais se encontra directamente nas correntes políticas e jurídicas dos Estados Unidos e da França do século XVIII, a elaboração dogmática da categoria começa na Alemanha, em meados do século seguinte, em ambiente bem diferente”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 56.

7 “Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito Liberal”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 22.

8 A respeito da contextualização histórica do surgimento dos direitos fundamentais como hoje o conhecemos, com maior profundidade, dentre outros, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 380/390; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, t. IV. p. 12/50; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 36/57.

9 “São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a conduta positiva por parte do Estado. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 47.

10 Alvaro de Oliveira, ao abordar a conceituação dos direitos fundamentais, afirma que “Cuida-se, portanto, de direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 262.

11 Sublinhe-se, ainda, que não se ignora e nem se repudia, aqui, a existência de direitos fundamentais que, pelo menos de forma direta, não guardam na *dignidade da pessoa humana* seu fundamento maior. A respeito do tema *dignidade*, vide, com grande proveito a obra coletiva: MAURER, Béatrice et. *all. Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. (Org. Ingo Wolfgang Sarlet). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

bremaneira, a certeza de que o *contrato social* continua, materialmente, limitações a serem respeitadas.^{12 13 14 15}

Embora não se possa ignorar a permanente atualização do conceito em epígrafe, debruçando-se na história, pode-se perfeitamente asseverar que, já ao tempo do reconhecimento dos direitos fundamentais ditos de *primeira dimensão*, muitas das notas essenciais à caracterização do atual conceito despontavam límpidas. Tinha-se claro, gostemos ou não, que tais garantias representavam *posições jurídicas mínimas* (ainda que apenas no plano da defesa dos particulares face às ingerências estatais), *supremas, universais e inarredáveis*.

Sabe-se, porém, que o andar da carruagem social exigiu do Estado um descruzar de braços. Referimo-nos, grosso modo, a passagem do Estado Liberal ao Estado Social de Direito.¹⁶ É exatamente nesse contexto que emergem os ditos direitos fundamentais de *segunda dimensão*,¹⁷ bem como, sucessivamente, os de *terceira, quarta e, como desejam alguns, até de quinta geração*.^{18 19}

12 Noções gerais a respeito da aplicação da tese dos direitos fundamentais no âmbito do direito processual, vide: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 129/187.

13 A respeito de uma teoria geral dos direitos fundamentais, vide, com grande proveito: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, t. IV; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad.) Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *O Processo como instrumento dos direitos fundamentais*. In: *Revista da Ajuris*, ano 34, n. 105, p. 135/152, março, 2007; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 87, ano XXIX, 37/49, set. de 2002.

14 “Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 7.

15 “O modelo constitucional do processo civil brasileiro também possui seus valores permanentes. Trata-se dos *direitos fundamentais processuais civis* ou, na expressão que mais comumente se empregará neste estudo, *direitos informativos do processo civil*. Enquanto vigente a ordem constitucional, tais valores devem ser promovidos servindo de norte à interpretação de todo sistema processual. Mais do que isso, trata-se de valores que transcendem determinado ambiente cultural, sendo, portanto, transacionais e transtemporais, dado que correspondem a uma exigência sem fronteiras”. BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado*. p. 96.

16 “O tema dos direitos do homem cessou de ser, no nosso tempo, uma exclusiva aspiração liberal. Assiste-se, por conseguinte, a um fenômeno da universalização da Constituição, e que, como este, se acompanha da multiplicidade ou da plurivocidade de entendimentos – porque a uniformidade das técnicas não determina a unicidade das culturas e das concepções políticas”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 25.

17 O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo dos direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem estar social’. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 47.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 48/57.

19 “Relembre-se que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional; os da segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos. A terceira geração compreende os direitos da fraternidade, ultrapassando os limites dos direitos individuais ou mesmo os coletivos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 263.

Seja como for, adequando a problemática aos objetivos do presente estudo, importa, de fato, identificar o contexto em que a doutrina processual desperta para a necessidade de adequar seu objeto de estudo ao aludido movimento.

Entre nós, afirma Sérgio Gilberto Porto, que, apenas a partir da doutrina constitucional pós 1988, “com a receptividade do Poder Judiciário aos anseios constitucionais”, constatou-se uma mudança de paradigma.²⁰

Na seara do direito processual, a partir de valiosos estudos desenvolvidos por autores, tais como José Carlos Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a Constituição passa a ser levada a sério e recepcionada dentro da academia do processo civil. A tradicional mentalidade do processualista – acostumado a pensar o processo como uma ciência autônoma e completamente desvinculada do direito material – foi colocada em xeque pela expectativa constitucional. E como decorrência, ocorre gradativamente uma revisitação de temas até então considerados exauridos, em face da releitura das normas de processo à luz do texto constitucional e especialmente pela afirmação do constitucionalismo brasileiro e da eficácia dos direitos fundamentais.^{21,22}

Tem-se por ponto comum, então, que o *start* para o *constitucionalismo processual brasileiro* deriva, grosso modo, da percepção de que o fenômeno processual não mais poderia (nem deveria) ser compreendido como um fim em si mesmo, nada obstante, sublinhe-se, a primeira fase da aludida constitucionalização tenha, ao fim e ao cabo, laborado com pouco mais do que a singela noção de subserviência do *instrumento* aos desígnios constitucionais, vislumbrando-se em toda e qualquer matéria de natureza processual, caráter meramente instrumental.^{23 24 25}

A eclosão da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais, aliada a percepção do compromisso, firmado pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, com a promo-

20 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. p. 28.

21 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. p. 28/29.

22 Alvaro de Oliveira, por sua vez, anota que “(...) já no final do século XIX era presente entre nós a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos. Para João Mendes Júnior, o processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional. Cada ato do processo ‘deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento como a um fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos.’ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 261.

23 “(...) antes de tudo é conveniente observar que esta inseparável conexão, que tem lugar entre os institutos judiciários e os princípios fundamentais do ordenamento constitucional, é avaliada e está presente em cada artigo do novo Código de Processo Civil.” CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 213.

24 “De La Constitución a La ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No solo La ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y em especial el de la acción, la defensa y la sentencia, solo pueden ser instituidos por la ley. El régimen del proceso lo debe determinar la ley. Ella concede o niega poderes y facultades dentro de las bases establecidas en la Constitución. El espíritu de ésta se traslada a aquélla, que debe inspirarse en las valoraciones establecidas por El constituyente.” COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. Tomo I. p. 21.

25 A respeito do caráter instrumental do processo, vide, com grande proveito, Dinamarco, ícone da doutrina processual pátria, a quem rendemos nossa sincera admiração pela qualidade dos trabalhos publicados. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ção da dignidade despertaram a melhor doutrina para a *imprescindibilidade* de uma releitura dos ordenamentos processuais.²⁶

Uma segunda fase dessa evolução (a partir da qual se supera a modesta lembrança de que o Direito Processual deve deferência à Constituição) propõe-se a orientar uma (re) leitura – *do fenômeno processual* – comprometida com a concreção dos *direitos fundamentais*.²⁷ Parte-se, nessa quadra, da noção de que o processo deva, sobretudo, revelar-se instrumento apto a salvaguardar a promessa do ordenamento material – pena de não cumprir com sua principal tarefa – sem, porém, cingi-lo à ideia de *ramo do direito responsável, tão somente, pela criação de direito meio*.²⁸

Eis que abrolha, pois, doutrina (processual) comprometida não só com a suposta *instrumentalidade processual*, mas, bem compreendida a expressão, capaz de identificar no seio das posições jurídicas mínimas (*dos direitos fundamentais*), disposições de caráter substancial, atinentes ao mundo processual.

Reconheceu-se, por assim dizer, um *modelo constitucional de processo* (a) comprometido com a concreção dos direitos fundamentais substanciais (*mas também revelador de outras posições jurídicas, de idêntica natureza, inerentes, única e exclusivamente, ao mundo do processo*); e, por definição, (b) soberano em relação aos ditames processuais infraconstitucionais.^{29 30 31 32}

Admite-se, contemporaneamente, segundo tal linha de pensamento, haver um rol de direitos, igualmente fundamentais, que, ainda que tenham valia/aplicação limitada ao fenômeno processual, isto é, sensíveis apenas *no e em razão* do processo, compõem, ao lado de outros tantos, o núcleo das posições jurídicas mínimas asseguradas aos cidadãos, devendo, em tudo e sempre, orientar interpretações, bem como a regulamentação de quaisquer regimes processuais, independentemente de sua natureza.

26 Para uma reflexão acerca dos limites dos direitos fundamentais, vide, com grande proveito: BRAGE CAMAZANO, J. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson. 2005.

27 Consoante sustenta Luiz Guilherme Marinoni, o direito de ação, na perspectiva dos direitos fundamentais, “é um direito que se coloca (...) sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 205.

28 Destaque-se, por embrionária, a excelente obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e sua diferenciada contribuição para os novos ventos da doutrina processual que se engrandece a cada dia. Vide: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

29 “é a partir da Constituição Federal que se deve buscar compreender o que é, para que serve e como ‘funciona’ o direito processual civil.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 85.

30 “De forma bem simples e bem direta é possível (e necessário) concluir no sentido de que é a Constituição Federal o ponto de partida do direito processual civil (e penal e trabalhista também, (...)). A Constituição Federal e o ‘modelo constitucional do direito processual civil’ dela extraível são o eixo sistemático (consciente) do estudo do direito processual civil.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 86.

31 A respeito do *modelo constitucional de processo* vide, ainda: BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57/132.

32 “Sem dúvida, examinados os diversos dispositivos constitucionais afetos à atividade processual, se descobrirá, num relance, que os princípios de processo remetidos à seara constitucional, em virtude mesmo da compostura das normas constitucionais – referentes, fundamentantes e derivantes de todas as demais espécies normativas existentes –, produzem contígua alteração de toda a legislação processual ordinária com elas contrastante. Seja inerente ao processo civil, penal, trabalhista ou administrativo. Em todas as situações deverá haver referência incondicionada aos ditames constitucionais de compostura processual”. NETO, Manoel Jorge e Silva. *Constituição e Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2007. p. 18/19.

O apogeu do constitucionalismo brasileiro trouxe à baila, de fato, a necessidade de que, sem exceções, todas as ramificações do sistema jurídico pátrio – *processuais ou não* – fossem relidas com os óculos da Constituição Federal.^{33 34 35}

Para além da percepção de que a Constituição Federal de 1988 possuía (e ainda possui) um conteúdo processual, viu-se compelida a doutrina especializada, pelo menos em parte, a melhor sistematizá-la. Afirma-se, desde então, que o conteúdo processual da Constituição revela disposições de natureza diversa.³⁶

Segundo doutrina de nomeada, há na Constituição, de um lado, (a) um conteúdo processual revelador de direito *meio* (de natureza meramente instrumental), representado, exemplificativamente, pela inserção na Carta Constitucional (1) de instrumentos de operacionalização do direito material (anúncio de *ações* e/ou procedimentos especiais), (2) de regras de competência (por exemplo, art. 109) e (3) de hipóteses de cabimento recursal (por exemplo, artigos 102 e 105), dentre outros. Costuma-se, ao aludir tais disposições, situá-las num campo de estudo denominado *Direito Processual Constitucional*.³⁷

Não mais se duvida, de outro, que a Constituição Cidadã albergue (b) conteúdo processual responsável pelo reconhecimento, em favor de todo e qualquer jurisdicionado, de direitos (substanciais) a *serem gozados no e em razão do processo*.³⁸ Esses direitos

33 A superação do denominado “Estado legislativo” - que cedeu espaço ao festejado modelo de “Estado Constitucional de Direito” - causou fortes impactos, também, na seara processual. A respeito do modelo de Estado Constitucional de Direito, com grande proveito: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. p. 48-61.

34 O novo processo civil, nesta perspectiva, dever-se-á erguer “dominado pelos valores constitucionais e pela ciência de que é um instrumento ético”. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. p. 70.

35 A respeito dos direitos fundamentais de natureza processual, vide: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. I. p. 25/60; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 49/56.

36 “Desto modo, pode ser afirmado que o conteúdo processual da Constituição Federal encontra-se dividido (a) no Processo Constitucional (*stricto sensu*), representado pelo conjunto de instrumentos e técnicas disponibilizadas como direito-meio e (b) pelo conjunto de garantias oferecidas ao cidadão em razão do debate judicial, identificado por nós como o Devido Processo Constitucional (direito-fim) e mal denominado pela Constituição Federal como Devido Processo Legal.” PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 168.

37 “A Constituição Federal sabe-se é o ponto de partida para a interpretação do direito e argumentação jurídica, pois, hoje, mais do que uma simples Carta Política, face sua reconhecida força normativa, permeia toda ordem jurídica. Com efeito, a Constituição Federal, nesta linha, além de seu papel organizacional assegura direitos, dentre os quais os de natureza processual. Contempla, por igual, instrumentos e disciplina temas vinculados ao exercício da jurisdição. São instrumentos oferecidos pela Constituição Federal, por exemplo: o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data*, o *Mandado de Segurança*, o *Mandado de Segurança Coletivo*, o *Mandado de Injunção*, a *Ação Popular*, a *Ação Civil Pública*. Já na jurisdição constitucional existem os mecanismos instrumentais de controle de constitucionalidade representados pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, pela Ação Declaratória de Constitucionalidade, pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e pelo Incidente de Constitucionalidade. No que toca à sede recursal, estão instituídos os recursos de natureza extraordinária, representados pelo Recurso Especial, dirigido ao STF e o Recurso Extraordinário, dirigido ao STF. Há também, no sistema recursal constitucional, o Recurso Ordinário. Afóra isto, a Constituição Federal também rege matéria referente a competência do STF (art. 102, CF) e do STJ (art. 105, CF), dos Tribunais Regionais Federais (art. 108, CF), dos Juizes Federais (art. 109, CF) e da Justiça do Trabalho (art. 114, CF). Disciplina a legitimidade para propositura de ADI e ADC (art. 103, CF), bem assim rege a atuação judicial do Ministério Público (art. 129, CF) e da Defensoria Pública.” PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. p. 167.

38 “A Constituição Federal representa o conjunto mais expressivo de direito constituídos pela sociedade. Direitos esse, como se percebe de um simples exame objetivo, de diversas naturezas. Dentre essas variações, emergem também direitos de índole nitidamente processual, circunstância que, por decorrência, naturalmente empresta conteúdo processual à Constituição Federal e faz nascer um verdadeiro *Direito Processual Fundamental*.” PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. p. 166

fundamentais, destaque-se, vinculam tanto o Estado-Juiz (na prestação da tutela jurisdicional), como o Estado-Legislador (na construção do texto infraconstitucional).³⁹ O somatório dos aludidos direitos revelam, a rigor, a *matriz constitucional processual brasileira*, ordem vinculadora de toda e qualquer ramificação do direito processual não criminal.^{40 41 42 43 44 45}

É composto o rol (dos direitos fundamentais acima aludidos), exemplificativamente, pelos direitos fundamentais ao juiz natural, à isonomia, ao contraditório, à ampla defesa, à prova, à publicidade, à motivação, à assistência jurídica integral e gratuita, à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, sem prejuízo de outros que derivem de uma análise sistemática das prescrições constitucionais.⁴⁶

Nessa linha de pensamento, a qual nos filiamos, a aplicação das regras processuais não de estar necessariamente vinculadas “pela valoração de sua constitucionalidade” e pelo respeito à integralidade das posições jurídicas acima referidas, pena de violação do *devido processo de direito*.⁴⁷ A nenhuma ramificação do ordenamento processual brasilei-

39 “o ‘processo devido’ começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 494.

40 São exemplos de “garantias” constitucionais processuais: o acesso à justiça (art. 5º, XXXV), contraditório (5º, LV), publicidade (5º, LX e 93, IX), motivação das decisões judiciais (93, IX), juízo e promotor natural (5º, LIII), isonomia processual (5º, caput), duplo grau de jurisdição (deriva da estrutura do sistema jurídico arquitetado pela CF-88), devido processo constitucional (5º, LIV), entre outras.

41 “Pensar o direito processual a partir da Constituição Federal é uma necessidade, e vale enfatizar, uma vez mais, não se trata de uma particularidade desse ramo do direito.”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 87.

42 “Enquanto o direito processual constitucional se ocupa do estudo do conjunto de princípios reguladores da jurisdição constitucional. O Direito Cofitucional Processual se põe a examinar o plexo das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal”. NETO, Manoel Jorge e Silva. *Constituição e Processo do Trabalho*. p. 18.

43 Segundo Miranda, “justifica-se, pois, fazer uma contraposição entre *direitos fundamentais materiais* ou direitos das pessoas nas situações da vida constitucionalmente garantidas, e *direitos fundamentais procedimentais* ou direitos de pessoas conexas com procedimentos relativos a funções ou a órgãos de poder público; e, nestes, ainda (como mostram os exemplos acabados de sugerir) subdistinguir direitos procedimentais *substantivos* – em que a participação no procedimento vale de per si – e direitos procedimentais *adjectivos* – em que está em causa a tutela de outros direitos por meio de regras procedimentais”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 94/95.

44 O ponto de partida, grosso modo, é o de que o constitucionalismo brasileiro estabeleceu padrões mínimos segundo os quais devem estar adstritos os subsistemas processuais, independentemente de sua especialidade. Decorre da circunstância que: (1) enquanto os textos elaborados em momento posterior a promulgação da Constituição de 1988 devam respeitar tais ditames para sua edificação, (2) os anteriores, sem exceções, deverão adequar-se a tais ditames, seja mediante alteração legislativa, seja mediante atividade interpretativa, pena de sequer serem tidos por vigentes.

45 A Constituição “consagra, ainda, direitos de aplicação genérica, ao contemplar garantias de natureza constitucional-processual. Estas, de sua parte, formam um verdadeiro direito processual fundamental e principiológico, na macrocompreensão do sistema, vez que representam primados constitucionais incidentes em todos os ramos processuais especializados (civil, penal, consumerista, tributário etc.). Ou seja: são parâmetros constitucionais ditados preferencialmente para o processo judicial, independentemente de sua natureza ou microsistema.” PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 166.

46 No que tange ao conteúdo dos aludidos direitos fundamentais (que possuem aplicação única e exclusivamente no âmbito da relação processual) vide: TORRES, Artur. *O Processo do Trabalho e o Paradigma Constitucional Processual Brasileiro: compatibilidade?* São Paulo: LTr, 2012. p. 38/66.

47 PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROS, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil – O Conteúdo Processual da Constituição Federal*. p. 37.

ro é, registre-se, facultada a inobservância das exigências inerentes ao *modelo* eleito pelo texto maior.^{48 49 50 51}

Passemos, então, a abordagem do conteúdo inerente a cada uma das posições fundamentais acima referidas.

2.2. Direitos fundamentais (substanciais) de aplicação *no e em razão* do processo.

2.2.1. Direito fundamental à jurisdição.

O Estado, ao vedar a realização da *justiça privada*, viu-se compelido a encorpar o rol de *direitos fundamentais* pertencentes a cada um dos jurisdicionados.^{52 53} O fundamento originário do *direito fundamental à jurisdição*, bem compreendido, repousa na proibição da realização da justiça dos próprios punhos.^{54 55 56}

48 "(...) a distinção entre direitos legais e direitos constitucionais reveste-se de uma importância fundamental nos sistemas jurídicos de Constituição rígida, já que se a Constituição for rígida, a lei ordinária estará hierarquicamente subordinada a ela e, conseqüentemente, não está autorizada a modificar ou ab-rogar normas constitucionais. Nessas circunstâncias, um direito subjetivo constitucional não pode ser limitado, modificado ou suprimido pelas leis ordinárias (as quais, pelo contrário, podem muito bem suprimir um direito legal)". GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. (Trad. Edson Bini). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 252.

49 "A regra infraconstitucional somente será aplicada se se mostrar fiel à Constituição. Do contrário, será recusada. E, mesmo, quando a lide for resolvida mediante observância da lei comum, o seu sentido haverá de ser definido segundo a conformidade com a Constituição." THEODORO JR., Humberto. *Processo Justo e Contraditório Dinâmico*. In: ASSIS, Araken (org.) *et al. Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner*, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 265.

50 "(...) Pode-se dizer, com Cappelletti, que a constituição representa, no Direito moderno uma forma legalística de superar o legalismo, (...) a interpretação judiciária da lei é sempre também um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por estas estabelecidas." FACHINNI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 34, n. 108, p. 139/165, dez. 2007. p. 142.

51 "A lei, como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia, e hoje é subordinada à Constituição. Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, já constitui *slogan* dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei." MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 21

52 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. p. 38, n. 13.

53 Segundo Canotilho a *garantia de acesso aos tribunais* deve ser lida e compreendida, nada mais nada menos, do que como um dos princípios estruturantes do Estado de direito. Segundo o consagrado autor, a "dependência" do direito à proteção judicial de prestações do Estado (criações de tribunais, processos jurisdicionais) justifica a afirmação corrente de que o *conteúdo essencial do direito de acesso aos tribunais é a garantia da via judiciária* ("garantia da via judicial", "garantia da proteção judicial", "garantia da proteção jurídica através dos tribunais"). CANOTILHO, José Joaquim Gomes de. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 496.

54 Segundo Theodoro Junior do "monopólio da justiça decorreram duas importantes conseqüências, portanto: a) a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica aos cidadãos; e b) um verdadeiro e distinto direito subjetivo – o direito de ação – oponível ao Estado Juiz, que se pode definir com o *direito à jurisdição*.". THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro, 2004. v. 1. p. 48.

55 Ao abordar o tema a doutrina se faz valer, costumeiramente, da expressão *direito de ação*. Visando evitar baralhamentos no que diz com o tema relativo aos *distintos planos da ordem jurídica*, sugerimos sejam consultadas as obras, a saber: ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 73/86; SILVA, Ovidio Baptista da. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação*. *Revista da Ajuris*, n. 29, 1983. p. 99/126; MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110/121. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In: *Revista da Ajuris*, ano 33, n. 101, p. 45/78, março, 2006.

56 Não é raro encontrar abordagem doutrinária acerca do direito em epígrafe sob a graça de *acesso à justiça*. Neste sentido, vide: PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROS, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil – O Conteúdo Processual da*

Concebe-se, nessa quadra, sem exceções, à integralidade dos jurisdicionados, o direito de *bater às portas do Poder Judiciário* no afã de obter manifestação estatal acerca da *afirmação de direito* realizada. Tal posição encontra amparo legislativo, hodiernamente, no conteúdo do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.^{57 58 59}

Por óbvio, considerado o cenário atual, a mera possibilidade do ajuizamento de demanda judicial não corresponde à integralidade do conteúdo do direito fundamental em epígrafe. O *modelo constitucional do processo civil brasileiro* exige bem mais.⁶⁰ Para o momento, contudo, importar grifar que, independentemente de sua natureza, salvo raríssimas exceções,⁶¹ não se pode afastar *da imediata apreciação Judiciária* lesão ou ameaça de lesão a direito.^{62 63}

A *inafastabilidade do controle jurisdicional* é diretriz do ordenamento jurídico brasileiro e expressa o compromisso estatal de bem compor conflitos oriundos do tecido social, revelando-se, destarte, em total desconsonância com a moldura maior, quaisquer exigências infraconstitucionais que submetam a apreciação do caso concreto a etapas não jurisdicionais.

Dito isso, parece-nos importante, ainda, sublinhar que o próprio conceito de *ação* – tão valorado outrora e abaixo enfrentado – não mais goza de idêntica conceituação. O direi-

Constituição Federal. p. 40/51; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 103/106. No entanto, por acreditar que a expressão *acesso à justiça* possui conteúdo mais amplo, opta-se pela expressão *direito à jurisdição*. Para o estudo do tema *acesso à justiça* vide, com grande proveito: CAPPELLETTI, Mauro. GARTH Brian. *Acesso à justiça*. (trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabbri, 1988.

57 “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

58 A respeito: DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, v. 108, p. 23/31, 2002.

59 “Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se como uma dupla dimensão: (1) um *direito de defesa* ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um *direito de protecção do particular através de tribunais* do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (*dever* de protecção do Estado e *direitos* do particular a exigir esta protecção)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 496.

60 Palmilhando acerca da natureza do direito em epígrafe (referindo-se claramente ao contexto português), Canotilho propõe seja este lido (a) como *direito de acesso a uma protecção jurídica individual* e, (b) como o *direito de acesso aos tribunais como garantia institucional*. No que diz com o último, refere que ao “assegurar o direito de acesso aos tribunais para a defesa de direitos e interesses, o artigo 20º da Constituição Portuguesa inclui no seu âmbito normativo a *garantia institucional* da via judiciária, isto é de tribunais. O texto fundamental não fixa, de forma esgotante, os tipos de tribunais, nem contém uma disciplina densa do chamado ‘direito constitucional judiciário’. Por isso, o direito de acesso aos tribunais é um *direito fundamental formal* que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais. (...) Desta imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do *núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária*. A *garantia institucional* conexiona-se com o *dever de uma garantia jurisdicional de justiça* a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da Constituição, mas também de um princípio geral (‘de direito’ das ‘nações civilizadas’) que impõe um dever de protecção através dos tribunais do Estado como um corolário lógico: (1) do monopólio de coacção física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei (cfr. CRP. Art. 21.º)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes de. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 496.

61 Vide art. 217, §1º da CF/88.

62 A respeito da construção da ação adequada relativa a protecção de ameaça a direito (tutela contra o ilícito), vide, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 4 ed. São Paulo: RT, 2006.

63 “Consoante observa a doutrina, o direito fundamental à tutela jurisdicional ensarta-se na categoria dos direitos a prestações, podendo ser caracterizado, especificamente, como um direito à participação na organização e procedimento. Trata-se de direito fundamental processual, oriundo da consciência de que ‘não basta declarar direitos’, importando antes, ‘instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos’”. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. p. 91.

to de *bater às portas do Poder Judiciário*, ou simplesmente o direito à tutela jurisdicional estatal (ou, ainda, ação processual) ganha em conteúdo, especialmente no sentido de que não mais pode ser vislumbrado como um fim em si mesmo.

O direito fundamental de ação repercute sobre o Estado de forma diferente. Este direito não incide sobre o Estado para, a partir dele, ser projetado sobre as relações dos particulares, mas sim para vincular o seu modo de atuação, isto é, para vincular a maneira como o Estado deve proceder para viabilizar a efetividade da proteção dos direitos. Ou seja, o direito fundamental de ação se destina a regular a relação entre o Estado prestador e o particular (...). Melhor dizendo: o direito fundamental de ação não obriga o Estado a protegê-lo nas relações privadas (como ocorreria se fosse um direito fundamental material de proteção) ou é uma mera garantia do cidadão à tutela jurisdicional estatal. O direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado. Ele não é um direito que exige que o Estado atue para protegê-lo, mas sim um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento.⁶⁴

Na perspectiva atual, o *direito à jurisdição* incide, certamente, para além da figura do Estado-juiz, revelando-se o Estado-legislador, também, destinatário da previsão.^{65 66} Incumbe ao Estado-legislador, na linha do *modelo constitucional do processo civil brasileiro*, o dever de organizar um sistema infraconstitucional composto de técnicas processuais que permitam ao Estado-Juiz bem cumprir com o mister que lhe incumbe: prestar *tutela jurisdicional justa*.

Vale sublinhar, consoante afirmado alhures, que a moderna compreensão do sistema processual pátrio não mais se satisfaz com a singela ideia de conferir ao jurisdicionado acesso formal ao Judiciário. O aludido *albergue* deve representar prestação capaz de salvaguardar o direito material que se pretende ver tutelado, desde, é claro, que as alegações suscitadas em juízo mostrem-se minimamente provadas. O *direito à jurisdição*, consoante doutrina de peso, revela-se “o mais fundamental de todos os direitos”, pois que, em última análise, afigura-se imprescindível à concretização dos demais.⁶⁷

O *Novo CPC*, atendendo à diretriz constitucional, reproduz, em seu artigo 3º, que não “se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

64 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 207.

65 “Trata-se de um direito que vincula o legislador, obrigando-o a traçar as técnicas processuais capazes de permitir a proteção das diversas situações conflitivas.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 208.

66 Neste mesmo sentido, vide: MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. p. 91; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. (trad.) Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 247.

67 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 205.

2.2.2. Direito fundamental ao juiz natural

Dois, no mínimo, são os comandos constitucionais que devem vir à tona quando do trato do tema: os contidos nos incisos XXXVII e LVIII do artigo 5º da Constituição Cidadã. Enquanto este veda a submissão do jurisdicionado a tribunais ou juízos de exceção; aquele, bem compreendido, assegura que ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente.⁶⁸

A abordagem do tema, para que se afigure satisfatória, merece enfrentamento à luz de duplo enfoque. O primeiro deles diz com a *independência* e a *imparcialidade* do Poder Judiciário; o segundo, com a *predeterminação de critérios para a fixação da competência jurisdicional*.⁶⁹ Vejamos.

Para que seja imparcial, a função judiciária deve ser desempenhada de forma autônoma e independente, livre de pressões, estranha a recomendações ou conselhos de outros órgãos estatais ou do próprio Judiciário, escape a influências econômicas e da mídia.⁷⁰

A Constituição Federal, mediante a concessão de determinadas garantias à magistratura (tais como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), atua, bem compreendida, no afã de dar vida a um cenário político-social que permita ao julgador exercer sua função respeitando a *imparcialidade* que o próprio modelo constitucional lhe impõe. Pugna-se, atualmente, por uma magistratura despida de *interesses pessoais* ou *ideológicos* nas causas submetidas a sua competência, e para tanto, bem compreendida a afirmativa, blindando-se os integrantes da aludida carreira, no afã de trazer-lhes a certeza de que o adequado desempenho de sua atividade não servirá de base para represálias profissionais, políticas ou similares.^{71 72}

É possível, sob ponto de vista diverso, afirmar que o intento constitucional caminha, também, no sentido de vedar a criação de tribunais *post factum*⁷³, exigindo-se que a autoridade judiciária competente para julgar determinado caso preexistia ao mesmo.

68 Neste sentido, vide: PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 72.

69 Neste sentido: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 31.

70 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 31/32.

71 Formalmente a garantia vem com a previsão do art. 95 da CF/88.

72 Segundo Sérgio Gilberto Porto a imparcialidade, *protegida pelo juízo natural*, "não se confunde com neutralidade. É natural que cada magistrado tenha suas preferências ideológicas (...). Contudo, os preconceitos carregados pelas pessoas, embora influenciem o julgamento, não podem chegar ao ponto de prejudicar a aplicação do direito, sob pena de descrédito da justiça. (...) o juiz deve conservar a imparcialidade no seu ofício, sob pena de prejuízo para a cidadania. O cidadão não é neutro, mas o juiz é imparcial, competindo-lhe assegurar tratamento paritário e zelar pela aplicação do direito, muito embora carregue suas próprias convicções, assim como qualquer cidadão". PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 76.

73 Segundo Giuseppe Tarzia é da essência do direito fundamental ao juiz natural a vedação a tribunais *ad hoc*. Neste sentido: TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del Processo Civile di Cognizione*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 8.

É vedado criar, a partir de um fato, depois de um incidente, um órgão judiciário que tenha competência para julgá-lo. A diretriz que se quer proteger com esta proibição é a de se garantir, na melhor forma possível, a *imparcialidade* do órgão judiciário. (...) O 'princípio do juiz natural', em suma, depende, sempre e em qualquer caso, da identificação do órgão jurisdicional que, de acordo com o 'modelo constitucional (...) detém ou não jurisdição e, mais especificamente, competência (fixada em abstrato, antes do fato conflituoso) para realizar o julgamento.⁷⁴

Por fim, sublinhe-se que, aspecto não menos importante à plena concretização do comando constitucional em análise, diz, bem compreendida a afirmativa, com o outro *lado do balcão*. Ao jurisdicionado, como regra, é igualmente vedada a escolha do juízo pelo qual tramitará sua causa. Os critérios de (pré)determinação da competência para a *dicção do direito* do caso concreto devem se fazer sentir também para os contedores. As técnicas de organização judiciária estão incumbidas, na linha do *modelo constitucional*, de impedir que o jurisdicionado, conhecedor de um ou outro posicionamento judiciário, consiga esquivar-se dos demais órgãos competentes alcançando, por exemplo, a *vara desejada* para julgamento de seus interesses.⁷⁵

Juiz natural é, pois, em última análise, o juiz imparcial, independente e previamente competente.^{76 77}

2.2.3. Direito fundamental à isonomia

Não há dúvida, embora sua abordagem revele-se extremamente espinhosa em alguns espectros do direito processual, que se deva extrair do modelo constitucional do processo civil brasileiro, a existência de um *direito fundamental à isonomia*.

Desconsideradas, pelo menos *a priori* as peculiaridades de uma ou outra esfera protetiva do direito, afirma-se que a Constituição Federal traz à baila, no que diz com o trato processual do tema, no mínimo, duas vertentes bem distintas de análise:

Do ponto de vista da *estruturação do processo*, haverá este de ser legalmente organizado de maneira isonômica, sem a outorga de privilégios a qualquer das partes, e com a previsão de técnicas processuais que possibilitem, em sendo o caso, correções de eventuais disparidades. Por outro lado, deverá o órgão judicial *dirigir o processo* de modo a assegurar às partes igualdade de tratamento (...).⁷⁸

74 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 117/118.

75 Neste sentido: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 33.

76 Nesse mesmo sentido: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 31.

77 "O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. (...) O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador". MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 108.

78 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 33.

O processo é instrumento destinado a apurar, antes de tudo, a ocorrência de *atos*, revelando-se a prova dos mesmos determinante para que o julgador tenha condições de aferir, com a justeza que se espera, merecerem, ou não, acolhida os pedidos formulados pelas partes. Não há mais espaço, no modelo atual, para o simples beneficiamento judiciário de uma parte em detrimento de outra, fundado, apenas, em ideologia erigida à condição de dogma no passado.

Ainda que se exija do magistrado postura ativa no processo, não deve, nem pode o mesmo, bem compreendida a afirmativa, “advogar” para quaisquer dos contendores. Postura *ativa* e postura *tendenciosa* são conceitos que não podem ser baralhados.

Do ponto de vista da *estruturação do regramento processual infraconstitucional*, com ressalvas é claro, afigura-se possível, episodicamente, promover o propalado *princípio protetivo* em algumas searas jurídicas (considere-se, por exemplo, algumas disposições aplicáveis aos feitos que tenham por fundamento relações consumeristas, ou, ainda, ao campo da *tutela coletiva dos direitos individuais*⁷⁹). Não há negar, pois, que em determinadas passagens, revele-se lícito ao legislador tratar, de forma assimétrica, os contendores, justificando-se tal atitude pela necessidade de equiparar processualmente os *materialmente* desiguais.⁸⁰

Seja como for, importa, aqui, sobretudo, destacar que a isonomia “deve ser entendida no sentido de que o Estado-juiz (o magistrado, que o representa) deva tratar de forma igualitária os litigantes. Seja dando-lhes igualdade de condições de manifestação ao longo do processo, seja criando condições para que esta igualdade seja efetivamente exercitada.”⁸¹

Diz-se, então, que no plano do processo, *isonomia/igualdade* ganha forma a partir da concessão da paridade de armas para o embate.⁸² Tal noção, embora indispensável, revela-se insuficiente à captura integral do comando constitucional. Não basta, à luz do *modelo constitucional*, conceder *paridade formal de armas*, uma vez que se constate restarem não sanadas (no momento da *estruturação* do processo) eventuais *discrepâncias* oriundas do plano material. O *modelo constitucional* exige do legislador a criação de técnicas processuais aptas a conceder igualdade (material) às partes.

Tal exigência, por óbvio, não se confunde com o beneficiamento de um em detrimento de outro dos contendores por meio de atuação *tendenciosa* e *ilegítima* do julgador, independentemente do pretexto anunciado.

79 Vide, acerca do tema: TORRES, Artur. *A tutela coletiva dos direitos individuais*. Porto Alegre: Arana, 2013.

80 Criticando determinados benefícios processuais concedidos ao Estado, Sérgio Gilberto Porto e Guilherme Athayde Porto afirmam que “não nos parece, pois, fundamento suficiente para justificar, por exemplo, prazos, a circunstância do acúmulo extraordinário de serviço por parte dos órgãos públicos, somada a ausência de estrutura adequada, haja vista que se esta era uma realidade ontem, hoje com as facilidades da informatização, não mais parece tal circunstância colocar em risco eventuais interesses públicos.” PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme A. Porto. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 173.

81 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 131.

82 “É tradicional descrever o princípio da isonomia com o nome, bastante eloquente do significado da norma, ‘paridade ou igualdade de armas’. Esta forma de tratar do princípio evidencia bastante bem a necessidade de oferecimento de iguais oportunidades aos litigantes ao longo do processo. Não há como conceber, nestas condições, instrumentos processuais não uniformes, não iguais, não equivalentes para as partes. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 131.

De um lado, pois, independentemente da natureza do direito posto à prova, o processo deve apresentar-se como instrumento ético, e apto, observada a imparcialidade que se exige do julgador, a permitir que os contendores comprovem suas alegações e vejam protegidas suas posições jurídicas; de outro, a mesma moralidade (processual) impõe que o condutor do processo não atue de maneira a beneficiar um ou outro dos litigantes, realizando interpretações estapafúrdias a pretexto de promover uma ou outra ideologia.⁸³

A verdade é que a ideia de isonomia remete à concepção de equilíbrio. Assim, sempre que o equilíbrio processual restar atingido, igualmente restará comprometida a garantia constitucional-processual da isonomia (...).⁸⁴

O NCPC afirma, acerca do tema, “em alto e bom tom”, que, é “assegurada às partes paridade de tratamento” no curso do processo, “competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.”⁸⁵

2.2.4. Direito fundamental ao contraditório

Num passado nem tão distante, o contraditório chegou a ser confundido ora com *bilateralidade da audiência*, uma de suas facetas, ora com *ampla defesa* (objeto de enfrentamento posterior). Com eles, na verdade, não se confunde.

É possível asseverar, nessa quadra, que o *direito fundamental ao contraditório* é composto de pelo menos duas distintas facetas: uma *passiva*, outra *ativa*. A primeira delas remonta a aparição do instituto, isto é, contenta-se com a noção de que o contraditório tem por escopo operacionalizar a *bilateralidade da audiência* (dando-se vista às partes de manifestação alheia para que possam reagir, querendo, face às investidas da parte contrária).⁸⁶ A segunda, por sua vez, guarda relação com a participação *efetiva* dos interessados no processo, ou melhor, com a *possibilidade de influenciar à construção intelectual desenvolvida pelo julgador* para compor a lide.

Extrai-se modernamente do preceito a existência de um direito, de caráter subjetivo, que faculta às partes participar (no sentido de influir) efetivamente do momen-

83 PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 76.

84 Criticando determinados benefícios processuais concedidos ao Estado, Sérgio Gilberto Porto e Guilherme Athayde Porto afirmam que “não nos parece, pois, fundamento suficiente para justificar, por exemplo, prazos, a circunstância do acúmulo extraordinário de serviço por parte dos órgãos públicos, somada a ausência de estrutura adequada, haja vista que se esta era uma realidade ontem, hoje com as facilidades da informatização, não mais parece tal circunstância colocar em risco eventuais interesses públicos.” PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme A. Porto. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 173.

85 Vide art. 7º do PNCPC.

86 “O conceito tradicional do princípio do contraditório está intimamente vinculado a uma concepção formal de processo, em que o juiz assumiria uma posição essencialmente passiva. Esse modo de ver o problema ressaí claramente da clássica definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, 1937, para quem o contraditório é ‘a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los’.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 35/36.

to reflexivo do magistrado, auxiliando-o na seleção do caminho jurídico a ser percorrido.⁸⁷

Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais.⁸⁸

O contraditório, certamente, figura como o elemento balizador do processo, representando, em boa medida, sua própria razão de ser. É a partir dele que chega (ou deveria chegar) ao juízo a notícia da existência tanto de versões conflitantes como de interesses contrapostos.

O contraditório, hoje, espelha a necessidade de o magistrado ouvir o que as partes têm a dizer, inclusive, no que diz com suas convicções ou tendências, de forma a delinear, sem surpresas, o caminho que provavelmente seguirá ao decidir. Nem mesmo as ditas matérias de *ordem pública* escapam dessa diretriz.

Facultar aos interessados participação na construção da *lei do caso concreto* representa, destarte, a mola mestra do processo de matriz constitucional.⁸⁹ Sublinhe-se, no entanto, que o contraditório nem sempre ocorrerá de forma prévia, podendo apresentar-se, consideradas as peculiaridades do caso concreto, de forma *ulterior* ou *eventual*. A regra, contudo, é que se dê, sempre que possível, de maneira *prévia*.

O fundamento apto a legitimar a quebra da regra geral encontra, também, assento na *moldura maior*. A possibilidade de antecipar os efeitos da tutela, distante do que afirma parte da doutrina processualista, não mais pode ser vislumbrada a partir de um prisma estritamente infraconstitucional.

A postecipação do direito de influir na edificação da *lei do caso concreto* se legitima apenas a partir de uma ponderação de valores maiores, isto é, mediante a aplicação dos postulados normativos (por exemplo, o da *proporcionalidade*, o da *razoabilidade*). Havendo choque entre direitos fundamentais *in concreto*, é dado ao julgador ponderar de acordo com a necessidade que se apresenta, optando pela prevalência momentânea de um deles.

Em suma, é possível asseverar que a partir de sua (re)leitura, o contraditório passou a figurar como o núcleo dos sistemas processuais modernos. Da previsão deriva o direito de as partes influenciarem, ao longo de todo o processo, na tomada da decisão. Independentemente da forma como venha a se apresentar (*prévia*, *posterior* ou *eventual*), não há falar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, na possibilidade de supressão ou violação do direito epigrafado. Arranhada a garantia maior, o processo estará condenado.

87 “É que o contraditório, no contexto dos ‘direitos fundamentais’ (...) deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Processo Civil*. p. 110.

88 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 36.

89 “O contraditório é o princípio cardenal do direito processual”. PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 52.

2.2.5. Direito fundamental à ampla defesa

Inicialmente vinculado apenas ao âmbito do processo penal⁹⁰, o *direito fundamental à ampla defesa*, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a integrar a moldura maior do sistema processual brasileiro, sem restrições. Trata-se, grosso modo, da garantia à *plenitude de defesa*.

A defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático. A defesa plena é garantida pela nossa Constituição Federal (inciso LV do art. 5º).⁹¹

Encontra-se em doutrina, costumeiramente, definições que muito o aproximam da conceituação por nós atribuída ao *direito fundamental ao contraditório*.^{92 93} Os conceitos, segundo pensamos, não podem, pois, ser baralhados:

Na verdade, o direito à ampla defesa não se confunde com o direito ao contraditório, com o direito à prova, nem com o direito à motivação das decisões. O conteúdo do direito à ampla defesa impõe, em regra, direito à cognição plena e exauriente, a fim de que os interessados possam alegar toda a matéria disponível de suas posições jurídicas. Significa dizer: todo o corte cognitivo, quer no plano horizontal, quer no plano vertical, deve decorrer da lei, cujos motivos devem ser fundados obviamente em razões de ordem constitucional.^{94 95}

Certamente, pela amplitude e importância, conceituar de forma objetiva e em poucas linhas o *direito fundamental à ampla defesa* não se afigura tarefa das mais fáceis (talvez sequer seja possível). Algumas de suas notas características, contudo, devem ser trazidas à baila.

Além de garantir ao jurisdicionado que, regra geral, *a atividade cognitiva dar-se-á de maneira plena* (ou seja, sem recortes capazes de inviabilizar a defesa de sua posição jurídica), o conceito envolve a compreensão de que sua concretização prática exige, dentre ou-

90 Neste sentido, por todos: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. 2 ed. São Paulo: RT, 1971. p. 232/233, t. V.

91 "O cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas." PORTA NOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 125.

92 "Neste sentido e considerando a ressalva que diz com relação ao contraditório no sentido de 'participação', de 'cooperação', de 'colaboração', a ampla defesa desempenha, na Constituição Federal, o papel que tradicionalmente era reservado para o contraditório, quase que confundido, desta forma, com a 'ampla defesa'". BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Processo Civil*. p. 115.

93 Noutra linha de raciocínio, assevera Delosmar Mendonça Jr. que o contraditório e a ampla defesa são "figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório". MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 55.

94 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 44.

95 A respeito da cognição no processo civil, indispensável consultar: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005.

tras, a *concessão de prazos razoáveis para defesa das partes, amplo acesso aos autos, respeito as possibilidades recursais* e etc.⁹⁶

A constatação do respeito ao primado constitucional, a exemplo do que ocorre com o direito fundamental à duração razoável, dentre outros, será, sempre, melhor vislumbrada a partir do exame das peculiaridades concretas.

O direito de defesa, à evidência, figura como *pedra de toque* do sistema processual albergado pela Constituição Federal de 1988.

2.2.6. Direito fundamental à prova

O tema comporta apreciação a partir de, pelo menos, dois distintos enfoques, pois, ainda que único o dispositivo constitucional que o revela (artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988), dele se extrai, no mínimo, duas distintas normas.⁹⁷

O primeiro deles diz com a *inadmissibilidade*, no processo, *das provas obtidas por meio ilícito*; o segundo, com a existência de um *direito à produção da prova* em sentido estrito.⁹⁸

O problema relativo ao discernimento entre os planos da *admissibilidade* e da *valoração* da prova deve, de pronto, ser enfrentado. *Admitir* prova significa, pois, legitimar sua permanência no processo; *valorá-la*, de outro giro, atribuir determinada eficácia à mesma *in concreto*. A admissão da prova revela-se, em última análise, pressuposto lógico à sua valoração.

Importa destacar, inicialmente, que o *modelo constitucional do processo civil brasileiro* é enfático ao asseverar que não se há de tolerar, no processo, as provas obtidas mediante atividade contrária ao direito.⁹⁹

Atualmente, doutrina e jurisprudência, têm lançado mão do termo *prova ilícita* para aludir aquelas em que se observa vício no momento de sua obtenção (trata-se, na verdade, de um acordo semântico). Prova ilícita é aquela obtida mediante violação de norma de direito material (especialmente de direitos fundamentais).

Afirma-se, nessa quadra, que não é dado ao julgador admitir prova obtida mediante ato torpe, uma vez que o processo deve, sobremaneira, revelar-se meio ético de solução

96 "Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário (...)". MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 124.

97 A respeito da possibilidade de se extrair de um único dispositivo mais de uma norma, vide, por todos: GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às normas*. p. 23/43.

98 "Ao assentar que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inciso LVI), nossa Constituição consagra a *contrario sensu* que todas as provas obtidas por meios lícitos são admissíveis - daí a consagração do direito fundamental à prova no processo". ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 45.

99 "Prova obtida por meios ilícitos é aquela que, em si mesmo considerada, é admitida ou tolerada pelo sistema, mas cuja forma de obtenção, de constituição, de formação, fere o ordenamento jurídico. Bem ilustra a situação o desrespeito ao sigilo de correspondência ou a oitiva de conversas telefônicas não autorizada nos termos da lei". BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Processo Civil*. p. 139.

dos conflitos sociais. Documentos furtados ou obtidos maliciosamente, por exemplo, devem ser repudiados pelo julgador. *In concreto*, com o aval da doutrina, a jurisprudência tem se feito valer do postulado da *proporcionalidade* para solucionar conflitos entre o direito fundamental em destaque e outros, supostamente inalcançáveis senão pela admissão da prova obtida de forma *suspeita*.¹⁰⁰ A prova obtida por meio ilícito, segundo a Constituição Federal de 1988, deve ser tida por não produzida.

Uma questão de fundo, todavia, impõe-se: subsiste a imparcialidade do julgador - exigida *pelo modelo constitucional* - quando esse, a pedido da parte, afasta prova obtida de forma ilícita, mas idônea a comprovar as alegações de fato produzidas no processo?

O juiz, ainda que inconscientemente, na grande maioria das vezes *valora* a prova em seu primeiro olhar, precedendo tal atividade à *admissão* da mesma. Uma foto, uma declaração ou um vídeo, relevantes à apuração/comprovação das alegações fáticas não sairão da mente do julgador por maior que seja o seu comprometimento com a nobre função que desenvolve. Como, então, seria possível restabelecê-la? Sem o afastamento do magistrado da presidência do caso concreto, a rigor, não há falar no restabelecimento da lisura que se espera da atividade judiciária.

Seja como for, em suma, provas obtidas por meio ilícito, nada obstante ingressem fisicamente no processo, não poderão figurar como objeto de valoração por parte do julgador. Valorá-las se afigura, pelo menos teoricamente, tarefa ulterior, que não poderá ser desenvolvida senão mediante prévio saneamento - *justificado* - da ilicitude em destaque.

De outro giro, contudo, extrai-se do inciso LVI, mediante interpretação *contrario sensu*, haver, em benefício de todo e qualquer jurisdicionado, o direito fundamental à produção da prova. Trata-se, em última análise, do direito de produzir as provas (obtidas de maneira lícita) que se qualifiquem *pertinente, controversa e relevante* ao caso *sub judice*.¹⁰¹

Alvaro de Oliveira, em excelente síntese, ensina que a “alegação de fato é *pertinente* quando concerne ao mérito da causa. É *controversa* quando sobre ela pendem duas ou mais versões nos autos. É *relevante* quando idônea a promover a compreensão da alegação de fato”.¹⁰² Presentes tais notas distintivas, não há negar a produção probatória, pena de violação à moldura processual maior.

O que importa mesmo, sem maiores delongas, é a afirmativa de que foge da alçada do julgador, *primeiro*, inadmitir a produção probatória com base na afirmativa de seu prévio convencimento (a *persuasão racional está vinculada ao plano da valoração, não da admissibilidade da prova*); segundo, não se lhe é autorizado confundir *diligências inúteis, prova pertinente, controversa e relevante*.

Caracterizando-se o processo como o derradeiro meio para satisfação forçada dos direitos, é dado às partes agir, dentro do moralmente admissível, com todas as suas armas.

100 A respeito do postulado da proporcionalidade na doutrina pátria, por todos: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

101 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 45.

102 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 45.

Negar a atividade probatória, ou seja, a possibilidade de a parte comprovar a (in)existência da versão fática sustentada, ressalvadas as limitações constitucionais, representa atentar contra o norte maior insculpido nas linhas e entrelinhas do modelo constitucional de processo, qual seja, a entrega de uma prestação jurisdicional justa, guiada, sempre, pelos passos de um *devido processo de direito*.

2.2.7. Direito fundamental à publicidade

O *modelo constitucional do processo civil* brasileiro anuncia, em “alto e bom tom”, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, ressalvadas pontuais exceções, serão públicos, pena de nulidade.^{103 104} Extrai-se da previsão em epigrafe, embora geograficamente afastada do capítulo constitucional responsável pela enunciação formal das posições jurídicas mínimas, o *direito fundamental à publicidade*.^{105 106 107 108 109 110}

A mera *publicização* dos resultados, a rigor, não satisfaz, por completo, a proposta constitucional.^{111 112} Embora suficiente à esmagadora maioria dos atos processuais, os jul-

103 “Art. 93 (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”. Redação atribuída ao art. 93, IX da CF/88 pela E.C. n. 45/04.

104 “Art. 5º (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

105 “Trata-se, como bem ressaltou a Corte Européia dos Direitos do Homem, de um direito fundamental, porque ‘a publicidade protege os jurisdicionados contra uma justiça secreta que escapa ao controle do público; ela constitui também um dos meios de contribuir para preservar a confiança legítima nas cortes e tribunais. Pela transparência que dá à administração da justiça, ajuda ainda no cumprimento da finalidade do artigo 6º (art. 6-1): processo justo”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 46.

106 Vide, ainda: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 132/135.

107 “Há uma íntima relação entre os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle das decisões judiciais; trata-se de verdadeiro instrumento de eficácia de garantia da motivação das decisões judiciais”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 59.

108 “A garantia da publicidade dos atos processuais prende-se, hodiernamente, à necessidade de fiscalização pelos participantes do processo e, em certos casos, também pelo povo em geral do conteúdo do que se faz em juízo. Não é à toa, pois, que Michele Taruffo a insere como um dos elementos essenciais à idéia de administração democrática da Justiça”. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. p. 58/59.

109 “A publicização dos atos estatais é da essência do Estado Democrático de Direito, haja vista que propicia a todo cidadão a fiscalização do exercício do poder que decorre, segundo a Constituição, do próprio povo.” PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 60.

110 Acerca do tema vide, com grande proveito: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação da decisões no novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 99/109.

111 Segundo Porto, a publicidade “não se limita ao ato de julgar, vez que também alcança os atos processuais em geral (...)”. PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme A. Porto. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. p. 170.

112 “Esta saudável disciplina da ordem constitucional-processual, por vezes, depara-se com situações ainda não bem esclarecidas quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. Efetivamente, observe-se que muito embora o preceito constitucional diga que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário (e ao dizer órgãos do Poder Judiciário a Constituição Federal não estabelece qualquer tipo de restrição, portanto o comando absorve todos!) serão públicos, sob pena de nulidade, é certo, entretanto, que um sem número de julgamentos dos juízos monocráticos ordinariamente não se dão em audiência.” PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme A. Porto. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. p. 172.

gamentos (finais), em si, devem, também, dar-se de maneira pública. Nada obstante constate-se ser facultado a qualquer do povo, em tese, o acesso às salas de audiência, o dia a dia forense revela que são poucas, para não dizer estatisticamente inexistentes (pelo menos no primeiro grau de jurisdição), as sentenças proferidas em audiência. Os autos, costumadamente, escoado o prazo para oferecimento de memoriais, vão, por determinação judicial, *conclusos* à sentença, para que, da solidão de seu gabinete, o magistrado emane decisão para posterior publicização de seu conteúdo. Para além do descompasso com o ditame constitucional, o expediente, por vezes, dado o conteúdo de determinadas decisões, desperta, nos interessados, dúvida acerca de quem está a julgá-los. Julgamentos verdadeiramente públicos possuem o condão de eliminar quaisquer suspeitas dessa natureza. A “reclamação” é, no dia a dia do foro, constante.

Com efeito, somente mediante autorização constitucional, segundo pensamos, revela-se possível restringir a publicidade dos atos processuais. Depreende-se da análise do *modelo constitucional* que a restrição apenas afigura-se legítima quando a *defesa da intimidade* ou o *interesse social* o exigirem.^{113 114}

A publicidade do julgamento e dos atos, contudo, poderá ceder frente ao interesse público ou outras garantias constitucionais, tais como o direito à privacidade (art. 5º, X). Nesta linha, a lei, em homenagem a outro princípio constitucional, de igual envergadura, poderá excepcionar a publicidade (...). Todavia, não estando em jogo a intimidade de nenhuma das partes e inexistindo interesse público a proteger, impõe-se a publicidade dos atos judiciais (...), como expressão maiúscula da democracia brasileira. A publicidade é, pois, a regra. A restrição à publicidade na prática dos atos a exceção.¹¹⁵

Às partes e seus procuradores, contudo, o acesso à integralidade dos atos processuais será, sempre, irrestrito, pena de frontal agressão ao *devido processo de direito*.

Não há falar, portanto, à luz do *modelo constitucional*, em processo secreto. Ressalvadas as hipóteses constitucionais, o processo, e todos os seus atos, sem exceção, deverá tramitar de forma aberta, sem mistérios.¹¹⁶

113 “Os processos que não correm em segredo de justiça são públicos, podendo ser acessados não só pelo advogado da causa como por terceiros, inclusive a imprensa, conclusão que se impõe pelo princípio da transparência dos atos públicos e da função jurisdicional e pela redação do art. 141, inciso V”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITTIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 47.

114 “Há uma aparente prevalência do direito à informação em relação à proteção da intimidade. Este eventual conflito de direitos fundamentais não pode ser resolvido *a priori*, (...); somente a luz do caso concreto, aplicado o princípio da proporcionalidade, será possível verificar qual dos dois deverá prevalecer. O juízo de ponderação é, sempre, *a posteriori*, e feito pelo magistrado”. DIEDER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 59, nota 102.

115 PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme A. Porto. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. p. 172.

116 “O art. 93, IX, da Constituição Federal, enseja discussão interessante sobre a não observância do princípio da publicidade. É clara sua redação quanto a ser *nulo* o ato processual praticado em desrespeito ao princípio em exame. A ‘nulidade’ referida no texto quer significar que o ato processual não é válido e, por isto, não pode pretender produzir seus efeitos regulares”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 134.

2.2.8. Direito fundamental à motivação

O conceito de *motivação*, por óbvio, esgarça em muito os lindes do estudo jurídico, disso não se podendo olvidar. Para os fins a que nos propomos, no entanto, é possível afirmar que a atividade motivacional exigida pela Constituição possa ser compreendida, em suma, como a exigência de que o Estado-Juiz justifique, analiticamente, o porquê adota, caso a caso, esta ou aquela postura de julgamento, explicitando, sempre de forma límpida, o raciocínio lógico desenvolvido e a racionalidade das decisões proferidas.^{117 118 119}

O estágio de desenvolvimento civilizatório e político atual, de controle maior do poder pela sociedade civil, não mais tolera o exercício arbitrário da jurisdição nem admite a possibilidade de ser o processo julgado por critérios arbitrários e irracionais.¹²⁰

Deriva da previsão contida no artigo 93, inciso IX da CF/88 que *todas* as decisões proferidas pelo Poder Judiciário serão motivadas.¹²¹ A profundidade da exigência deve ser bem compreendida, pena de laborarmos diuturnamente com meros arremedos de motivação.

Vigora entre nós o sistema da persuasão racional do julgador; o dever de motivar atua, numa de suas perspectivas, como verdadeira “peça desta engrenagem”. Tem-se, destarte, que o dever de motivar destina-se, numa de suas vertentes, a *limitar o arbitrio do julgador*.^{122 123}

Não há dúvida, atualmente, que o dever de *motivar* se coadune com um sem número de outras situações jurídicas. Bom exemplo da dita multifuncionalidade da motivação judicial pode ser vislumbrada na função *instrumentalizadora* do direito de recorrer, pois, que

117 Art. 93 (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

118 A respeito, com grande proveito, vide: TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975.

119 “O princípio da motivação expressa a necessidade de toda e qualquer decisão judicial ser explicada, fundamentada, justificada pelo magistrado que a prolatou”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 135.

120 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 47.

121 Apontando o acolhimento da exigência em constituições alheias, refere Sérgio Gilberto Porto que: “Muitos países outorgaram-lhe status constitucional. Na Constituição portuguesa, de 1976, o art. 205 estabelece que ‘as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei’. Na Espanha, de 1978, seu art. 120 dispõe que ‘(...) 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública’. Semelhante é o regramento belga (Constituição de 1994, art. 149: ‘tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique’, italiano (Constituição de 1947, art. 111, ‘tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivate’) e holandês (Constituição de 1983, art. 121: ‘except in cases laid down by Act parliament, trial shall be held in public and judgements shall specify the grounds on which they are based. Judgements shall be pronounced in public’). PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 66/67.

122 Neste sentido: STF, HC 68202/DF, 1 Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06.11.1990.

123 “(...) o princípio assegura não só a transparência da atividade judiciária mas também viabiliza que se exercite o adequado controle de todas e quaisquer decisões judiciais (...) o que se impõe é controlar as escolhas feitas pelo magistrado concreto à luz da sua motivação, da explicação das razões pelas quais ele escolheu o prevailecimento de um princípio e não o de outro; porque ele preencheu determinado conceito vago de um modo e não de outro e assim por diante”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 135/136.

não parece lógico, nem possível, salvo quando se recorre face à própria inexistência de fundamentação, insurgir-se contra julgado que não revele os motivos em que se pauta.¹²⁴

(...) se come è indubitabile, i giudici fanno spesso cattivo uso del loro 'libero convincimento' il rimedio non sta ovviamente nella sua eliminazione, bensì proprio nella costruzionee nell'attivazione di controlli razionali e procedimentali che possano assicurare um 'buon uso' della discrezionalità nelle scelte relative all'impiego e alla valutazione delle prove.¹²⁵

Seja como for, vale salientar que a exigência motivacional afirma-se no clamor social pelo controle da atividade judiciária, no especial sentido de dela exigir esclarecimentos acerca das condutas admitidas no convívio entre os homens. Em tempos em que a cada dia emergem propositalmente disposições eivadas de *conceitos indeterminados* o dito *poder controlador* ganha, à evidência, notório destaque.^{126 127}

Motivar, na perspectiva do modelo constitucional do processo civil pátrio, representa ir além da mera enunciação formal dos ditames que devem regular o caso concreto. Trata-se, pois, da exigência que obriga o julgador a esmiuçar (atento ao princípio da concretude) *como, quando, e por que* optou por emanar esta ou aquela decisão.

Alvaro de Oliveira e Mitidiero asseveram que, a rigor, não há falar em decisão motivada senão quando estiverem presentes e claros:

(a) enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para: (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acerto das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados (que corresponde ao modelo estrutural de motivação); (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juízo sido racionalmente correta.¹²⁸

A partir de um jogo de palavras, não raro compreendido por todos, afigura-se plenamente possível afirmar que, na linha do modelo constitucional, se exige mais do que mera motivação: exige-se a *motivação da motivação*.

124 Neste sentido: PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 70/71.

125 TARUFFO, Micheli. *La Prova dei Fatti Giuridici: nozione generali*. Giuffrè, 1992. p. 411.

126 A respeito das *cláusulas gerais* e *conceitos indeterminados*, vide: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.

127 Segundo Marinoni, afirma-se "na generalidade dos sistemas de *civil law*, que a fundamentação é imprescindível para outorgar às partes garantia de imparcialidade do juiz. Argumenta-se, ainda, que a fundamentação, além de servir às partes, importa a todos os jurisdicionados, interessados na legitimidade das decisões judiciais, especialmente daquelas que têm maior repercussão perante a sociedade. A fundamentação, neste sentido, presta-se para o juiz demonstrar a sua imparcialidade, bem como para conferir legitimação ao exercício do poder jurisdicional. **Tudo isso revela surpreendente ingenuidade.** Raciocinando-se sempre em torno de questões de direito, há de se perguntar: será que a fundamentação, por si só, outorga alguma garantia às partes? A fundamentação, em tal perspectiva, pode dar legitimação ao exercício do poder jurisdicional? Ou melhor, num sistema em que as questões de direito podem ser decididas sem qualquer respeito ao passado, há propósito em entender que a fundamentação é capaz de garantir a imparcialidade do juiz e conferir legitimação à jurisdição?" MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. p. 174.

128 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 47.

Decisório insuficientemente ou não motivado representa, por força de disposição constitucional, ato jurídico nulo.

2.2.9. Direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita

O modelo constitucional do processo civil brasileiro, para além da dita *assistência judiciária*, reconhece a todo e qualquer necessitado o *direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*.¹²⁹

Nada obstante seja possível afirmar que a previsão exceda em muito os limites do direito processual,¹³⁰ nesse âmbito, o alto custo da prestação jurisdicional destaca-se como tema central. Não há negar, destarte, que a previsão constitucional guarda estreita relação com o tema *acesso à justiça*.¹³¹

O objetivo maior é desonerar o necessitado de todo e qualquer custo oriundo do processo, de maneira a possibilitar que o economicamente frágil não deixe, pelo só fato, de defender suas posições jurídicas em juízo.^{132 133}

O que importa para o momento é fixar a lição de que, independentemente da natureza do direito posto à prova, não é possível tolher o *maior acesso à justiça* mediante filtro de natureza econômica.¹³⁴ Não se está a afirmar que derive do comando constitucional a obrigação estatal de prestar jurisdição, em toda e qualquer situação, graciosamente. Longe disso! O comando maior ordena tão somente a graciosidade da atividade estatal para os necessitados *in concreto*.

O núcleo da previsão deve ser compreendido no sentido de dela derivar o impedimento da constituição de quaisquer empecilhos, seja a título de taxa, de emolumento, de *garantia de juízo*, ou a que título for, capazes de afastar o jurisdicionado da promoção da defesa de seus interesses em juízo.

A promoção do preceito é, sem dúvida, *pedra de toque* para concretização do modelo constitucional do processo civil pátrio. Ignorá-lo, a pretexto de sustentar uma ou outra

129 "Art. 5 (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

130 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Processo Civil*. p. 142.

131 O "alto custo" do processo, inclusive, representou um dos gargalos do efetivo acesso à *justiça* identificados por Cappelletti e Garth. Vide, neste sentido, obra de leitura obrigatória: CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. (trad.) Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabbrri, 1988.

132 "Vale dizer: a proteção jurídica estatal deve ser pensada em uma perspectiva social, permeada pela preocupação com a organização de um processo democrático a todos acessível". ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 49/50.

133 "O que se quer, de acordo com o art. 5, LXXIV, da Constituição Federal é evitar que o *custo* inerente à prestação da atividade jurisdicional seja óbice para aqueles que não tenham condições de suportá-lo". BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Processo Civil*. p. 142.

134 "Para que o Estado Constitucional logre o seu intento de tutelar de maneira adequada, efetiva e tempestiva os direitos de todos que necessitem de sua proteção jurídica (...) independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e condição social (...) mostra-se imprescindível preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos econômicos para bem informarem-se a respeito de seus direitos e para patrocinarem suas posições em juízo (...)" (grifos nossos). ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 49.

ideologia, ou ainda, torneá-lo a partir de meras interpretações literais (quase sempre partidárias) representa romper com os limites do razoável.¹³⁵

O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita integra a esfera jurídica de todos aqueles, pessoas físicas ou jurídicas, que encontrem na falta de possibilidade econômica óbice ao *melhor acesso à justiça*, independentemente da *classe* que socialmente ocupem. Não há, constitucionalmente falando, qualquer nota capaz de reduzi-la pelo só fato de o requerente, necessitado, ocupar esta ou aquela posição social.

O acesso ao Poder Judiciário não pode, nem deve, esbarrar na maior ou menor condição financeira de quem dele necessite.

2.2.10. Direito Fundamental à tutela efetiva e adequada

Aduz-se a uma tutela *efetiva* (ou direito fundamental à tutela efetiva) no sentido de alcançar àquele que se afirma titular de determinada posição jurídica, assistindo-lhe razão, a própria.¹³⁶ “A efetividade da tutela (...) traduz uma preocupação com a especificidade” da prestação estatal, devendo o resultado da demanda “ser o mais aderente possível ao direito material”.¹³⁷

Quem pleiteia, exemplificativamente, um *não fazer* não deve ser agraciado, senão em última instância, com mera indenização. Não é este, a rigor, o compromisso assumido pelo Estado Constitucional de Direito.

Uma vez superada a ideia de que o processo (...) só pode oferecer uma tutela pelo equivalente monetário às partes, oriunda do fenômeno da pessoalização dos direitos ocorrido desde o direito romano tardio, tem-se pontuado a prioridade natural e jurídica da tutela específica dos direitos. Não basta possibilitar à parte sempre tutela pelo equivalente monetário. Em atenção ao postulado da máxima coincidência, o processo deve ser estruturado de modo a propiciar às pessoas aquilo, tudo aquilo e exatamente aquilo a que elas têm direito no plano do direito material.¹³⁸

Compõe, portanto, o rol de direitos assegurados pelo *modelo constitucional do processo civil brasileiro* o dever estatal de ofertar ao jurisdicionado tutela apta a garantir a concretização das situações materiais em espécie.

Já a noção de *adequação* da tutela estatal (ou direito fundamental à tutela adequada) guarda, por sua vez, estrita relação com questões *procedimentais*. A adequação da tutela, bem compreendida, concretiza-se a partir da edificação de “ritos especiais com níveis de cognição adequados, com provimentos adequados, dotados de técnicas processuais con-

¹³⁵ A respeito do tema, no entanto focado a partir da abordagem do *acesso à justiça*, vide: PORTO, Sérgio Gilberto. ÚSTARROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 40/51.

¹³⁶ “(...) efetiva, no sentido de que consiga realizá-la especificamente”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 29.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. p. 93.

¹³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 30/31.

formas às necessidades do caso”, devendo ser levada a cabo de forma *abstracta* (pelo legislador) e/ou *concreta* (atuação do magistrado no caso concreto).^{139 140}

Não se está, nessa quadra, a repudiar a conformação de um procedimento padrão – do qual é exemplo o procedimento ordinário (art. 274 e seguintes do CPC; art. 318 e seguintes do NCP- *procedimento comum*) -, no entanto, sustenta-se, contemporaneamente, que tal procedimento – *padrão* – deva, necessariamente, cumprir com a função processual de dar guarda à promessa desenhada no âmbito do direito material. Não sendo, face às particularidades do caso concreto, possível, deve o procedimento – *padrão* – ser descartado, respeitados, à evidência, os demais *direitos fundamentais* que orientam a compreensão da moldura processual maior. Tal percepção, não raro, competirá ao magistrado atuante no caso concreto.¹⁴¹

A incorporação, pelo NCP, dos denominados “Negócios jurídicos processuais” ou, como prefere parcela doutrinária, a adoção do “Contratualismo processual”, revela-se medida que vai ao encontro do direito fundamental sob comentário.

2.2.11. Direito fundamental à prestação jurisdicional tempestiva

A partir da constatação, quase unânime, de que a entrega da prestação jurisdicional tardia mais se aproxima de uma não prestação jurisdicional, compeliu-se o Estado a reconhecer, em favor de todo e qualquer jurisdicionado, o direito *à razoável duração do processo*, ou melhor, o direito de gozar de uma prestação jurisdicional tempestiva.^{142 143}

Antes mesmo da inserção de comando constitucional expresso neste sentido (o art. 5º, LXXVIII, CF/88), já era possível, a partir de uma leitura sistemática de nosso ordenamento, reconhecer a aludida obrigação estatal.^{144 145} Pretendeu-se com a inserção de ex-

139 “[...] pode ser levada a efeito tanto em abstrato, pelo legislador, como em concreto, pelo órgão jurisdicional, dada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e os contornos do nosso Estado Constitucional”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, p. 29.

140 Na perspectiva em epígrafe é vedado conceituar procedimento como mera sequência lógica de passos a serem percorridos no processo. A noção contemporânea figura como elemento indispensável à fiel concretização do modelo constitucional. O procedimento aplicável à apuração das contendas judiciais deve, também, adequar-se à promessa do legislador material. As peculiaridades do caso concreto merecem, sempre, ser observadas.

141 “[...] contanto, a ausência de legislação infraconstitucional ou mesmo a insuficiência da legislação existente autoriza o Poder Judiciário a concretizar de maneira imediata o direito à tutela jurisdicional”. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*, p. 91.

142 “A recepção do direito fundamental à tutela tempestiva percorreu um caminho interessante. Suas primeiras manifestações ocorreram na seara criminal, pelo sentimento de injustiça ocasionado pela manutenção de prisões provisórias, antes dos julgamentos definitivos, por tempo excessivo. PORTO, Sérgio Gilberto. ÚSTARROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*, p. 100.

143 “O substancial aumento no número de processos nas últimas décadas, cujas causas têm origens mais variadas – mormente na experiência do Ocidente, a revolução constitucional do pós-guerra, a desmedida injustiça social, a facilitação do acesso à justiça e o irracionalismo dos sistemas processuais -, levou à fragilização das máquinas judiciárias e ao acréscimo da demora da tutela jurisdicional. Esse fato, somado à compreensão dos prejuízos ocasionados pela demora excessiva do processo e o amadurecimento do valor efetividade, elevou à categoria de direito fundamental o direito a um processo num prazo razoável, tendo sido positiva do nessa qualidade (...)”. DIAS, Handel Martins. O tempo e o processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 34, n. 108, 2007, p. 234.

144 PORTO, Sérgio Gilberto. ÚSTARROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*, p. 100.

145 “Desde a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica em 1992, que prevê em seu art. 8 que ‘toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,

pressa da previsão constitucional enfatizar, sobretudo, que o tempo, bem dos mais escassos nas sociedades contemporâneas, não mais pode ser tratado como algo desimportante para o bom andamento do processo ou, ainda, como mero problema do demandante, como fora outrora tratado.^{146 147}

A despeito do relevante papel que desempenha no âmbito do *modelo constitucional do processo civil brasileiro*, conceituar o direito à *razoável duração*, senão utópico, representa tarefa das mais espinhosas. Mais singela, todavia, afigura-se definir o que represente a duração *irrazoável* do processo, pois que, exemplificativamente, não parece sensato, independentemente da natureza do feito, perdure ele por várias e várias décadas, a ponto de os interessados ordinários sequer sobreviverem para conhecer o seu resultado.

A identificação da tempestividade da prestação jurisdicional não escapa, segundo sustentamos, da análise do caso levado a juízo, pois que, “somente à luz do caso concreto, com a análise dos sujeitos e do direito posto em causa” é que se poderá constatar o sucesso temporal da atividade jurisdicional.¹⁴⁸ Importa, portanto, mais do que conceituá-lo, compreendê-lo.

Processo com duração razoável é o processo sem dilações indevidas.¹⁴⁹ “A aferição da razoabilidade da duração do processo reclama atenção a complexidade da causa, para o comportamento das partes e para o comportamento das autoridades judiciais, e ainda para a legislação administrativa e de ordem geral”.¹⁵⁰

Sem maiores floreios é possível afirmar que tutela prestada em tempo razoável é a tutela que (1) do ponto de vista temporal, preste-se a preservar o interesse na atuação estatal; (2) do ponto de vista das partes, alcance-lhes a prestação aguardada em interregno compatível com seus reais interesses (respeitadas, é claro, as demais prerrogativas processuais) e, por fim, (3) do ponto de vista do Estado-juiz, que lhe permita cumprir o seu mister em prazo de reflexão compatível com a complexidade da causa.

estabelecido com anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, o direito fundamental a um processo num prazo razoável integra o direito brasileiro”. DIAS, Handel Martins. O tempo e o processo. *Revista da Ajuris*. p. 235.

146 “O tempo já foi visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo. Certamente por isso foi jogado nas costas do autor, como se a demora fosse exclusivamente problema seu”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 223.

147 “Nos sistemas comparados, encontra-se a manifestação do princípio em inúmeras Constituições e Tratados. Na Constituição Italiana, ele está presente no art. 111 (‘durata ragionevole’). Na Carta Portuguesa, o art. 20 garante uma ‘decisão em prazo razoável’. Na Espanha, é garantido o direito ao processo sem ‘dilaciones indebidas’ (art. 24). A adoção brasileira, portanto, segue a linha esboçada nos ordenamentos ocidentais”. PORTO, Sérgio Gilberto. ÚSTARROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. p. 101.

148 PORTO, Sérgio Gilberto. ÚSTARROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. p. 101.

149 Acerca do tema, com grande proveito: CRUZE TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997; JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

150 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 56.

Uma leitura contemporânea dos temas *ação, jurisdição e processo*

3.1. Da ação

3.1.1. Um panorama acerca das principais teorias da ação

O tema, segundo Salvatore Satta e Carmine Punzi, “costituisce uno dei più tormentati capitoli della dottrina giuridica”.¹

Ao introduzir o tema das *teorias da ação*, costuma-se classificá-las em teorias *monistas* (unitária) e *dualista*, tomando por critério pertencer tal conceito “tão somente” ao plano do direito material ou “tão somente” ao plano do direito processual (teorias unitárias), confrontando-se a formulação que o identifica em ambos os planos (teoria dualista).^{2 3 4}

⁵ A despeito dos eventuais proveitos que se possa auferir ao assim classificá-las, o escopo ora traçado, como dito acima, é diverso. Importa-nos, sobretudo, compreendê-las em sua essência, enquanto teorias.

Limitam-se, segundo nossa avaliação, a cinco as teorias que, bem compreendida a afirmativa, traduzem um panorama geral do tema: teoria civilista (ou imanentista) do direito de agir; teoria do direito concreto de agir; teoria do direito abstrato de agir; teoria eclética do direito de agir e, por fim, a teoria da ação enquanto “posição subjetiva composta”.^{6 7 8}

1 SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 30 ed. Padova: CEDAM, 2000. p.128.

2 Alvaro de Oliveira, inclusive, dedica, para tanto, boa parte do seu *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Vide: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7/80.

3 Nesse sentido, ainda, vide: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 137.

4 Para uma abordagem relativa aos distintos planos da ordem jurídica, por todos: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação*. *Revista da Ajuris*, n. 29, 1983. p. 99/126.

5 “As teorias unitárias pressupõem seja a ação um conceito tão somente do plano do direito material (teoria imanentista do direito de ação) ou tão somente do plano do direito processual (teoria abstrata do direito de ação; teoria concreta do direito de agir e teoria eclética da ação). A teoria dualista do direito de agir, ao contrário, identifica tanto uma ação no plano do direito material como uma “ação” processual.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 137.

6 A expressão foi textualmente sinalada por Elio Fazzalari. Vide: FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. (Trad. Elaine Nassif). Campinas: Bookseller, 2006. p. 497/512.

7 Ao introduzir o tema aduz Piero Calamandrei que o ponto de partida do debate girou (e ainda gira) em torno dos questionamentos, a saber: “a ação pode ser considerada um direito, por si mesmo, distinto do direito substancial? Qual é o conteúdo desse direito? A quem, e contra que, corresponde?” CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 204.

8 Para uma concepção da ação como “Direito Judicial Material”, vide: GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2003. v. I. p. 131/156

Ao remontar o pensamento *imanentista*, Piero Calamandrei, o mais claro dos processualistas clássicos, aduz que os civilistas do século XIX tomaram por base para a sua construção, estrutura empregada à explicação das relações obrigacionais privadas.⁹

O direito subjetivo do credor visa, num primeiro momento, à prestação do devedor; mas, se o devedor não a cumpre, então o credor pode, recorrendo àquela garantia jurisdicional que está implícita no direito subjetivo, dirigir-se ao Estado a fim de obter, mediante a condenação do insumisso, aquela mesma satisfação do próprio interesse individual que teria obtido caso ocorresse o cumprimento voluntário. A ação entendida como direito de se obter do devedor, mediante a sujeição imposta pelo Estado, o equivalente à prestação devida não é, pois, algo que esteja fora do direito subjetivo, mas apenas um aspecto ou um momento do próprio direito subjetivo, um poder, imanente a ele, de reação contra a injúria, ou – como habitualmente se dizia, com imagens que não constituem definições – o direito subjetivo ‘elevado à segunda potência’, ou também ‘em pé de guerra’. Em suma, ao direito subjetivo não corresponde somente, sob a ótica passiva da relação, a obrigação, mas, além disso, a sujeição do devedor, o qual, mesmo quando não queira cumprir, responde com os próprios bens à obrigação assumida; por conseguinte, a ação, como poder de provocar a sujeição do devedor, não existe como direito separado, mas constitui um dos modos pelos quais se pode exercitar o direito subjetivo privado.¹⁰

Segundo o festejado autor, tal doutrina acreditou encontrar a confirmação de sua formulação na “célebre definição *nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi*”, segundo a qual a ação não pode ser concebida como um direito em si, “se destinada a perseguir o mesmo objeto que se deve por força de um direito subjetivo”.¹¹ Seguindo “*la huella del derecho romano, la doctrina considero tradicionalmente que la acción y el derecho eran una misma cosa.*”¹² Nas palavras de José Tesheiner, para a aludida linha de pensamento, a ação revelava-se uma “qualidade ou um estado do direito”, sendo ela o próprio direito subjetivo reagindo a sua violação.^{13 14 15 16 17}

9 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 204.

10 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 204/205.

11 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 205.

12 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 62.

13 TESHEINER, José M. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 85.

14 “Savigny e, entre nós, João Monteiro são representantes ilustres dessa linha de pensamento.” TESHEINER, José M. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. p. 85.

15 “Ação (actio juris) é a reação de que a força do direito opõe à ação contrária (*violação juris*) de terceiro; é um movimento de reequilíbrio; é um remédio. O fundamento jurídico da ação é o próprio direito violado, e o seu momento funcional a mesma violação por parte de pessoa determinada. Esta violação cria um vínculo de direito idêntico a uma obrigação, da qual é sujeito ativo o titular da relação de direito, e sujeito passivo, o seu devedor.” MONTEIRO, João. *Curso de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Duprat, 1905. v.1. p. 85.

16 “(...) não há um abismo entre o pensamento atual e o de João Monteiro. Nossa contraposição entre a ação de direito material e ação processual corresponde aproximadamente à que ele fazia entre ação na acepção subjetiva e ação na acepção objetiva.” TESHEINER, José M. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. p. 87.

17 “Segundo a definição de Celso, a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (...). Durante muitos séculos, dominados que estavam os juristas pela idéia de que ação e processo eram simples capítulos do direito substancial, não se distinguia

Costumava-se explicar que todo direito, “ante a sua violação, revestia-se de determinada virtualidade nova, conferido àquele que sofrera a lesão. Essa nova roupagem seria justamente a ação”. O conceito de ação, nessa quadra, pressupunha duas condições “bem definidas: a pré-existência de um direito e a violação do mesmo”.¹⁸

Consoante doutrina de nomeada, a assunção da aludida linha de pensamento, que “reinou incontestada” por muito tempo, conduzia, logicamente, a três consequências inevitáveis: (1) a de que não há ação sem direito; (2) de que não há direito sem ação e, por fim, (3) de que a ação segue a natureza do direito.^{19 20 21}

Entre nós, sustentando o pensamento, afirmou Jorge Americano:

O fundamento jurídico da acção é o próprio direito violado, e o seu momento funcional a mesma violação por parte de pessoa determinada. Esta violação cria um vínculo de direito idêntico a uma obrigação, da qual é sujeito activo o titular da relação de direito e sujeito passivo o seu violador. O direito de acção não é, portanto, um direito autónomo, não subsiste per se; é um dependente, potencial, faculdade concedida para a defesa de direitos ou consecução de legítimos interesses, não podendo ser exercido sem causa apreciável, ou com causa maliciosa.²²

Ao tempo da aludida formulação inexistia distinguir os distintos planos da ordem jurídica.²³ Tratou-se, na linha da melhor doutrina, de conceito inerente a pré-história do direito processual.²⁴ A ação era vista, mormente, como o produto da mutação sofrida por um direito subjetivo violado.²⁵

ação do direito subjetivo material. Assim, pela escola denominada clássica ou imanentista (ou, ainda, civilista, quando se trata da ação civil), a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 250.

18 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 92.

19 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 250.

20 “Encarava-se a ação como um elemento do próprio direito deduzido em juízo, como um poder, inerente ao direito mesmo, de reagir contra a violação, como o direito mesmo em sua tendência a atuar. Confundiam-se, pois, duas entidades, dois direitos absolutamente distintos entre si.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 109.

21 “O que caracteriza essa teoria, não obstante as variantes imprimidas por seus adeptos, é que a ação se prende indissoluvelmente ao direito que por ela se tutela. Direito ou qualidade deste, direito em movimento como consequência de sua violação, como diz Savigny, direito em seu exercício, no dizer de Vinnius, direito de pé de guerra, reagindo contra a sua ameaça ou violação, segundo Unger, direito elevado à segunda potência, conforme Mattirollo, uma posição do direito, como disse Filomusi Guelfi, propriedade, virtude, qualidade, elemento, função, anexo ao direito, a ação não é outra coisa senão o próprio direito subjetivo material.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 148.

22 AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2 ed. São Paulo: Saraiva & Comp., 1932. p. 63.

23 TORRES, Artur. A teoria dos distintos planos da ordem jurídica. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 155/171, out./dez. 2010.

24 Na linha de estudo da evolução do *direito processual civil* mediante enunciação de *fases metodológicas*, extrai-se das anotações de Daniel Mitidiero situar-se a teoria imanentista em período que denomina “*praxismo*”. Segundo o próprio, neste contexto, a “ação” era compreendida como um desdobramento do direito subjetivo (...). MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. p. 31.

25 “Pode-se dizer que as teorias materiais acerca do objeto litigioso desconhecem a essência do processo, não levam em conta que neste não se discute a respeito de um direito realmente existente, mas apenas sobre um direito afirmado. O autor, ao pedir ao

Segundo relatos históricos, inicia-se a derrocada da teoria *civilista da ação* por influência do debate acadêmico (aguerrido, diga-se de passagem) travado entre Windscheid e Mütter,²⁶ na Alemanha do século XIX.²⁷ O “móvel da veemente discórdia” residia, consoante anotou Araken de Assis, na exata compreensão da *actio romana*.²⁸

Segundo Windscheid, a *actio* era o próprio direito material, certificado pelo pretor, e não um novo direito, surgido da violação daquele, e designado, equivocadamente, *Klagerecht*. Este último, para Windscheid, esconde uma construção artificial da doutrina. Da violação do direito subjetivo nasce a inclinação de sujeitar ao interesse próprio o interesse alheio, ou seja, a pretensão (*Anspruch*). De seu turno, Mütter se opôs a Windscheid, utilizando a categoria recentemente admitida dos direitos subjetivos públicos. Ele redimensionou a *Klagerecht*, ou direito de demandar, como de direito público, perante o Estado de obter tutela jurídica, diversa do direito material, seja quanto ao sujeito passivo, aqui o Estado, seja quanto ao conteúdo. (...) da série de questões ventiladas, duas se vulgarizaram e, até hoje, se revelam fundamentais ao problema da ação: a ideia de pretensão, fixada por Windscheid, e a do direito público de demandar, enfatizada por Mütter.²⁹

Consoante Eduardo Couture, o debate ensejou a necessidade de observância de um novo conceito jurídico, pois, “*fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió de viejo tronco de derecho civil.*” Para a ciência do proces-

juiz a condenação do demandado ao pagamento de certa soma em dinheiro, em decorrência de uma compra e venda, afirma pura e simplesmente que é titular de um direito desse montante. Se esse direito afirmado existe, é outra questão. Ela será esclarecida apenas na sentença. Se acolhida a demanda, o direito exercido é confirmado; se desacolhida, é negado. Todavia, também essa declaração nem sempre conforma à situação jurídica material, pois o desfecho do processo depende ainda de o autor se sair bem na demonstração da correção de seu requerimento de tutela jurisdicional. Essa compreensão evidencia claramente que direito material e objeto da pretensão não são idênticos. Revela-se incorreto, portanto, definir o objeto litigioso como ‘direito, cuja tutela o autor requer com a demanda’. Aliás, a circunstância de se tratar apenas de um direito afirmado e não de um realmente existente já indica a falta de identidade entre o objeto da pretensão processual e o direito material.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. p. 62.

26 A respeito da visão de Mütter, observa Moacyr Amaral Santos: “Segundo sua concepção, ação consiste no direito à tutela jurídica do Estado, e que compete a quem seja ofendido no seu direito. A ação é um direito contra o Estado para invocar a sua tutela jurisdicional. É, pois, um direito público subjetivo, distinto do direito cuja tutela se pede, mas tendo por pressupostos necessários este direito e sua violação. Distingua-se, assim, o direito subjetivo material, a ser tutelado, do direito de ação, que era direito subjetivo público.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. p. 148.

27 “Diversos fatores concorreram à formação das modernas teorias que, edificando sobre bases diferentes a doutrina da ação, forneceram a pedra angular da hodierna doutrina geral do processo. Foi, de um lado, a renovação dos estudos do direito público, determinada por causas de ordem histórica, cultural e política, no princípio do século XIX, e que introduziu os pesquisadores a considerar o processo como campo da função e de uma atividade estatal, no qual prevalece e domina a pessoa dos órgãos jurisdicionais e a finalidade da atuação, não tanto os direitos dos indivíduos, quanto da vontade da lei. Foi, de outro lado, a renovação, ocorrente no mesmo período, dos estudos do direito romano que assinalou entre seus mais importantes episódios o trabalho de WINDSCHEID sobre a *actio romana* (1856) e a consequente polêmica sustentada com MÜTHER.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 59.

28 Para uma análise da evolução do Direito Processual Civil, incluindo o Processo Civil Romano, vide, como grande proveito: GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. (Trad. Lisa Pary Scarpa). Campinas: Bookseller, 2003. p. 23/52.

29 ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 58.

so, aduz o autor, “*la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo.*”^{30 31}

Frutos do consagrado embate teórico acabaram por influenciar, em boa medida, à doutrina professada por Adolf Wach, que, segundo Chiovenda, foi o “*mayor de los três ilustres juristas a quienes debe Alemania la formación de su moderna ciencia procesal.*”^{32 33 34 35} Abrolha daí, com contornos claramente identificáveis, a denominada *teoria concreta da ação*, estudada, tradicionalmente, a partir de duas distintas vertentes.^{36 37}

Numa primeira, atribuída à construção teórica de Wach, que intuiu, instigado pelo conteúdo da Ordenança Processual Civil alemã de 1877 (ZPO), a falibilidade da conceituação até então predominante (por conta da admissão textual das pretensões meramente de-

30 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 63/64.

31 “Questa idea (...) dell’azione postula essenzialmente non solo la concezione di essa come diritto, ma sopra tutto di un diritto completamente autonomo rispetto al diritto sostanziale la cui tutela giurisdizionalmente si persegue. Su questa ‘autonomia dell’azione’ regna universale l’accordo, considerandosi ormai da tutti definitivamente superate quelle dottrine che nell’azione vedevano una manifestazione propria del diritto stesso, o il diritto stesso nella sua fase dinamica.” SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 30 ed. Padova: CEDAM, 2000. p. 128/129.

32 Nesse sentido, vide apontamento de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, em fls. XIII, da apresentação da versão argentina, de 1977, da obra de Adolf Wach (*Manual de Derecho Procesal Civil*. v. I).

33 “O reconhecimento dessa autonomia tornou-se completo com Adolf Wach, que em seu Manual e na monografia fundamental sobre a ação declaratória (*Der Feststellungsanspruch*, 1888) demonstrou que a ação, tanto quando supre a falta de realização que, por lei, se deveria verificar (...), como, e principalmente, nos numerosíssimos casos em que colima a realização de uma vontade concreta da lei, tal que não deve nem pode realizar-se por outra via a não ser o processo, é um direito que se constitui por si e claramente se distingue do direito do autor tendente à prestação do réu devedor.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 60.

34 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. p. 148.

35 A respeito das premissas que orientaram a fase metodológica denominada *processualista*, vide, dentre outros, JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 86/90.

36 “Foi Wach, ainda na Alemanha, que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica. (...) Ainda à teoria concreta filia-se Chiovenda, que, em 1903, formula engenhosa construção da ação como direito potestativo.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 250/251.

37 A despeito do destaque obtido pelas teorias de Wach e Chiovenda parece-nos oportuno, por tratar-se em alguma medida de uma *teoria concreta*, ainda que sucintamente, consignar o pensamento de James Goldschmidt: “A ação ou direito de obrar (com seu conteúdo de pretensão de sentença) é um direito público subjetivo dirigido contra o Estado para obter a tutela jurídica do mesmo mediante sentença favorável. Separamos, pois, hoje a ação processual que se dirige contra o Estado, da ação ou pretensão de direito privado, que atua diante do indivíduo obrigado, enquanto em Direito romano a *actio* designava ambas as classes de ações. A ação processual dirige-se somente contra o Estado, não contra o demandado. Wach ensinava que existe um dever do demandado de suportar os atos de tutela jurídica do Estado; porém este dever não é tal dever diante do demandante, senão diante do Estado, e, na verdade, pelo menos a primeira vista, não supõe senão a situação ordinária de submissão ao Estado, ainda que delimitada juridicamente. Em resumo: o direito à ação, pela relação em que se encontra com o estado de submissão à soberania estatal, será um direito contra o Estado, cujo ônus recai sobre o demandado. A ação processual, como objeto concreto do processo (o *meritum causae*), é um direito judicial de caráter material, não de caráter processual. Não é uma ‘pretensão’ (ação ou direito) praprocessual ou supraprocessual mais que desde o ponto de vista da concepção civilista corrente, que supõe a existência de seus supostos. Para a concepção processualista, segundo a qual a finalidade do processo é fazer evidente o direito discutido, é, antes e durante o processo, a possibilidade de obter uma sentença favorável, e, depois de finalizados os debates, a expectativa da mesma.” Goldschmidt batizou sua tese como a teoria do “Direito Judicial Material”. GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. p. 131/132.

claratórias - em especial as negativas, § 231)³⁸, considerou-se a ação um direito autônomo, negando-se, veementemente, a base da doutrina civilista.

Concluiu Wach, nessa linha de pensamento, tratar-se a ação (distinta do direito subjetivo violado) de ato dirigido, primeiro, contra o Estado, pois destinado a exigir-lhe proteção jurídica; segundo, contra o próprio adversário, do qual se exige a sujeição. Para além de caracterizá-la como direito autônomo, a aludida natureza *bifronte* de sua destinação acabou, à evidência, por customizar a tese endossada pelo professor alemão.³⁹ ⁴⁰ Anotou Wach:

La pretensión de tutela jurídica es un medio para lograr la finalidad del derecho material, en esse derecho mismo, ni tampoco su 'función', ni el lado publicístico del derecho subjetivo, su inmanente coercibilidad, que suele llamarse accionabilidad, derecho de acionar, derecho accionable. Esla pretensión que el derecho vincula al hecho-tipo extraprocésal y que se ejerce frente al Estado para que satisfaga frente al demandado el interés de tutela jurídica en la forma establecida por el ordenamento procesal, la pretensión que se plantea frente al adversario para que éste tolere el acto de tutela. La pretensión de tutela no es una función del derecho subjetivo, pues no está condicionada por éste. El interés y la pretensión de tutela no existen unicamente donde existe derecho. La llamada acción de declaración negativa no tiene por finalidad la prueba de la eficacia y la conservación de un derecho subjetivo, sino de la integridad de la posición jurídica del demandado. Cuando se persigue a alguien con una acción de pres-

38 "WACH teve sua atenção despertada por um fenômeno novo no campo do processo, decorrente da introdução feita pela Ordenança Processual Civil alemã de 1877, de uma pretensão especial e autônoma para a simples declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, demonstrando que o agir em juízo poderia simplesmente consistir o exercício de uma pretensão de tutela jurídica processual para que o juiz declarasse a inexistência de uma certa pretensão do adversário. Nestes casos, caberia a sentença de procedência declarar a inexistência de uma suposta relação jurídica, o que corresponderia, em verdade a usar-se o processo para declarar que nada nos era devido, ou que nada era devido pelo autor. Ora, se a "ação" processual podia, no caso da ação declaratória negativa, cuja possibilidade estava prevista pelo § 231 (depois) 256 da Ordenança Processual Civil (ZPO) alemã, ser intentada para que o juiz nos outorgasse não 'aquilo que nos era devido' pelo obrigado, e sim para que declarasse que nada era devido por ninguém, então não seria apropriado afirmar que a 'ação' processual corresponderia sempre ao direito de perseguir em juízo 'o que nos era devido', como até então se ensinara." BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 81.

39 Anota Chiovenda que, pelo fato da categoria dos direitos potestativos mostrar-se pouco explorada ao tempo da formulação de Wach, viu-se o jurista compelido, naturalmente, a inserir a ação no quadro dos direitos a uma prestação. "Quanto a mim, que comeci a ocupar-me desses problemas quando a categoria dos direitos potestativos estava já largamente estudada na doutrina, não tive dificuldade, com o subsídio de semelhantes estudos, em ser o primeiro a inscrever a ação naquela categoria." CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 60/61.

40 "À teoria da ação, concebida como direito à tutela jurídica foram feitas diversas objeções: em essência, estas se resumiam em observar que o esquema privatístico da relação entre o titular do direito e o obrigado não se presta a enquadrar a situação em que realmente se encontra o cidadão que pede justiça perante o Estado que a administra. Na relação de direito privado há sempre, como necessária contrapartida ao interesse predominante do titular do direito, um interesse sacrificado que é o do obrigado, e o cumprimento é sempre um sacrifício de interesse destinado a satisfazer o interesse predominante do titular do direito. Mas este subordinação de sacrifício (...) não se coaduna com a figura do Estado que exerce a jurisdição: em verdade, quando o Estado faz justiça, move-se não para prestar, com sacrifício próprio, um serviço a quem lhe pede, mas para cumprir assim um de seus próprios fins essenciais, ou seja, para servir um interesse essencialmente público, como o de preservar a observância do direito. O interesse individual e o público não podem ser considerados, portanto, num processo, como duas forças opostas, e sim como duas aspirações aliadas e convergentes, cada uma das quais, longe de se beneficiar com o prejuízo da outra, considera a satisfação da outra como condição da própria satisfação." CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 206/207.

tación o de declaración positiva carente de fundamento, su interés de tutela consistirá en que esa demanda infundada se rechace. Y también donde existe um derecho, el interés y la pretención de tutela jurídica (esta última de conformidad con el derecho procesal) se le asocian unicamente si el derecho pelagra o es menoscabado, si no se lo satisface cuando tiene jurídicamente necesidad de serlo. El derecho que no es amenazado o que ha sido satisfecho no requiere tutela.⁴¹

Uma segunda vertente, não menos concretista, atribuiu-se a Chioventa, mentor da teoria da ação como *dereito potestativo*. O insigne jurista afirmou que, a despeito da autonomia da ação em relação ao direito material, afigurava-se incorreto aplicar-lhe o *selo* de direito subjetivo clássico, renegando, por outro lado, sua natureza pública.

Segundo Chioventa, aplaudido por Calamandrei⁴², embora não se pudesse negar a existência de relações jurídicas públicas (entre o Estado e o cidadão), a relação entre o cidadão e o Estado, no concernente, não é mais do que um meio que o primeiro tem de obter certos efeitos contra o seu adversário (a parte contrária).^{43 44}

Observei que, se em verdade a coação é inerente à ideia do direito (não no sentido de que, para se ter direito, se deve poder efetivamente atuá-lo, e sim no de que tende a atuar com todas as forças que estão de fato à sua disposição); se em verdade a vontade concreta da lei, quando o devedor deixa de satisfazê-la com a sua prestação, tende à sua atuação por outra via, e que, mesmo, em numerosíssimos casos, há vontades concretas de lei cuja atuação só se concebe por obra dos órgãos públicos no processo; todavia, normalmente, esses órgãos só a pedido de uma parte podem promover à atuação (*nemo iudex sine actore*), de modo que, normalmente, a atuação da lei depende de uma condição, a saber, da manifestação de vontade do indivíduo; e diz-se que esse indivíduo tem ação, querendo dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei. A ação é, portanto, o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade concreta da lei. Definição que, bem examinada, coincide com a das fontes *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quot sibi debeatur* (Inst. IV, 6, pr); em que é evidentíssima a contraposição do direito ao que nos é devido, ao direito de conseguir o bem que nos é devido mediante o juízo (*ius iudicio persequendi*). A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua na-

41 WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE, 1977. v. I. p. 42/43.

42 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 215.

43 CHIOVENTA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 60.

44 "A teoria de WACH é mais conforme à tradição germânica do que à latina. (...) A tradição latina vislumbra na ação especialmente essa direção contra o adversário; a tradição germânica se fixa, antes, na relação com o Estado, como transparece da expressão *Klagerecht* (direito de querela)." CHIOVENTA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 60.

tureza é privada ou pública, consoante a vontade de lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública.^{45 46}

Em suma, ambas as proposições (cada qual com suas peculiaridades) viam na ação um direito autônomo, contudo, consoante afirma Ovídio Baptista da Silva, “ao identificar a ‘ação’ processual com um novo direito atribuído *ao titular do direito subjetivo posto na demanda*, para que desencadeasse a atividade jurisdicional e realizasse a *condição necessária*, para que o Estado aplicasse a ‘vontade concreta da lei’”, acabaram por vincular sua existência à sua procedência, “deixando sem explicação” o fenômeno da ação improcedente.^{47 48} Tal conclusão, embora acolhida aos quatro cantos (sem maiores reações), parece-nos de pouca sustentabilidade (Chiovenda não conseguiria explicar o fenômeno da ação julgada improcedente?!?!).

Das formulações concretistas, a doutrina processual acabou por extrair a lição de que, aderindo-as, não se poderia, mormente, escapar da conclusão de que *ter ação é ter razão*, o que representa, por decorrência lógica, o mesmo que afirmar que *ter ação corresponde a ter direito a uma sentença favorável*.^{49 50}

Anota recomendada doutrina, porém, que “antes mesmo que Chiovenda lançasse sua doutrina, Degenkolb já criara na Alemanha, em 1887, a teoria da ação como direito abstrato de agir.”^{51 52}

45 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 61/62.

46 “Em última análise, a construção de Chiovenda não difere substancialmente, em suas conclusões, da teoria concreta quanto à ação como direito à sentença favorável.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 254.

47 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. p. 83/84.

48 “A teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica é inaceitável; para refutá-la, basta pensar nas ações julgadas improcedentes, onde, pela teoria concreta, não seria possível explicar satisfatoriamente os atos processuais praticados até à sentença. A mesma situação ocorre quando uma decisão injusta acolhe a pretensão infundada do autor.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 254.

49 Segundo Fazzalari, afirmar “a separação entre direito tornado válido e processo e, portanto, entre direito subjetivo e ação, com a autonomia desta, é, entretanto um engodo pegajoso, sendo que o seu resíduo arrasta um filão de ideias até os nossos dias, que, embora minoritário, continua a considerar a ação como um ‘direito potestativo’ substancial e a praticar-lhe a ‘concretude’ (pensa-se na lição de Chiovendiana (...)).” FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. (Trad. Elaine Nassif). Campinas: Bookseller, 2006. p. 503.

50 Na contramarcha das formulações *imanentista* e *concretista* aduz Couture: “(...) ésta no es tan sólo *remedium juris*, sino un poder jurídico autónomo que puede concebirse desprendido del derecho material sobre lo nuestro o lo que se nos debe. Por outro lado, que la definición, em las cuales no se reclama nada que nos pertenezca o que sea debido, sino una pura declaración apta para hacer cesar un estado de incertidumbre jurídica. Tampoco abarca las acciones preventivas y algunas constitutivas.” COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 62.

51 “Quase ao mesmo tempo, por outra coincidência curiosa, Plósz formulava doutrina idêntica, na Hungria.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 252.

52 “Enquanto os seguidores de WACH e CHIOVENDA procuravam demonstrar a autonomia do ‘direito de ação’, atribuindo-o, porém, ao titular do direito subjetivo material como um novo direito secundário, porém autônomo, frente ao Estado, outra concepção, devida também a um jurista alemão, DEGENKOLB, cujo ensaio, aliás, antecede cronologicamente ao de WACH, (...), afirmava ser a ‘ação’ realmente um direito autônomo, porém não apenas outorgados àqueles a quem a lei conferia algum direito subjetivo material, e sim a todos quantos invocassem o direito de ser ouvido em um tribunal (...)” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. p. 84.

(...) os autores que se filiam a essa corrente vêem na ação (processual) um direito de crédito, distinto, porém, do eventual direito subjetivo que venha a resguardar. Dele se distingue, sobretudo pela circunstância de que é um direito de crédito contra o Estado. É um direito público subjetivo: direito à jurisdição; direito à prestação jurisdicional do Estado, direito à sentença, isto é, direito a uma resposta do Estado, qualquer que seja o seu conteúdo.⁵³

Cinge-se à tese a afirmar que, a despeito do objeto deduzido, basta a iniciativa de um suposto interessado para que o Estado, detentor do monopólio da jurisdição, obrigue-se a prestá-la. O direito a que se alude é, além de autônomo (no sentido de não se confundir com o direito material sustentado), abstrato (independe do conteúdo da manifestação estatal).⁵⁴ Não é por outra razão que José Tesheiner, em seu *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada Civil*, ao distinguir a teoria em tela das demais, sinala que “conforme a teoria que se adote, a ação é (...) a direito a uma sentença qualquer, ainda que meramente processual (teoria do direito abstrato e incondicionado)”.^{55 56}

Nessa mesma linha ensina Ovídio Baptista:

Teriam “ação”, no campo do direito processual, tanto o autor que tivesse direito quanto aquele que viesse a juízo sem direito algum. Quem resultasse sucumbente, nem por isso, deixaria de ter exercido uma ‘ação’ (enquanto categoria processual). E por não estar o chamado ‘direito de ação’ ligado a, ou na dependência de nenhum direito subjetivo material que lhe servisse de causa, dizia-se que este direito era abstrato, ou seja, outorgado pela ordem jurídica a todos quantos invocassem a proteção jurisdicional, independentemente de serem ou não titulares dos direitos alegados em juízo. Para a chamada teoria do ‘direito abstrato de ação’ (DEGENKOLB e PLÓSZ e seus seguidores), este é um direito público subjetivo conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante para sua existência que o autor tenha ou não razão, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado. Tanto aquele que tiver sua demanda declarada procedente quanto o outro que propusera ‘ação’ julgada improcedente eram igualmente titulares de um idêntico direito subjetivo público, através do qual impunham ao Estado o cumprimento de sua obrigação de prestar jurisdição.⁵⁷

53 TESHEINER, José M. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 88.

54 “En contraposición a esta corriente de pensamiento, surge otra para la cual la acción constituye lo que se denomina con escasa felicidad técnica, un derecho abstracto (por oposición a concreto) de obrar. Para esta corriente de ideas, que se prolonga hasta nuestro días, y que hoy parece dominar el panorama doctrinal, tienen acción aun aquellos que promueven la demanda sin un derecho válido que tutelar. La acción, se disse con deliberada exageración, es el derecho de los que tienen razón y aun de los que no tienen razón.” COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 61.

55 TESHEINER, José M. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 15.

56 Em face de sua peculiaridade, vale, por oportuno, fazer menção a doutrina sustentada por Couture. “Entendemos, pues, por acción no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que esse derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales.” COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 61.

57 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. p. 84.

A despeito da acolhida por alguns, a teoria fora reprovada por outros tantos, sob o fundamento maior de não se poder baralhar *direito de ação* e *direito de petição*.^{58 59}

Um resumo das vertentes até então anunciadas (uma vez superada a concepção civilista da ação) extrai-se, com clareza, dos apontamentos de Salvatore Satta e Carmine Punzi, nos seguintes termos:

Autonomia dell'azione significa, come si è detto, affermazione e riconoscimento di un dualismo nel concetto di diritto soggettivo: da un lato il diritto sostanziale (proprietà, obbligazione) che un soggetto ha verso l'altro soggetto, un diritto che tende la soddisfazione dalle prestazioni dell'obbligato; dall'altro il diritto di azione, che non attende più nulla dall'altro soggetto, ma impone a questo l'attuazione della legge, e che può liberamente concepirsi o come un potere verso l'altro soggetto, come un diritto verso il giudice e lo Stato (ala prestazione giurisdizionale, sia astratta, cioè al mero provvedimento, favorevole o sfavorevole, sia concreta, cioè al provvedimento favorevole).^{60 61}

De outro giro, fruto da tentativa de aproximação entre as teorias *concreta* e *abstrata* do direito de agir, Liebman elaborou formulação diversa, importante ao direito processual civil brasileiro.⁶²

58 "A teoria do 'direito abstrato de ação' não foi aceita por muitos juristas, por considerarem impossível confundir o 'direito de ação' como o denominado 'direito de petição', este sim equivalente ao 'direito de acesso aos tribunais (...) outorgado indistintamente a todos" BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, p. 85.

59 Registre, por oportuno, a veemente resistência de Calamandrei à teoria que se anuncia: "Este raciocínio se baseia em uma série de equívocos." Vide, a respeito: CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 210/213.

60 SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 30 ed. Padova: CEDAM, 2000, p. 129.

61 Contextualizando geograficamente o debate em torno da ação civil, aduz COUTURE: "A escola espanhola, especialmente em seus escritores dos séculos XVIII e XIX, não havia devotado a este tema uma atenção particular. Obras inteiras de excelente qualidade, algumas realmente magníficas, não continham desenvolvimentos especiais sobre o tema (...) limitava-se a fazer a exegese do preceito clássico *actio nihil aliud est qua mihi persequendi in iudicio quod sibi debetur* (...). Somente os escritores espanhóis do século XX foram tomados de um interesse especial por este tema (...)", cujas posições representavam "uma prorrogação avançada das ideias das escolas alemã ou italiana (...). Qual foi a resposta da escola francesa? A ação, dizia-nos, é o direito em movimento; algo assim como a manifestação dinâmica do direito. Nenhuma diferença substancial existe entre o direito e a ação. Demolombe nos ensinava que quando a lei fala em direito e ações incorre em um pleonismo. (...) Mas nossa experiência, diante da resposta dessa escola, foi grave. A simetria da construção não conseguia afrontar a realidade jurídica. Nesta resposta ficavam sem explicação as obrigações naturais, o grave problema da demanda infundada (...) Os escritores modernos (...) compreenderam a debilidade que se ocultava por trás da harmoniosa construção. Mas, infelizmente, a obra do professor Vizioz, que parecia destinada a estabelecer os laços de união entre a doutrina francesa do direito público e as novas correntes do direito processual, ficou interrompida por motivos verdadeiramente penosos. (...) Qual foi a resposta da escola alemã? (...) fala-se da ação como direito autônomo, separado do direito que nos acostumamos a chamar substancial ou material. (...) Transformada a ação em um direito autônomo, não somente se consagra sua separação, mas a autonomia de todo este ramo do direito que acostumamos chamar, com palavras não totalmente difundidas ainda na escola francesa, *direito processual*. (...) Qual foi a resposta da escola italiana? O documento fundamental dessa escola está constituído pela diferença de Chiovenda ditada no início deste século, intitulada *L'azione nel sistema dei diritti*. Este estudo, que no dizer de seus mais importantes adeptos foi manifesto de uma escola, concilia as aquisições dogmáticas da escola alemã com as mais antigas tradições do direito romano (...)". COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: Discursos, ensaios e conferências*. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 14/20.

62 "Diferentemente de um mero direito abstrato e indeterminado, o verdadeiro 'direito de ação' haveria de qualificar-se através de determinados requisitos prévios, ou condições legitimadoras de seu exercício, de tal modo que - não se identificando com o *direito a uma sentença favorável*, como o concebiam defensores da teoria do 'direito concreto de ação' - também não fosse assimilado a um mero *direito cívico de petição*, facultade que todo cidadão tem de reclamar providências perante os órgãos do Estado, tenha ou não procedência a reclamação. Dessa premissas nasce uma quarta teoria sobre a 'ação' processual, denominada 'teoria eclética (...)." BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, p. 85.

No que tange à formulação, o primeiro destaque digno de nota diz com a base de construção de seu raciocínio. Segundo o próprio Liebman, a tese por ele desenvolvida toma por ponto de partida o artigo 24 da Constituição italiana de 1947, assim redigido:^{63 64}

Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.⁶⁵

A partir de seu conteúdo Liebman elabora, ainda que de forma sutil, distinção entre *ação* (propriamente dita) e *poder de agir em juízo*. No que tange ao último, assegura tratar-se de poder “reconhecido a todos” de “ilimitada abertura”, fundamentando-o na existência de uma garantia constitucional, e qualificando-o de “*generico ed indeterminado, inesauribile e incosumabile*” por conta de não estar ligado “a qualquer situação concreta”.^{66 67} Em relação ao primeiro, aduz: “*altra cosa à l’azione, il diritto soggettivo su cui è costruito tutto il sistema de processo*”, sem, contudo, alterar seu fundamento legal.⁶⁸

Para justificar a ideia de ação enquanto “*diritto al processo e al giudizio di merito*”, Liebman introduz o tema das *condições da ação*, aprofundado adiante, afirmando que “quando, em determinado caso, faltam as condições da ação ou mesmo um delas” é possível afirmar a “carência de ação, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido”. E prossegue:

L’azione, come diritto al processo e al giudizio di merito, non garantisce un risultato favorevole del processo: il risultato del processo dipende dalla convinzione che il giudice si farà sulla fondatezza in fatto e in diritto della domanda proposta e potrà perciò esse favorevole all’attore o al convenuto. Solo dall’esperimento dell’azione risulterà se l’attore ha ragione o ha torto: solo affrontando il rischio di perdere, l’attore può cercare di vincere.⁶⁹

63 “Questo diritto (di agire) gode della garanzia costituzionale, sancita dall’art 24, primo comma Cost. (...)” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1984. p. 129.

64 Segundo Marinoni. “1949 é o ano em que Liebman, em ‘*prolusione*’ (aula inaugural) na Universidade de Turim, traça a sua teoria a respeito da ação”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 178.

65 Numa tradução livre: Todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento. São assegurados aos desprovidos de recursos, mediante instituições apropriadas, os meios para agir e defender-se diante de qualquer jurisdição. A lei determina as condições e as modalidades para a reparação dos erros judiciários.

66 “Abbiamo visto che il potere dia gire in giudizio è riconosciuto a tutti e abbiamo anche visto la ragione di questa illimitata apertura: una garanzia costituzionalmente sancita, che è il riflesso *ex parte subiecti* dell’istituzione dei tribunali da parte dello Stato;” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. p. 132.

67 “Segundo uma opinião muito conhecida, esse poder pertence à categoria dos *direitos civicos*; (...) não se ligando a qualquer situação concreta.” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. (Trad. Cândido Rangel Dinamarco). Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 150.

68 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. p. 132.

69 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. p. 134.

Perceptível, assim, que na sistemática *liebmaniana* da ação, denominada *teoria eclética*,⁷⁰ a (im)procedência do pedido não figura como elemento essencial ao reconhecimento da existência da ação, consoante pugnavam os concretistas.⁷¹ Por outro lado, afastando-se, também, dos abstrativistas, sustentou Liebman o seu condicionamento, valendo-se, para explicá-la, de adaptação/atualização de expediente utilizado por Chiovenda para justificar sua tese. A doutrina em geral costuma afiançar que, para Liebman, *ter ação é ter direito a um julgamento de mérito*, o que não se alcança (nem se consuma) senão mediante a superação de algumas condicionantes.^{72 73}

Segundo Liebman, inclusive, jurisdição é

(...) a atividade do Poder Judiciário, destinada a realizar a justiça mediante a aplicação do direito objetivo às relações humanas intersubjetivas. No processo de cognição somente a sentença que decide a lide tem plenamente a natureza de ato jurisdicional, no sentido mais próprio e restrito. Todas as outras decisões têm caráter preparatório e auxiliar: não só as que conhecem dos pressupostos processuais, como também as que conhecem das condições da ação e que, portanto, verificam se a lide tem os requisitos para poder ser decidida. Recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda, propriamente, julgar: são atividades que por si próprias nada têm de jurisdicionais e adquirem esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição. A ordem jurídica tende com a jurisdição ao fim de realizar-se praticamente. Esse fim é conseguido pela decisão de mérito, não pelo exame da existência das condições para que ela possa ser proferida. Nessa fase preparatória o processo

70 Segundo doutrina de ponta é possível atribuir o batismo da teoria a Galeno Lacerda. Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*, p. 62.

71 "Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável." CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 253.

72 Alfinetando a teoria adotada pelo CPC/73, aduz Ovidio: "(...) a doutrina de LIEBMAN contém, no mínimo, dois inconvenientes graves: (a) para se manter coerente, teve de imaginar uma atividade prévia, exercida pelo juiz, que ainda não seria 'verdadeira' jurisdição, uma espécie de atividade de 'filragem' através da qual o magistrado deve investigar se concorrem os pressupostos processuais e as condições da ação; (b) acaba por reconhecer um direito de ação tanto ao réu quanto ao autor, resultado este que ultrapassa os próprios problemas, dissolvendo-o, em vez de resolvê-lo". BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Curso de Processo Civil*, p. 94.

73 "O conceito de ação. Das várias teorias que concebem a ação como um direito autônomo, destacam-se, de um lado, as que lhe atribuem caráter *concreto*, porque a definem como o direito a conseguir uma sentença favorável, e as que lhe atribuem caráter *abstrato*, porque a definem como o direito de provocar a atividade dos órgãos jurisdicionais e de conseguir uma decisão qualquer, sem nenhuma condição prévia, subjetiva ou objetiva. Entre essas duas correntes cabe uma posição intermediária, que se ajusta à definição, dada há pouco, da função jurisdicional. A ação, como direito de provocar o exercício da jurisdição, significa o direito de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide. É abstrata, porque tendo conteúdo o julgamento do pedido inclui ambas as hipóteses em que este for julgado procedente ou improcedente, mas é subjetiva determinada, porque é condicionada à existência de requisitos definidos como condições da ação. A possibilidade de requerer dos órgãos jurisdicionais um decisão, seja qual for, mesmo uma decisão que recuse julgar o pedido, não é um direito subjetivo, porque compete a todos, em qualquer circunstância, e constitui, por assim dizer, o ar em que vive uma ordem jurídica constituída. É um direito subjetivo, e propriamente o direito de ação, aquele que, nas condições indicadas, compete a uma pessoa, que pretende obter do poder judiciário a aplicação do direito a um conflito de interesses. Mas entre essas condições não se inclui a procedência da pretensão do autor porque a ação não é o direito de ver acolhido e sim, mais simplesmente, de ver julgado o pedido formulado. (...) Do ponto de vista processual, a ação é o direito ao julgamento do pedido, não a determinado resultado favorável do processo." LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 97/98.

funciona, em certo sentido, como um filtro para evitar que haja exercício de jurisdição quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios.⁷⁴

Para Liebman, sustenta Alfredo Buzaid, a ação “é um direito subjetivo processual, não direito subjetivo material”. Por tal razão, “lhe corresponde não uma obrigação, mas o exercício de uma função por parte do órgão do Estado e uma sujeição por parte do adversário, que não pode evitar os efeitos da ação.”⁷⁵

Palmilhando o tema, após aludir que, tanto para a *teoria abstrata*, como para a *eclética* o direito de ação corresponde ao *direito à jurisdição*, Ovídio Baptista da Silva suscita indagação de relevo para a melhor compreensão da proposta *liebmaniana*: “onde começa, para Liebman, a atividade jurisdicional?” para concluir, em seguida, que, na esteira do autor, a decisão do juiz que julga questões preliminares, não corresponde, a rigor, à verdadeira atividade jurisdicional. Consoante tal linha de raciocínio haverá jurisdição (Liebman), e, portanto, restará atendido o direito de ação, tão somente quando “ultrapassada essa fase de averiguação prévia”.^{76 77}

Interessante, de outro giro, é a lição que se extrai da obra de Kazuo Watanabe, em especial no que tange a não ser a formulação *abstrata da ação* incompatível, por completo, com a categoria sob comento. A diferença entre a posição dos *ecléticos* e dos *abstrativistas* é, sobretudo, a de que, para esses, as condições “da ação” revelam-se apenas condições para a admissibilidade de um pronunciamento de mérito, e não condições para o reconhecimento da existência do direito de ação.^{78 79}

A doutrina de Liebman, ainda que observada pelo Código Buzaid, fora objeto de incontáveis críticas, a ponto de ensejar o seguinte comentário: “a teoria eclética conduz ao absurdo”.⁸⁰

74 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. p. 96/97.

75 BUZOID, Alfredo. *Grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 24.

76 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. p. 86.

77 Embora vigente entre nós, a teoria *liebmaniana* da ação é, pelos doutos, fortemente criticada: “Como se vê, a tentativa de LIEBMAN de afastar-se de ambas as teorias precedentes, procurando um conceito de ‘ação’ processual que não se confundisse nem com o fenômeno estudado pela doutrina do ‘direito concreto de ação’ nem com chamado ‘direito constitucional de petição’, não teve em conta o fato de que apenas existem duas relações jurídicas, uma de direito material – conteúdo do processo -, que é a lide, outra, relação de direito público, que se estabelece entre as partes e o Estado, como manifestação da pretensão destas a que ele preste jurisdição. Como o autor terá direito à tutela jurídica estatal sempre, e, tendo razão, terá igualmente direito contra o réu, por serem, neste caso, duas relações jurídicas de que nascem direitos subjetivos, duas haverão de ser as ações: a ação de direito material (o agir contra o réu, se a sentença for de procedência) e a ‘ação’ processual (que é também um ‘agir’ cujo sujeito passivo é o Estado). Não pode haver *terceira categoria*, ou terceiro estágio, que não se confunda com o fenômeno já identificado pelos ‘concretistas’, nem seja a ‘ação’ a todos conferida, indicada pela teoria pura do ‘direito abstrato de ação’.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. p. 95.

78 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 96/97.

79 Galeno Lacerda, a partir de panorama destacado, vê no respeito às *condições da ação* a figura do *interesse legítimo*. “Se eles coexistirem, o juiz reconhecerá ao autor interesse legítimo, fórmula que, em nosso entender, compreende as três condições da ação (...)” LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990. p. 132

80 ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p.70.

Avançando no tema, em especial pelo número de adeptos que vem angariando ao largo dos últimos anos, incumbe, antes de se abandonar as teorias unitárias, anunciar a formulação sustentada por Elio Fazzalari.

Trata-se de construção que vislumbra na ação uma *posição subjetiva composta*.^{81 82} Segundo a tese, a “ação” representa “a sequência das posições processuais que cabem à parte, ao longo do curso do processo”, materialmente composta por “poderes, faculdades e deveres”, que não pode ser baralhada com a “solitária faculdade do sujeito de pôr em movimento o processo”.⁸³

A formulação, consoante o próprio Fazzalari, pressupõe que, observar o tema ação do “ângulo das posições subjetivas”, consiste em vislumbrá-la como

(...) uma série de faculdades, poderes e deveres, os quantos a lei assinale ao sujeito pela sua conduta, ao longo de todo o curso do processo, até a sentença que acolhe ou refuta a demanda e, sem a realização dela – isto é, sem o desenvolvimento do processo –, não se chega ao provimento do juiz, que acolhe ou rejeita a demanda.⁸⁴

Em perspectiva diversa, entretanto, obra a concepção dualista da ação, adotada entre nós, exemplificativamente, por Pontes de Miranda⁸⁵, Ovídio Baptista⁸⁶, Araken de Assis⁸⁷ e outros, a partir da qual, sustenta-se, com fervor, a distinção entre *ação material* e *ação processual*, situadas em distintos planos da ordem jurídica.⁸⁸

A compreensão da aludida linha de raciocínio requer uma visão macroscópica do sistema jurídico. Sustenta-se a distinção entre os planos do direito material e do direito processual, vislumbrando cada qual a partir de três distintos elementos: direito subjetivo, pretensão e ação, inconfundíveis entre si.

81 “(...) nos dias atuais, ou se emprega o nome de “ação” para significar tal situação subjetiva composta – a única realidade que importa pelo ordenamento e que é parte integrante do processo – ou é preciso renunciar ao velho e glorioso nome.” FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. (Trad. Elaine Nassif). Campinas: Bookseller, 2006. p. 505.

82 Entre nós, exemplificativamente, adotam-na Alvaro de Oliveira e Mitidiero. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 140.

83 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. p. 505.

84 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. p. 504.

85 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. I. *passim*.

86 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. p. 61/97.

87 ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 73/85.

88 Criticando a concepção (dualista) aduzem Satta e Punzi: “La concezione dualistica che or ora abbiamo criticatto parte in sostanza dall’idea di un ordenamento costituito da un complesso di norme che regolano tutta la vita associata. La forza di questa idea è tanto grande che la si scambia per una obbiettiva realtà (il diritto obbiettivo, appunto): e a questa obbiettiva realtà si fa corrispondere un’altra idea, no meno scambiata per obbiettiva realtà, che è il diritto soggettivo. È, come si vede, tutto un lavorio di astrazione, che ha suoi pregi, specie da un punto di vista didattico, ma che dimentica una cosa sola: que il diritto vive nel concreto, è anzi il concreto stesso, e pertanto la norma è ordenamento soltanto un quanto efetivamente un ordine si stabilisca, cioè la realtà si componha in un certo ordine, che costituisce la sua interiore norma. Allo stesso modo il diritto soggettivo è tale ed esiste come tale soltanto in quanto ci sai quell’ordine, nel concreto: ed è chiaro anzi che diritto soggettivo e diritto oggettivo nel concreto sono una cosa sola, perché l’ordine non si realizza se non nei soggetti e nelle situazioni particolari dei soggetti che sono la componente e insieme la resultante dell’ordine.” SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 30 ed. Padova: CEDAM, 2000. p. 130.

No que tange à lição concernente ao elemento *direito subjetivo*, aduz Pontes de Miranda: “o direito subjetivo é a atribuição de um bem da vida, quando a lei o garante. O que o caracteriza é a subjetividade combinada com a incidência concreta da lei.”⁸⁹ A noção de titularidade de um direito subjetivo, bem compreendida, diz com uma posição de vantagem jurídica de um sobre outro sujeito de direito.⁹⁰

Um direito subjetivo não é outra coisa senão uma vantagem conferida a um sujeito (ou de uma outra classe de sujeitos) diante de um outro sujeito (ou de uma outra classe de sujeitos) ao qual é imposto um dever (uma obrigação) correspondente.⁹¹

De modo geral, a ideia é de fácil compreensão.

A noção de direito subjetivo figura como ponto de partida para a explicação do funcionamento lógico do plano do direito material. Araken de Assis assevera que o direito subjetivo “concede ao titular uma posição jurídica estática e relativa.”⁹² Ovídio Baptista da Silva, contrapondo as noções de *direito subjetivo* e *ação*, enquadra a ideia de direito subjetivo como “um *status*, uma categoria jurídica estática, ao contrário da *ação* que pode ser esse próprio direito subjetivo em seu momento dinâmico.”⁹³ O *direito subjetivo* caracteriza-se como uma posição de vantagem jurídica, que, não raro, prescinde para sua existência de qualquer agir de seu titular, uma vez que, segundo tal doutrina, a simples incidência de uma previsão jurídica (pré-determinada) sobre respectivo suporte fático revela-se suficiente ao seu nascimento.⁹⁴ Destaque-se que, segundo tal corrente, é “perfeitamente admissível representar o direito subjetivo através do verbo ‘ter’.”^{95 96}

No plano do direito material localizam-se, exemplificativamente, os direitos subjetivos de crédito, de propriedade e outros; no plano do direito processual, o direito subjetivo público à tutela jurisdicional, que, em nada se confundem consoante pressupunha a doutrina imanentista.

Não podem ser baralhados, outrossim, *direito subjetivo* e *pretensão*. À luz da doutrina em destaque, enquanto o primeiro encontra-se vinculado ao verbo *ter*, o segundo iden-

89 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.t. I, p. 23.

90 “Mediante o preenchimento de um suporte fático, surge para alguém, uma peculiar situação de vantagem, já designada de direito subjetivo.” ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 76.

91 GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. p. 252.

92 ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 75.

93 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista da Ajuris*, n. 29, 1983, p. 100.

94 ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 75.

95 ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 76.

96 Versando a respeito da gênese dos direitos subjetivos, Guastini afirma que: “(...) um direito subjetivo pode ser conferido pelas normas mais diversas do ponto de vista da fonte de origem. Por conseguinte, à guisa de princípio, os direitos subjetivos podem ser classificados conforme a fonte da qual se originam. Por exemplo, pode-se distinguir entre: direitos subjetivos ‘contratuais’, direitos subjetivos ‘legais’ e direitos subjetivos ‘constitucionais’. Um direito ‘contratual’ é um direito que tem sua fonte no contrato, ou seja, num ato de autonomia privada. Um direito ‘legal’ é um direito que foi conferido a um sujeito por uma norma legislativa, ou seja, por uma norma dotada de ‘força de lei’. Um direito constitucional, por sua vez, é um direito que foi conferido a um sujeito por uma norma constitucional, isto é, por uma norma estabelecida num plano ‘superior’ (se não em outro, sentido axiológico) relativamente à lei.” GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. p. 251.

tifica-se com o verbo *exigir*. “Certamente, na normalidade dos casos, há direito subjetivo e, há a respectiva pretensão, que não é outro direito, mas o próprio direito subjetivo potencializado, dotado desse dinamismo capaz de torná-lo” efetivo.⁹⁷ Sustenta-se, então: uma coisa é a existência do direito, outra a possibilidade de exigí-lo.

O exemplo do direito de crédito submetido a *termo* mostra-se sempre bem-vindo à compreensão da distinção.⁹⁸ Haverá direito subjetivo do mutuante em face do mutuário (pondo o suposto credor em posição de vantagem jurídica perante o suposto devedor), ainda que não lhe seja possível *exigir* sua satisfação antes da data pactuada para o cumprimento da obrigação.

Aduz Ovídio: pretensão é a “faculdade de se poder exigir a satisfação do direito” subjetivo, sendo tal realidade inconfundível com o direito em si.⁹⁹ Na guisa do exemplo, portanto, é o alcance do *termo* (elemento acidental do negócio jurídico) que fará surgir para o credor *pretensão* (no caso, *material*), potencializando seu direito de crédito. Em “vez de permanecer estático, o direito passa”, mediante o surgimento da *pretensão*, “a uma posição dinâmica”.¹⁰⁰ Equivale-se a pretensão à mera faculdade, de maneira que poderá ou não efetivar-se. É plenamente possível, por exemplo, que o credor, ainda que lhe seja permitido, mantenha-se inerte em relação à satisfação de sua vantagem jurídica.

Mas a noção de *pretensão*, segundo a doutrina dualista, não corresponde, em última análise, a um agir. O suposto titular de um direito subjetivo, *já exigível*, poderá buscar sua satisfação perante o suposto obrigado e o faz, por definição, afirma Ovídio, mediante a premissa (verbo *premir*) do obrigado.¹⁰¹ Ao “exercício efetivo da pretensão, exigindo o titular do direito, de fato, o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo, premindo-o, corresponde um outro estágio do direito subjetivo(...)”.¹⁰² No estágio do *efetivo exercício da pretensão* (o premir) o titular do direito conta, sempre, com um ato voluntário do sujeito passivo da relação jurídica material: o cumprimento espontâneo da obrigação assumida. Satisfeito o direito, ponto final. Inexistindo, contudo, o cumprimento espontâneo, nasce para o titular do suposto direito subjetivo, segundo a doutrina em destaque, *ação material*.¹⁰³

É precisamente nesse estágio (de desenvolvimento do plano material) que a mera *exigência* dá lugar ao *agir* do insatisfeito.¹⁰⁴ “Nasce à ação, em benefício do titular do direito,

97 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. p. 103.

98 “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.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. p. 101.

99 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. p. 102.

100 ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. p. 76.

101 “Se, nessa circunstância, o titular do direito subjetivo exige do obrigado o cumprimento, está a exercer pretensão de direito material; estará exigindo, forçando o titular do dever jurídico (obrigado *lato sensu*) à observância da conduta que o dever lhe impõe. Ainda não estará *agindo para a realização*.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. p. 99.

102 ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. p. 77/78.

103 “Se, todavia, o titular do direito subjetivo exige do obrigado a satisfação e tal exigência foi infrutífera, porque o sujeito viola o dever jurídico e o infringe, nasce ao titular do direito a *ação de direito material*, que é o agir – não mais o simples exigir – para a realização.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. p. 103.

104 “De ordinário, ao direito toca, em seqüência à pretensão, a ação, que desborda a fase de exigência, indo além: ‘agir’ inclui atividade para satisfação.” ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. p. 78.

quando o sujeito passivo não satisfaz seu dever jurídico” ou, tratando-se de pretensões que se satisfazem mediante atos positivos ou negativos, “ocorre uma interrupção dessa conduta”.¹⁰⁵ A ação de direito material “é o agir para a realização do próprio direito”.¹⁰⁶

O Estado moderno, como sabido, monopolizou o *poder-dever* de dicção/concretização do direito, vendando, salvo raríssimas exceções, o *agir* privado.^{107 108 109} É, pois, esse o momento, pelo menos para a teoria dualista, de transição do plano material para o plano processual.

Situado no plano processual afirma-se haver um *direito subjetivo*, de natureza pública - porque exercível em face do Estado - à tutela jurisdicional, que, a rigor, não se confunde com a posição jurídica suscitada em juízo (o direito subjetivo material).¹¹⁰ Para além da afirmativa, sustenta tal corrente ser aplicável ao plano processual a distinção entre *direito* e *pretensão* (agora processuais). Para parcela da doutrina, inclusive, o “direito à tutela jurídica” já “nasce dotado de pretensão”, ou seja, exigível.^{111 112} Não nos parece, contudo, seja a afirmativa universalizável.¹¹³

Seja como for, consoante tal doutrina, é do efetivo exercício da pretensão à tutela jurídica estatal (ou pretensão processual) que nasce relação jurídica diversa da supostamente existente no plano material: a relação jurídica de direito processual.^{114 115} “Existe, por-

105 ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 78/79.

106 BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação*. p. 104.

107 “Vedada em princípio à autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe, pois solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 249.

108 Vide art. 1.201, §1, *primeira parte*, CC/2002.

109 “A nota característica do conceito de ação - agir que não depende da anuência do sujeito passivo - mostra porque os ordenamentos jurídicos admitem-na excepcionalmente. O exercício privado da ação provocaria tumulto social, um progressivo desfazimento dos laços da vida em sociedade, a negação da paz e do império da justiça. Por isso, o Estado moderno proíbe-o, em geral, criminalizando-a como exercício arbitrário das próprias razões, avocando, por decorrência, o monopólio da distribuição da justiça.” ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 79.

110 “Parece totalmente inaceitável, em vista deste liame, comprovado, ainda, pela circunstância de a ação gerar o processo, a deliberação ou negligente confusão entre os planos. Do direito de acesso à justiça, típico da relação processual, nasce a ação processual, independente, à toda evidência, do direito material previsto, em tese ao regulamento do conflito. A medida da referida separação fornece a chave definitiva do problema.” ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 86.

111 ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 84.

112 Não se ignora, por óbvio, que também no plano do direito material, em determinadas situações surgem, direito subjetivo e pretensão, em momento idêntico. *Ad exemplum*, anem-se os direitos reais, com destaque para o direito de propriedade que, a nosso ver, já nasce dotado de pretensão material.

113 Bom exemplo para distinguir direito (de bater às portas do Judiciário) e pretensão no plano processual pode ser extraído, segundo sustentamos, do conteúdo do artigo 217, §1º da Constituição Federal de 1988. Segundo prescreve, as questões de natureza desportiva (ainda que não se negue o direito subjetivo público de bater às portas do Poder Judiciário) não serão por ele analisadas senão após o esgotamento da via “administrativa”. Logo, é possível afirmar a existência do direito, sem, contudo, que se possa afirmar perfectibilizada à pretensão processual (isso só ocorrerá após o esgotamento da via administrativa).

114 “A relação jurídica processual estabelece-se, inicialmente, entre o autor e o juiz. É apenas bilateral nessa fase. Com a citação do réu, este passa também a integrá-la tornando-a completa e *trilateral*.” THEODORO JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 66. Em sentido oposto: “Desde que citado, o réu ostenta a posição de pólo do verso da relação, porque ela se oferece em ângulo: dois sujeitos ativos (autor e réu) e um passivo (Estado).” ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 85.

115 “A ação é instrumental, é um direito a serviço de outro direito que é o de natureza material.” FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I. p. 147.

tanto, o direito público à jurisdição, provido da pretensão à tutela jurídica, a qual, exercida, põe o Estado a dever a prestação jurisdicional.”¹¹⁶

Segundo a doutrina dualista, a “demanda estabelece a relação processual, que tem por sujeito ativo o autor, e por passivo, o Estado.”¹¹⁷ E mais: a demanda conduz à satisfação do direito à prestação jurisdicional, ou seja, do direito subjetivo público pertencente a todo e qualquer jurisdicionado, oriundo da vedação estatal à realização da justiça privada. Nesse diapasão, independentemente da procedência ou improcedência do pedido, o direito de acesso aos tribunais encontrar-se-á satisfeito.^{118 119}

Cumprido o escopo investigativo anunciado, registre-se que dentre as teorias enumeradas, a despeito das numerosas críticas doutrinárias¹²⁰, o processo civil brasileiro, pelo menos no âmbito infraconstitucional, ao tempo da edificação do Código Buzaid, optou, com clareza ímpar, pela teoria formulada por Liebman¹²¹, muito embora não se possa, por prudência, afirmar o mesmo em relação ao NCPC.

Seja como for, o progresso compreensivo da teoria adotada pelo CPC/73 (a do condicionamento da ação) passa pela prévia análise da teoria *chiovendiana*, já sinteticamente anunciada, que, de seu turno, igualmente lançou mão do expediente condicionante (anunciando algumas *condições da ação*), mas que, a rigor, trabalhou-as à luz de premissas distintas, se comparadas à abordagem *liebmaniana*.

Tal investigação, ainda diante do surgimento do NCPC, impõe-se, primeiro, porque, a rigor, inexistente apontamento expresse acerca da teoria adotada; segundo, face à manutenção, no texto da Lei (13.105 de 2015), das expressões *interesse e legitimidade* (vide art. 17), bem como, terceiro, em atenção ao apontamento contido na exposição de motivos do Novo Código, a saber: “Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.”¹²²

Passa-se, assim, à análise do tema.

116 “Existe, portanto, o direito público à jurisdição, provido da pretensão à tutela jurídica, a qual, exercida, põe o Estado a dever a prestação jurisdicional.” ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. p. 85.

117 ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. p. 85.

118 “Em outras palavras: o exercício da ação não fica vinculado ao resultado do processo.” THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I. p. 49.

119 Vinculando as teorias da ação a compromissos ideológicos, José Tesheiner afirma, em suma, que: (1) a teoria civilista da ação, bem como a concepção concretista de Wach, guardam compromisso ideológico com um ideal *liberal*; já a concepção abstrata, por sua vez, afeiçoa-se ao ideal *totalitário*. Vide: TESHEINER, José. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. p. 104/105.

120 “Tão clara opção do estatuto por uma teoria que, à semelhança das outras, talvez seja amplamente falsificável, representando apenas um patamar transitório em relação ao progresso científico, despertou severas e compreensíveis reprovações. Entre outros, Celso Agrícola Barbi increpa a orientação do Código de ‘discutível’. Mas a maior prova do aqodamento na adoção desta teoria deriva de inesperada deserção. Enrico Tullio Liebman, em quem se buscou a inspiração, a quem se procurou homenagear, eliminou a possibilidade jurídica desta categoria. E, isto, em virtude da circunstância pueril e fortuita de a Itália introduzir o divórcio a vínculo, exemplo preferido para demonstrar a impossibilidade geradora da ‘carência de ação’.” ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**. p.66/67.

121 “O Código de Processo Civil vigente perfilha a doutrina de Liebman.” BUZAI, Alfredo. **Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 26.

122 Vide tópico “4”, da Exposição de Motivos da Lei 13.105 de 2015.

3.1.2. Condições da ação. Teorias *chiovendiana* e *liebmaniana*.

O tema *condições da ação* não representa, consoante anunciamos alhures, uma temática originariamente brasileira, muito embora o contato da doutrina pátria com a aludida categoria tenha, em muito, contribuído para o debate acerca de sua própria *existência* enquanto *categoria jurídica autônoma*. Seja como for, entre nós, responsabiliza-se o CPC/73 por torná-lo tema, também, de interesse nacional.

Já no início do século XX, o tema mereceu sistematização pela pena Giuseppe Chiovenda. No seu consagrado *Instituições de Direito Processual Civil*, a propósito, afirmou o líder da Escola Clássica Italiana (e mestre de Liebman em determinado contexto histórico), fiel a linha de raciocínio do conceito de ação sustentado (teoria do direito potestativo), entender por “condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor”, vale dizer, as condições indispensáveis à obtenção de um pronunciamento favorável ao autor.¹²³ Segundo a formulação em destaque, às condições da ação representavam “questões de mérito”.¹²⁴

Para Chiovenda o rol de condições da ação era o seguinte: (a) existir uma vontade concreta de lei que assegurasse a alguém determinado bem, obrigando o réu a uma prestação, (2) a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa por ela obrigada à prestação e, por fim, (c) o interesse em obter o bem da vida por obra dos órgãos públicos.^{125 126}

A sentença, pois, que se pronuncia sobre a demanda pode negar a ação por falta, seja de interesse, seja de qualidade, seja de um bem garantido pela lei; em todos os três casos,

123 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 109.

124 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 113.

125 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 109.

126 Encontra-se em Goldschmidt uma formulação parcialmente distinta a respeito do tema. Afirma o autor: “As condições da ação são as seguintes (requisitos da tutela jurídica): a) Um determinado estado de fato, em geral, o correspondente à pretensão de direito privado de que se trate, ou a uma relação jurídica qualquer, ou outro fato diferente destes (por exemplo, a autenticidade de um documento (§256). b) Tal estado de fato deve ser suscetível de proteção jurídica, porque existem alguns que não o são, por exemplo, os sponsais (1.297, BGB) ou os créditos demorados de um despendedor de aguardente contra um devedor já obrigado anteriormente por outras dívidas de consumo de bebidas (Lei de tabernas, de 28 de abril de 1930), ou as reclamações da mulher contra o marido com respeito à administração e desfrute dos bens daquela, enquanto dure o regime conjugal de bens (§ 1.394, BGB). Deve-se advertir, por outra parte, que a suscetibilidade de empreender uma ação para a exigência de um direito não pode ser excluída por meio de contrato. c) Há de existir, ademais, uma verdadeira, *necessidade* ou *interesse de tutela judicial*. Assim, por exemplo, na ação declarativa deve existir um interesse em obter uma rápida declaração (§256); na ação constitutiva, o de conseguir a constituição judicial de um direito. Falta esta necessidade quando se acusa de uma maneira clara que o autor possui outro caminho mais econômico e mais curto para fazer cumprir seu direito (...). Não deve confundir-se, contudo, com esta necessidade (objetiva) de tutela judicial a indução (subjetiva) à apresentação da demanda. A ausência de motivação não conduz à repulsa da demanda, senão simplesmente à condenação em despesas judiciais do autor, quando o demandado se conforma imediatamente à pretensão do demandante (§ 93) (Tal ausência de causa ocorre, por exemplo, quando se trata de dívidas que não tenham sido exigíveis (vencidas) até o momento da apresentação da demanda, ou quando o autor esteja em mora de credor, ou quando o herdeiro demandado não tem conhecimento nenhum da mora em que se encontrava o causante, ou o cessionário que atua como demandante não houvesse notificado a cessão ao *debitor cessus*). (...) Os pressupostos ou requisitos de tutela judicial pertencem ao direito material de justiça, quer dizer, ao direito privado, modelado à maneira de um direito público, e complementado essencialmente pelo que se refere em certos casos aos suposto b) e c).” GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. p. 132/134.

é favorável ao réu, reconhece-lhe um bem e produz a coisa julgada, mas em graus diferentes. Se nega a ação por ausência de interesse, não nega que a ação possa vir a surgir relativamente ao próprio direito já deduzido na lide, quer dizer, com fundamento num interesse novo (por exemplo, nova lesão de direito, recusa efetiva de adimplir). Se nega a ação por ausência de qualidade, não nega que o autor possa propor de novo a ação relativamente ao próprio direito, quer dizer, com fundamento num fato que lhe confira a qualidade (cessão, sucessão). Se nega, ao revés, a ação por ausência de vontade de lei que assegure um bem, a absolvição do réu é completa e definitiva: é o máximo que se concede ao réu. O autor, neste caso, não poderá mais agir, a não ser que prove que a vontade da lei, antes inexistente, surgiu apoiada num fato novo.¹²⁷

Sem confundi-los é certo, afirmava o autor que tanto os *pressupostos processuais*, como as condições da ação acima anunciadas (*stricto sensu*), tratavam-se de “condições”. Essas, para o alcance de uma decisão favorável ao autor; aqueles, para a “obtenção de um pronunciamento qualquer, favorável ou desfavorável, sobre a demanda.”^{128 129 130} A visão de Chiovenda, não se há de perder de vista, partia de uma concepção de ação dita concreta.¹³¹

Sob enfoque diverso, todavia, o tema fora enfrentado na perspectiva *liebmaniana*. Enrico Tullio, frise-se, não tinha por concepção teoria da ação similar a sistematizada por Chiovenda. Sua teorização sobre o tema, como visto anteriormente, visou a, grosso modo, aproximar as teorias *concreta* e *abstracta* do direito de agir, distanciando-se da posição *chiovendiana*.¹³²

Embora o mestre peninsular tenha, ao menos parcialmente, alterado o seu posicionamento já na terceira edição de seu *Manuale* (afastando a *possibilidade jurídica* como condição autônoma da ação - subsumindo-a no *interesse de agir*^{133 134}), sublinhe-se que, a

127 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 109/110.

128 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 110.

129 Em relação ao tratamento dado por Chiovenda aos *pressupostos* importante destacar o seguinte trecho de sua obra: “Negando-se a existência dos pressupostos processuais, não se nega a existência da ação, que permanece injulgada. Nega-se que a ação, na hipótese de existir, haja podido fazer-se valer nesse processo: não se nega, porém, que possa fazer-se valer imediatamente ou em prosseguimento do mesmo processo, ou em outro processo. A sentença, por tanto, que se pronuncia apenas sobre os pressupostos processuais, ou seja, que declara possível pronunciar-se sobre a demanda ou absolve do prosseguimento da causa, não é favorável nem ao autor, nem ao réu; não concede nem recusa nenhum bem;” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 111.

130 Chiovenda inseria entre os *pressupostos processuais*: (a) a presença de um órgão estatal investido de jurisdição e competente “na causa”, sendo subjetivamente capaz de julgá-la, bem como (c) a capacidade de ser parte e a capacidade processual. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 111.

131 Palmilhando o tema (condições da ação) na perspectiva proposta por Chiovenda, após textualmente reproduzi-las, aduz Araken de Assis: “Neste rol, se observa que Chiovenda atrela seu conceito ao direito material.” ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 62.

132 Nesse sentido vide: PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme A. *Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49/51.

133 Afirma Liebman, na *ristampa della quarta edizione* do seu *Manuale*, edição a que tivemos acesso, que: “Le condizioni dell’azione, poco fa menzionate, sono l’interesse ad agire e la legittimazione.” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1984. p. 135.

134 “Na terceira edição de seu Manual, Liebman afastou a possibilidade jurídica como condição autônoma (...)” TESHEINER, José M. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 19.

rigor, é a formulação originária de sua tese a que mais de perto interessa, uma vez que foi essa, e não outra, a teoria acolhida pelo Código Buzaid.

Para Liebman, pelo menos numa concepção originária, e para o direito infraconstitucional brasileiro, conseqüentemente, são três às condições da ação: o interesse de agir, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido.¹³⁵ Primando pela originalidade da lição, vale, ainda que parcialmente, transcrever os apontamentos do próprio construtor da tese.

No que tange ao interesse de agir, sinalou Liebman:

Secondo la prevalente opinione, ogni diritto soggettivo è costituito da un interesse, qualificato da un potere della volontà. Nulla dunque di più naturale che anche quel diritto soggettivo che à l'azione abbia per suo contenuto uno specifico interesse, che è appunto l'interesse ad agire. Esso si da quello sostanziale, per la cui protezione si intenta l'azione, così come questa si distingue dal corrispondente diritto soggettivo sostanziale. L'interesse ad agire è un interesse processuale, sussidiario e strumentale, rispetto all'interesse sostanziale, primario, ed ha per oggetto il provvedimento che si domanda al Magistrato, in quanto questo provvedimento si ravvisa come un mezzo sostitutivo per ottenere il soddisfacimento dell'interesse primario, rimasto insoddisfatto a causa dell'inadempimento dell'obligato (o eccezionalmente perchè la controparte non può soddisfarlo). L'interesse primario del creditore di 100 sarà di ottenere il pagamento di questa somma; l'interesse ad agire sorgerà se il debitore non paga alla scadenza, ed avrà per oggetto la condanna del debitore; e successivamente l'esecuzione forzata a carico del suo patrimonio. Perciò i due interessi, quello sostanziale e quello processuale, hanno uno scopo ultimo comune (ricevere 100), ma quello processuale ha come oggetto diretto e immediato l'attività degli organi giurisdizionali. Esso sussiste quando il provvedimento domandato si presenta come adeguato a proteggere o soddisfare l'interesse primario che si afferma leso o minacciato dal comportamento della controparte, o più genericamente dalla situazione di fatto esistente. L'esistenza dell'interesse ad agire è perciò una condizione dell'esame del merito, che sarebbe evidentemente inutile se il provvedimento domandato fosse in sé e per sé inadatto a tutelare l'interesse leso o la minaccia che viene denunciata in realtà non esiste o non si è ancora verificata. Naturalmente riconoscere la sussistenza dell'interesse ad agire non significa ancora che l'attore abbia ragione nel merito; vuol dire soltanto che può averla e che la sua domanda si presenta come meritevole di essere giudicata.¹³⁶

No concernente a *possibilità giuridica*, ensinou:

Il terzo requisito dell'azione è dato dall'ammissibilità in astratto del provvedimento domandato, cioè dal fatto che esso rientri tra quelli che l'autorità giudiziaria può pro-

¹³⁵ Segundo o artigo 267, VI, do CPC/73 são condições da ação "a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;"

¹³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 39/40.

nunciare e non sai espressamente vietato. È chiaro che ogni esame del merito è inutile se l'attore propone una domanda per un provvedimento che il giudice non può pronunciare, quali che siano i fatti del caso concreto. Per es, il giudice non può pronunciare il divorzio tra cittadini italiani, nè può ordinare l'arresto del debitore, nè annullare un atto amministrativo anche illegittimo e lesivo di diritto del cittadino (...).¹³⁷

Por fim, acerca da *legittimazione ad agire*, aduziu:

(...) è la titolarità (ativa e passiva) dell'azione. Anche l'azione infatti, come ogni altro diritto, può essere di regola fatta valere soltanto dal suo titolare e perciò non è dato ascolto in giudizio a chi tale non sai. Inoltre lo stesso titolare non può farla valere se non nei confronti della legittima controparte. A chi spetta la legittimazione? Le spiegazioni date poco fa sull'interesse ad agire aiuteranno a rispondere a questa domanda. È facile intendere che, dato il carattere strumentale, sostitutivo dell'azione, essa non è conferita di regola se non al titolare dell'interesse che essa tende a proteggere, e nei confronti del titolare dell'interesse che con esso si trova in conflitto. Sono queste persone, ed esse sole, che hanno diritto ad ottenere una decisione sulla materia di questo conflitto. È ciò che intende dire l'articolo 81 quando stabilisce che, fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio um diritto altrui. Possono esservi senza dubbio dei terzi più o meno interessati alla lite, ma di solito la legge non riconosce loro il diritto di agire e ad essi non rimane che attendere l'esito della causa intentata dalla persona legittima. In alcuni casi tuttavia non è così. Specialmente in materia di stato delle persone e dei rapporti di famiglia la legge riconosce, nei casi tassativamente indicati, una legittimazione straordinaria anche a persone diverse dai titolari del rapporto. (...) La sostituzione processuale non deve confondersi con la rappresentanza che è tutt'altra cosa, perchè il rappresentante agisce in nome e per conto del titolare, non ha legittimazione e non è parte in causa. Naturalmente anche la questione sulla legittimazione è preliminare rispetto al merito. Accertare come sussistente la legittimazione non significa dar ragione all'attore, ma soltanto riconoscere che si trovano in giudizio le persone nei cui confronti l'azione proposta può essere giudicata;¹³⁸

Parece evidente, como bem observou Tesheiner, que, a despeito da identidade parcial da nomenclatura *condizioni dell'azione*¹³⁹ anunciadas por Chiovenda e Liebman, em conteúdo, dado o pensamento sustentado por cada qual em relação ao tema (o primeiro pugnou por uma teoria concreta da ação; o segundo, por uma teoria condicionada), não podem ser confundidas.¹⁴⁰

137 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. p. 42.

138 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. p. 40/42.

139 Sobre o tema, ainda na doutrina italiana, vide: SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 30 ed. Padova: CEDAM, 2000. p. 134/138.

140 Para uma crítica dirigida aos equívocos doutrinários, em especial aos que, segundo o autor, derivaram da confusão de conceitos (em Chiovenda e em Liebman) concernentes à legitimidade para a causa, vide: TESHEINER, José M. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. p. 23.

Exemplificando a distinção de conteúdo entre um e outro autor, Tesheiner, em relação ao conceito de *interesse de agir*, esmiúça:

‘De modo geral’, dizia Chiovenda, ‘é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisso, que sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto. Vejamos a lição de Liebman. Para propor uma demanda em juízo é necessário ter interesse (CPC, art. 100). O interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse de obter o provimento demandado. Ele se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação (...) Observe-se que, segundo essa lição, o interesse de agir decorre da alegada violação de um alegado direito. Será, portanto, de mérito a sentença que, afinal, afirmar ou negar a existência do direito e sua violação.¹⁴¹ (...) com sutil mudança de sentido. O interesse de agir estaria configurado pela mera alegação da violação de um direito.¹⁴²

No que tange à *legitimação ad causam*, argumenta:

Esta condição da ação tem suscitado muitas dúvidas e controvérsias, por não se haver atentado para a circunstância de que se trate de expressão com duplo significado. É que tanto para os partidários da teoria do direito concreto quanto Liebman aponta para a legitimação para a causa como condição da ação, mas, para os primeiros, trata-se de condição para uma sentença de procedência e, para o segundo, condição apenas para uma sentença de mérito. Chiovenda e Barbi definem a legitimação para a causa como ‘a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e da pessoa do réu com a pessoa obrigada.’ (...) A definição serve, pois, à teoria do direito concreto de agir, mas não a Liebman, para quem legitimação para a causa é a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste na individuação da pessoa que tem o interesse de agir (e portanto a ação) e da pessoa com quem se defronta; em outras palavras, ela surge da distinção entre o quesito sobre a existência objetiva do interesse de agir e o quesito atinente à sua pertinência subjetiva. A legitimação, como requisito da ação, indica, portanto, para cada processo, as justas partes, as partes legítimas, isto é, as pessoas que devem estar presentes, afim de que o juiz possa decidir a respeito de um dado objeto. (...) com sutil mudança de sentido. (...) A legitimação de ser a identidade das partes com a dos sujeitos da relação jurídica material passou a significar as pessoas que devem estar presentes, a fim de que o juiz possa decidir a respeito de um dado objeto.¹⁴³

Por fim, expõe:

Liebman não podia apontar a vontade concreta da lei como condição da ação, pois estava a elaborar uma teoria abstrata, a ação como direito a uma sentença de mérito. Substitui-a pela possibilidade jurídica do pedido.¹⁴⁴ (...) Definiu-a como a admissibilidade

141 TESHEINER, José M. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. p. 23.

142 TESHEINER, José M. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. p. 26/27.

143 TESHEINER, José M. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. p. 26.

144 TESHEINER, José M. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. p. 26/27.

em abstrato do provimento solicitado, ou seja, a exigência de provimento que a autoridade judiciária pode emitir, não estando expressamente vedado.¹⁴⁵

Seja como for, passemos, pois, à análise do conceito de mérito à luz do atual sistema.

3.1.3. Conceito de mérito para o sistema infraconstitucional processual pátrio. Consequências processuais da análise do mérito.

O NCPC elenca expressamente as situações em que considera enfrentado o mérito da causa. Entre nós, por definição, há análise dessa natureza quando, (1) o juiz acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; (2) decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; (3) homologar o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção, a transação ou a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Fora do aludido contexto, segundo o regime codificado, não cabe falar em sentença meritória.

O tema em si (o que é o *mérito*?) tem suscitado, há muito, controvérsia, a ponto de Kazuo Watanabe anotar, em relação a sua exata conceituação, inexistir acordo entre os processualistas.¹⁴⁶

Ao tempo da vigência do CPC/73, aduzia o insigne jurista:

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Alfredo Buzaid pondera que 'o anteprojeto só usa a palavra *lide* para designar o mérito da causa'. Esclarece: '*Lide* é, consoante a 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 a 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'. No Código vigente encontramos vários dispositivos que empregam o vocábulo '*lide*' com o propósito de designar o mérito da causa. Todavia, (...) o Código '*não* foi inteiramente fiel ao programa enunciado na exposição de Motivos' (...).¹⁴⁷

Buzaid, por sua vez, anotou:

O mérito é propriamente a *lide*, a que o Código dedica um artigo assim enunciado: 'Art. 128. O juiz decidirá a *lide* nos limites em que foi proposta sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte'. A *lide* é aí o conflito real ou virtual de interesses, exposto pelo autor na petição inicial, a que o juiz

145 TESHEINER, José M.. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. p. 19.

146 "*Lide, res in iudicium deducta*, fundo do litígio, objeto do processo, objeto litigioso do processo são expressões utilizadas como sinônimos de mérito da causa". WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. p. 111.

147 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. p. 111/112.

deve dar uma resposta, ouvindo-se as alegações do réu, a quem é assegurada a possibilidade de deduzir no processo as razões que tiver para impugnar o pedido.¹⁴⁸

O embate doutrinário acerca da conceituação de mérito revela-se, deveras, de difícil composição. As teorias doutrinárias, que não são poucas, gravitam mais em torno de elucubrações dogmáticas do que em face da opção legislativa.^{149 150} Vale, contudo, pela influência que declaradamente obteve na formação processual de Alfredo Buzaid, mentor do CPC/73, rememorar a lição de Liebman no concernente:

La sentenza di merito è quella che giudica sulla domanda (...) per dichiararla fondata o infondata e conseguentemente per accoglierla o rigettarla. In altri termini, essa giudica sul diritto o sul rapporto giuridico dedotto in giudizio dall'attore, ne accerta l'esistenza od inesistenza, traendone le conseguenze con riferimento al provvedimento domandato. Un suo contenuto costante è perciò questo accertamento, cui accedono eventualmente altre disposizioni. La sentenza di merito è la meta finale naturale del processo di cognizione, propriamente l'atto giurisdizionale per la cui pronuncia il processo di cognizione viene instaurato.¹⁵¹

Um esclarecimento, por ora, afigura-se imprescindível: embora, tanto o CPC/73, como o próprio Liebman tenham se valido da expressão “lide” para, em alguma medida, explicar o conceito de mérito adotado, destaque-se *inexistir*, a rigor, similitude entre a concepção *carneluttinana* (de lide) e a adaptação formulada por Liebman. Ovídio Araújo Baptista da Silva bem denuncia o distanciamento:

Transcrevendo o conceito de lide proposto por Carnelutti, como ‘o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro’, conclui Liebman que ‘esta definição de lide como sendo o mérito da causa’, poderia ser aceita, desde que se adicionasse a ela alguns reparos. Mais adiante, percorrendo a mesma linha de argumentação, remata Liebman: ‘Lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida.’¹⁵²

148 BUZOID, Alfredo. *Grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 26.

149 Segundo Dinamarco: “(...) 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 consubstanciam tal objeto. Ela é a aspiração do demandante, veiculada pela demanda, devendo sobre ela prover o órgão jurisdicional.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Conceito de Mérito em Processo Civil*. REPRO. São Paulo, n. 34, abril/jun. 1984.

150 “O mérito, na ação e na sentença, é o que corresponde ao pedido (ao objeto da pretensão à tutela jurídica): a sentença diz se o autor merece. O que consiste em assunto das regras jurídicas processuais não é conteúdo de mérito. Se se diz que o ato processual foi nulo, ou que faltou, não se está a julgar o mérito. (...) O que importa é que se trate de apreciação do pedido feito na ação, que é inconfundível com o exercício da pretensão pré-processual à tutela jurídica e o exercício dos atos processuais.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 1317 (v.e.)

151 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1984. p. 233.

152 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença e Coisa Julgada: ensaios e pareceres*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 233.

Liebman, portanto, processualizou em definitivo o conceito, vinculando-o ao pedido formulado em juízo, de maneira a adaptá-lo a um raciocínio *processualista* em sentido estrito, diferentemente da concepção externada por Carnelutti.¹⁵³

Seja como for, ao elencar as situações em que afirma haver enfrentamento meritório, utilizou-se o legislador (tanto o de 1973, como o de 2015) de critério diverso do admitido pelo senso comum (ajurídico, por assim dizer), qual seja, o de considerar manifestação desta natureza (meritória) toda aquela que enfrente, de fato, o *conflito social/situação substancial* em si (lide para Carnelutti).

Parece pouco mais do que óbvio, exemplificativamente, que, ao homologar uma transação ou acolher a renúncia do autor em relação ao direito que se funda a ação, o julgador não está, a rigor, a enfrentá-lo, conquanto o faça na perspectiva do Código. Apenas na primeira das hipóteses admitidas parece-nos, com ressalvas, realizar tal mister.¹⁵⁴

Digna de nota, pois, mostra-se a contribuição trazida por Darci Guimarães Ribeiro para a melhor compreensão do tema, com especial destaque para a necessidade de se discernir *objeto do processo* e *objeto do debate*.

Para individualizar o objeto do processo, dentro da nossa concepção, bastam unicamente dois elementos: a) o elemento objetivo, conhecido por *petitium* (Antrag) e, b) o elemento causal, que é chamado de *causa petendi* (Sacherhalt), já que o núcleo em torno do qual o processo e toda atividade das partes gira reside na petição fundamentada (*meritum causae*) apresentada pelo autor, isto é, o *thema decidendum*. De outro lado, para individualizar o objeto do debate são necessários três elementos: a) o elemento subjetivo, autor e réu; b) o elemento objetivo, *petitium*; e c) o elemento causal, *causa petendi*, já que em virtude de uma visão completa do princípio dispositivo que engloba tanto a pretensão processual do autor como as exceções do demandado, o núcleo em torno do qual giram as atividades das partes aqui constitui a análise de todas as questões relativas à procedência ou improcedência do pedido, e, g., questões prévias, quer sejam prejudiciais de mérito, (...), quer sejam preliminares de mérito, podendo apresentar uma defesa indireta de mérito, (...), ou uma defesa indireta processual, (...), bem como aquelas matérias arguíveis *ex officio*, (...), entre outras. Em efeito, o objeto da cognição judicial que corresponde ao objeto do debate é mais amplo do que o objeto do processo. Esta é a razão pela qual Kazuo Watanabe acertadamente destaca que 'a cognição,

153 No que tange a uma crítica mais densa em relação ao conceito de mérito adotado pelo Código, bem como no que diz com a distinção entre *mérito da causa* e *conteúdo da sentença*, vide: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença e Coisa Julgada: ensaios e pareceres*. p. 233/244.

154 "A expressão *resolução de mérito*, em vez de *juízo de mérito*, é mais correta, pois abrangente das diversas decisões possíveis de ser tomadas com base neste artigo. Correta a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, que mais uma vez adotamos: '... a expressão 'resolução de mérito' traduziria melhor a idéia que aí se contém do que a locução utilizada. Com efeito, aí se agrupam duas classes bem distintas de sentenças: as que efetivamente contêm julgamento, verdadeira hetero composição jurisdicional do litígio, e as limitadas à constatação e certificação de seu desaparecimento por ato de parte ou das partes.' Rigorosamente, só haveria julgamento nas hipóteses previstas nos incisos I e IV do art. 269, CPC. As demais decisões (...) pertencem a outra categoria. A decisão que se profere nestes casos é homologatória, 'sem outra função que a de 'equiparar' a eficácia do ato extintivo da parte, ou das partes, àquela do ato de julgamento.'" DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 510.

porém, deve ser estabelecida sobre o objeto litigioso e sobre todas as questões de mérito'. Para finalizar, devemos apontar as relações existentes entre ambos os objetos: os requisitos da sentença e a coisa julgada. Podemos afirmar com segurança que o objeto do processo é resolvido na parte dispositiva da sentença. Por isso é que Dinamarco corretamente afirma que 'O dispositivo é portanto uma 'resposta' do órgão jurisdicional ao 'pedido' formulado pelo autor. Consequentemente sobre o objeto do processo pesa a força da coisa julgada material, já que esta pressupõe necessariamente a análise obrigatória do mérito. E, portanto, os limites objetivos da coisa julgada material são fixados exclusivamente pelo objeto do processo, pela declaração petítória realizada unicamente pelo autor. Por outro lado, o objeto do debate é solucionado, é tratado na fundamentação, na motivação da sentença, que deve abarcar todas as questões relevantes postas em juízo pelas partes. Não foi sem rumo que o projeto do novo CPC (...) obriga o juiz a 'enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador', sob pena de sua decisão não ser considerada fundamentada. Como resultado disso, as citadas 'questões relativas ao fundo' que são analisadas na fundamentação, ganham somente o peso da coisa julgada formal (...). A exclusão do elemento subjetivo na identificação do objeto do processo deve-se a sua irrelevância na fixação do mesmo, sendo assim, não forma parte de sua essência, vez que bastam o *petitum* e a *causa petendi* para verificar a existência de cumulação de pretensões, descobrir se houve ou não modificação da demanda e impor os limites objetivos da coisa julgada e da litispendência.¹⁵⁵

Seja como for, há, na linha do Código, *utilidade prática* em identificar-se haver, ou não, resolução meritória *in concreto*. A principal delas deriva diz com a incidência da coisa julgada. É que as decisões terminativas (prolatadas com fulcro numa das hipóteses do art. 485) encontram-se imunes à incidência da coisa julgada material, razão pela qual, embora imponham o fim da relação processual (sem que se enfrente o *conflito social/situação substancial* submetida ao juízo), permite-se a (re)análise, por parte do Estado-juiz, uma vez chamado a tanto, de relação processual idêntica a antecedente (mesmas partes, causa de pedir e pedido). O sistema codificado, ao elencar as hipóteses de enfrentamento meritório, preocupou-se, talvez acima de tudo, em estabelecer uma distinção de efeitos "pós-processuais".

Estatuiu-se, nessa linha, que, em regra, apenas nos casos em que o mérito não tenha sido enfrentado é que a demanda, respeitados certos requisitos, poderá ser (re)examinada.¹⁵⁶ ¹⁵⁷ A formação da coisa julgada material, e, conseqüente irradiação de seus efeitos/

155 RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 38/40.

156 Diz-se via de regra, pois, a decisão judicial que declara a perempção, embora não realize análise meritória, impede a reanálise da ação.

157 "Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1o No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da

funções pressupõe, no sistema do Código, dentre outros, haver decisão meritória definitiva (uma daquelas elencadas pelo art. 487), conquanto não seja possível afirmar que toda sentença de mérito dê azo à formação da coisa julgada material.¹⁵⁸

3.1.4. A teoria da ação eleita pelo Novo Código de Processo Civil

Passemos, de imediato, ao que interessa: qual teoria da ação fora considerada pelo Novo Código de Processo Civil?

O tema encontra assento, num primeiro olhar, nos artigos 17 e 485, VI do texto sancionado, suscitando, pelo menos a nosso sentir, de pronto, dúvida acerca da aludida eleição.

Teria o NCPC, mantendo-se fiel a doutrina outrora professada por Liebman (respeitada, contudo, atualização feita pelo próprio - *no sentido de não mais considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição autônoma*), albergado o sistema de condicionamento do direito de agir (a teoria eclética da ação)? Ou, de outra sorte, ao suprimir o dizer “alguma das condições da ação”, constante do artigo 267, VI, do CPC/73 (que corresponde ao atual artigo 485, VI), pretendeu sepultar a categoria jurídica (das condições da ação), libertando-se da concepção adotada pelo sistema revogado?

De um lado, exemplificativamente, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “não se fala”, na lei, em *condições da ação* enquanto *categoria autônoma*, havendo, pois, “apenas advertência de que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Aludindo a tal advertência, o paranaense sustenta haver previsão legal de requisitos para a apreciação do mérito, não de condições da ação, “estando muito distante da ideia de que tais elementos poderiam ter a ver com a existência da ação.”

Depreende-se do referido parecer, mormente, entender o autor que o NCPC optou por renegar a *teoria eclética da ação*, adotando, grosso modo, algo assemelhado a sistematização destacada, outrora, por Kazuo Watanabe, no sentido de que a diferença entre a posição dos *ecléticos* e dos *abstrativistas* é, sobretudo, a de que, para esses, as condições “da ação” revelam-se apenas *condições para a admissibilidade de um pronunciamento meritório*, e não condições para o reconhecimento da existência do direito de agir.¹⁵⁹

Aduz, em linha de pensamento semelhante, Fredie Didier:

O atual CPC não mais menciona a categoria condição da ação.

O inciso VI do art. 485 do CPC autoriza a extinção do processo sem resolução do mérito pela ausência de ‘legitimidade ou de interesse processual’.

correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito. § 2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. § 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.”

158 Alude-se, aqui, as decisões proferidas em ação cautelar que acolham o pedido do autor.

159 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005.p. 96/97.

Há duas grandes diferenças em relação ao CPC-1973. O silêncio do CPC atual é bastante eloquente.

Primeiramente, não há mais menção 'à possibilidade jurídica do pedido' como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Observe que não há mais menção a ela como hipótese de inépcia da petição inicial (...); também não há menção a ela no inciso VI do art. 485 do CPC, que apenas se refere à legitimidade e ao interesse de agir; além disso, criam-se várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas, tranquilamente, como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido.

A segunda alteração silenciosa é a mais importante.

O texto normativo atual não se vale da expressão 'condição da ação'. Apenas se determina que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve preferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria condição da ação do único texto normativo do CPC que a previa e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito.

Também não há mais uso da expressão *carência de ação*.

Não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito 'condição da ação'.

A legitimidade ad causam e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais.

A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes. (...)

Enfim:

- a) o assunto 'condição da ação' desaparece, tendo em vista a inexistência da única razão que o justificava: a consagração em texto legislativo dessa controvertida categoria;
- b) a ausência de 'possibilidade jurídica do pedido' passa a ser examinada como improcedência liminar do pedido, no capítulo respectivo;
- c) legitimidade *ad causam* e interesse de agir passam a ser estudados no capítulo sobre os pressupostos processuais.¹⁶⁰

Da exposição de motivos do NCPC, contudo, extrai-se, *in verbis*, importante passagem:

Com o objetivo de dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina, **deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação**. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência de ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.¹⁶¹ (grifos nossos)

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: JusPodvm, 2015. V. I. p. 305-307.

¹⁶¹ Vide fl. 29 da Exposição de Motivos do Projeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojecto.pdf>

Que vem acompanhada da nota de rodapé, a saber:

CÂNDIDO DINAMARCO lembra que o próprio LIEBMAN, após formular tal condição da ação em aula inaugural em Turim, renunciou a ela depois que, ‘a lei italiana passou a admitir o divórcio, sendo este o exemplo mais expressivo da impossibilidade jurídica que vinha sendo usado em seus escritos’. (Instituições de direito processual civil, v.II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p.306.)

Como, então, compatibilizar o teor da exposição de motivos com os pareceres acima destacados?

Ao que tudo indica, a despeito da “mudança” pretendida, extrai-se da mesma exposição de motivos que, a criação do Novo Código “(...) 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.”¹⁶²

Ademais, a análise macroscópica do tema denuncia, mediante a cominação do artigo 17 com o artigo 485, VI, que, salvo supressão textual da expressão *condição da ação*, e atendimento à crítica doutrinária (que destaca, há muito, a própria revisão da tese feita por Liebman), nada mudou.

O sistema de “filtro”, dê-se a ele o nome que convier, permanece intocado. Assim sendo, nada obstante o *querer* doutrinário, há, sim, de se indagar acerca da eleição legislativa.

Trata-se, pois, de tema espinhoso (talvez ignorado em sede legislativa), que, segundo sustentamos, será objeto de inúmeros debates (acadêmicos e forense), de tal sorte que apenas o tempo, acompanhado do esforço doutrinário, esclarecer-lhe-á.

3.2. Jurisdição.

3.2.1. O constitucionalismo pátrio e o papel da jurisdição na atual conformação estatal.

Ao abordar o tema *Estado Constitucional*^{163 164} – considerando-o enquanto “ente organizado através de uma Constituição, estatuto jurídico que lhe dá susten-

162 Vide fl. 13 da Exposição de Motivos do Projeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>

163 Para uma concepção clássica de Estado moderno, vide: MONSTESQUIEU, Monsieur. *Do Espírito das Leis*. (Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues). São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. v. I e II.

164 Cabe esclarecer, desde já, que não há confundir os conceitos de *Estado Moderno* e *Estado Constitucional*. Consoante leciona Elaine Harzheim Macedo, o Estado Moderno, que nasceu absolutista, ainda que “servido por algumas *leis fundamentais*, ainda não podia ser visto como um Estado constitucional, enquanto organização política e social submetida a um ordenamento prévio, senão constituidor do próprio Estado e tido como sua lei maior, à qual em especial os seus governantes se submetem.” MACEDO, Elaine H. *Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 126.

tação e legitima o exercício do poder de seus governantes” – afirma-se a possibilidade de percebê-lo, ainda que em seu contorno inicial, já a partir de uma concepção liberal de Estado, caracterizada, consoante anunciado aos quatro cantos, “pela limitação do poder” governamental, aliado a “predominância do Legislativo sobre outros poderes”.¹⁶⁵

É apenas num segundo contexto histórico que o *Estado*, dito *Constitucional*, desvençilha-se de seu predicado “negativo”. No ritmo das exigências populares, paulatina e parcialmente, as características acima expostas vão superadas. Agregam-se “aos seus elementos a finalidade, constituída pelo bem social, passando a se fazer presente uma predominância do Poder Executivo sobre os demais”. Abrolha, no aludido contexto, a exigência de um *descruzar de braços* estatal, pugnando-se, doravante, pela conformação de um Estado positivo (não mais mínimo), aliado de seu povo e, acima de tudo, “produtor de bens e serviços” (o Estado Social).^{166 167}

Em ambas as perspectivas (liberal e social) não há negar, certamente, a presença/figura do *Estado Constitucional* a despeito de, à evidência, tratar-se de concepção distante da ideia atribuída ao epíteto já no despertar do século XXI.

Com o passar dos tempos, para além do predicado *positivo*, a figura do Estado Constitucional, mais próximo de uma realidade desejável, ganha corpo ao estatuir, como escopo maior, a conformação de um rol de direitos, ditos fundamentais^{168 169}, fundados, prepon-

165 “O constitucionalismo originário é o constitucionalismo do Estado Liberal burguês, assente na redução do Estado às tarefas de garantia da liberdade e da segurança (...) na separação Estado/sociedade, na administração dedicada às tarefas de ordem pública e de polícia, na economia entregue à autoridade do mercado”. FACHINNI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 34, n. 108, p. 139/165, dez. 2007, p. 141.

166 MACEDO, Elaine H. *Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. p. 126/127.

167 “A mudança de paradigma somente começa a ocorrer no século XX, com as constituições mexicanas (1917) e de Weimer (1919). Nelas, passa-se a disciplinar também a economia e o trabalho. A economia tornou-se também uma questão do Estado e conseqüentemente uma questão constitucional. E ao lado dos direitos e liberdades individuais, entraram na Constituição os direitos coletivos e os direitos a prestações do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais). Inicia-se a fase do *constitucionalismo conformador da ordem econômica e social*, através de regras e princípios orientadores da ação estatal, de programas de ação e políticas públicas. O Estado deixa de ser o único elemento referencial da Constituição, que incorpora agora também a economia e a sociedade.” FACHINNI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 34, n. 108, p. 139/165, dez. 2007, p. 141.

168 “Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, t. IV, p. 7.

169 Alvaro de Oliveira, ao abordar a conceituação dos direitos fundamentais, afirma que “Cuida-se, (...) de direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 262.

derantemente (porém, não exclusivamente), no respeito à dignidade humana.^{170 171 172 173} Tal evolução conceitual encontrou amparo, grosso modo, na premissa, a saber: é o Estado que existe para promover o homem, e não o contrário. Consoante se destacará adiante, extrai-se daí, não raro, a essência de um Estado comprometido com a conformação de uma justiça social.

Para os fins que interessam ao presente estudo, ao falar em *Estado Constitucional* (no estágio atual - e especialmente no que tange ao Brasil do século XXI), torna-se imprescindível o enfrentamento do tema referente ao *modelo de supremacia do direito* adotado entre os brasileiros, sem prejuízo, é claro, do anúncio (e nada mais do que isso) dos principais modelos consagrados pela doutrina clássica.

Ao largo historiografia do direito ocidental, anota Daniel Mitidiero, o escopo da supremacia do direito fora perseguido à luz de distintos modelos, suficientemente exemplificados pelos sistemas da *Rule of Law* (próprio à tradição jurídica da *common law*), com ou sem codificação, do *État Légal* e do *Rechtsstaat* (inerentes ao mundo romano-canônico)¹⁷⁴,

170 A respeito de uma teoria geral dos direitos fundamentais, vide, com grande proveito: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra editora, 2000, t. IV; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (trad.) Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *O Processo como instrumento dos direitos fundamentais*. In: *Revista da Ajuris*, ano 34, n. 105, p. 135/152, março, 2007; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 87, ano XXIX, 37/49, set. de 2002.

171 Ao aludir o referido, a doutrina costuma apontar o período pós-guerra como marco temporal à adoção da premissa. "Nada obstante controverta doutrina de nomeada em identificar o marco jurídico responsável pela positivação dos direitos fundamentais (à feição hoje conhecida), aparenta-nos pouco provável - ainda que não se possa renegar as importantíssimas contribuições perpetradas por diversos outros documentos jurídicos responsáveis por concessões libertárias - que se tenha alcançado o estado da arte em período anterior as derradeiras décadas dos oitocentos. O debate condizente com a paternidade dos direitos fundamentais gira, segundo a melhor doutrina, em torno dos diplomas, a saber: (1) a *Declaração de Direitos do povo da Virgínia* de 1776 e, (2) a *Declaração Francesa* de 1789, sem que se possa atribuir, pelo menos a nosso juízo, a um ou outro, sem controvérsias, o título de marco jurídico inaugural à *travessia do Rubicão*. Ainda que inexistia dúvida, por exemplo, no que diz com o reconhecimento das ditas liberdades *estamentais* já no século XIII, de liberdades religiosas em sentido estrito no século XVI ou, ainda, de liberdades civis durante o século XVII, subsiste a certeza de que, *embora libertárias*, tais concessões encontravam-se despidas de elementos essenciais à contemporânea conceituação dos direitos fundamentais. Não é outra a razão pela qual se elege o último quartel do século XVIII como berço dos direitos fundamentais. Destaque-se, então, que é a partir do período *supra* apontado, pautado inaturalmente em ideologia Liberal, que a teoria dos direitos fundamentais ganha em peso e apreço. Atualmente, sem que se possa olvidar, recebe *albergue* da esmagadora maioria das cartas constitucionais contemporâneas e norteia o pensamento da doutrina melhor recomendada." TORRES, Artur. *O Processo do Trabalho e o Paradigma Constitucional Processual Brasileiro: compatibilidade?* São Paulo: LTr, 2012. p. 31/32

172 Sublinhe-se, ainda, que não se ignora e nem se repudia, aqui, a existência de direitos fundamentais que, pelo menos de forma direta, não guardam na *dignidade da pessoa humana* seu fundamento maior. A respeito do tema *dignidade*, vide, com grande proveito a obra coletiva: MAURER, Béatrice *et. all.* *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. (Org. Ingo Wolfgang Sarlet). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

173 "Os juízes de hoje começam a ensaiar a possibilidade de serem porta-vozes não só da segurança dos que já têm, mas também da esperança de muitos que ainda não têm, e que veem no Judiciário uma possibilidade de acesso a certos direitos a prestação do Estado, enquanto cidadão, e de fazer respeitar, pela sociedade, sua dignidade enquanto seres humanos." FACHINI NETO, Eugênio. *O Judiciário no mundo contemporâneo*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 34, n. 108, p. 139/165, dez. 2007. p. 140.

174 Para uma síntese dos modelos, vide: MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 15/30; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 48/61.

formulações que, embora importantes à edificação do modelo pátrio, com ele não se confundem.^{175 176}

As características do modelo brasileiro de supremacia do direito revelam-no peculiar e, consoante denuncia idêntica doutrina, sua inserção em qualquer dos moldes acima referidos afigura-se, mormente, desaconselhada.¹⁷⁷

Desde a Constituição Federal de 1891, considerada a importação do *judicial review* estadunidense, o sistema brasileiro retomou a tradição do *iustum iudicium*, traço inerente ao *direito comum*¹⁷⁸, autorizando-se a revisão de todo e qualquer ato de poder do Estado.¹⁷⁹ “Com o controle difuso de constitucionalidade, adjudicado a todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro” (do Juiz de primeiro grau ao Ministro do Supremo) “nasce a supremacia do direito no Estado Democrático e Social de Direito brasileiro.” Desde lá, rememore-se, inexistente entre nós limites à revisibilidade, *in concreto*, da íntegra dos atos estatais “que desbordem da juridicidade” constitucional.^{180 181 182}

175 “(...) não há como afeição o Estado Constitucional brasileiro a qualquer dos quatro modelos conhecidos (*Rule of law* codificado e sem codificação, *État Légal* ou *Rechtsstaat*), sendo o nosso modelo de supremacia do direito um modelo próprio, dadas as peculiaridades já ressaltadas (...).” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. p. 59.

176 Para uma análise detalhada dos distintos modelos de supremacia do direito (sistemas), vide, por todos: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1992. v. I e II.

177 “No direito brasileiro, pois, em que o modelo de supremacia de direito não se confunde nem com o modelo do *État Légal*, do *Rechtsstaat* e o do *Rule of law*, sendo um modelo próprio de supremacia do direito, não calha argumentar contra o controle difuso alegando-se um pretensão sistema de legalidade do Judiciário brasileiro (...). Não temos na Constituição brasileira, dispositivo semelhante ao art. 101 da Constituição italiana; do contrário, temos o art. 5º, inciso XXXV, que garante a inafastabilidade da tutela jurisdicional.” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. p. 59.

178 Para uma análise a respeito da aplicação do dito *direito comum* no cenário português (que chegou até nós) vide, com proveito: FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Anibal. **História do Direito Português**. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/3597.pdf>; (Universidade de Lisboa). Consultado em: ao longo do ano de 2012.

179 “O imaginário político em Portugal dos séculos XIII a XVIII, como observa a doutrina, tinha sua pedra angular no conceito de *iurisdictio* e de *iudicium*, tendo em conta a identificação corrente que se levava a efeito entre *iustitia* e *officium regni*. Toda atividade de poder especificava-se em uma atividade processualizada, submetendo-se ao *iustum iudicium*, cujo pano de fundo eram as Ordenações do Reino. Esse é um traço digno de nota que permeia, em geral, todo o direito comum: a ‘jurisdicionalidade’ da ordem jurídica, para usarmos uma expressão da doutrina, já que todo exercício de poder se submetia ao juízo, inclusive quando em jogo questões de ordem estritamente política. Não causa espécie, pois, que estudos historiográficos estejam a colocar em evidência uma continuidade ‘surpreendente’ entre o direito comum e o direito próprio da *common law*.” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. p. 56/57.

180 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. p. 57/58.

181 “O controle difuso de constitucionalidade, nessa senda, está na essência do constitucionalismo brasileiro, conformando tanto o direito material como o direito processual civil, haja vista a influência que esse exerce na configuração dos institutos desses ramos, forjada pela força normativa da Constituição e pela concretização, em nossa vida social, da eficácia dos direitos fundamentais.” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. p. 61. No que tange à eficácia imediata dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro, vide, por todos: SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre, 2009.

182 Aduz Fachinni: “um controle jurisdicional sobre as ações dos demais poderes, particularmente do legislativo, é essencial para assegurar a supremacia do direito: para que o Estado seja um Estado de direito (*Rechtsstaat*) e para que o direito possa imperar (*rule of law*).” FACHINNI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 34, n. 108, p. 139/165, dez. 2007. p. 143.

O Poder Judiciário brasileiro não só pode como deve, chamado a tanto, revisar, inclusive, o mérito de atos estatais inerentes a outros poderes, sem que, por outro lado, a recíproca seja verdadeira. A constatação, aponta Rui Portanova, ao contrário do que em regra acontece na Europa continental ocidental, é a prova de que o Judiciário pátrio desfruta, sim, de “importância superior à dos demais Poderes.”¹⁸³

Nada obstante a longevidade da previsão, não há negar que o constitucionalismo brasileiro, enquanto concepção capaz de produzir efeitos práticos, é, indiscutivelmente, fenômeno recente.

Esse constitucionalismo tardio encontra solo fértil para florescer no solo brasileiro, em razão do rico e complexo modelo de controle de constitucionalidade. (...) Entretanto, esse sistema de controle difuso de constitucionalidade, já esboçado pela Constituição de 1891, não se desenvolve com naturalidade, pela formação cultural dos operadores. No século XX, foi utilizada a eximente da ‘natureza meramente programática das normas constitucionais’ para se evitar a responsabilidade que o constitucionalismo impunha. (...) Por sorte, a Constituição Federal de 1988, refletindo o pensamento da doutrina e a expectativa social, estabelece no §1º do art. 5º, que ‘as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata’ suprimindo a tradicional desculpa para não dar vida à Constituição utilizada no século passado.¹⁸⁴

Para além do mérito acima referido, atribui-se ao mesmo diploma constitucional, outrossim, responsabilidade, digna de nota, por erigir a *dignidade da pessoa humana* à condição de elemento estruturante de nosso sistema jurídico.¹⁸⁵ Não é por outra razão, inclusive, que a melhor doutrina tem anotado revelar-se, a *dignidade*, a norma fundamental da ordem jurídico-constitucional brasileira.^{186 187 188} A aludida anotação encontra-se, sobre-

183 PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61.

184 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18/19.

185 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 71/76.

186 “(...) a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto (...) a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui (...) autêntico ‘valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico’, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 80.

187 Para uma teoria geral a respeito da distinção entre as categorias enunciadas, vide: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

188 Nesta linha, apesar de tomar por base as prescrições da Lei Fundamental alemã, aduz Peter Häberle: “A dignidade humana apresenta-se, de tal sorte, como ‘valor jurídico mais elevado’ dentro do ordenamento constitucional, figurando como ‘valor jurídico supremo.’” HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo W. (Org.)

tudo, intimamente ligada à concepção de *justiça*¹⁸⁹ adotada pela Carta Constitucional vigente, que se comprometeu, expressamente, com a conformação de uma *justiça social*.¹⁹⁰

3.2.2. Notas caracterizadoras propriamente ditas.

Ao anunciar que a *jurisdição civil* será “exercida pelos juízes em todo território nacional” conforme suas disposições, o NCPC pouco (ou quase nada) contribui para a compreensão, em si, do fenômeno *jurisdição*.^{191 192}

Do tema, um dos mais importantes para o processo civil, ocupam-se os doutos há muito.^{193 194} Revelam-se de domínio geral entre os processualistas pelo menos as teorias sustentadas outrora por Giuseppe Chiovenda (*substitutividade*)¹⁹⁵, Enrico Allorio (*coisa julgada*)¹⁹⁶ e Francesco Carnelutti (*lide*)¹⁹⁷ que, em boa medida, influenciaram o conceito de jurisdição albergado pelo Código Buzaid. A concepção subjacente ao referido diploma processual caracterizava-a, segundo doutrina de nomeada, como “atividade substitutiva do juiz, cujo objeto” cingia-se “a eliminação de uma lide com

et all. Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54.

189 “afinal, que é justiça? Qual seu papel na sociedade? Tais questionamentos nos remetem a estudos desenvolvidos por cientistas das mais diversas áreas do conhecimento produzindo não só respostas multidisciplinares, mas reflexões sobre os caminhos que podem ser percorridos na busca da melhoria da qualidade de vida.” DOMINGOS, Terezinha Oliveira. A Teoria da Justiça. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/526/524>.

190 Revelam-se exemplos disso, para além do preâmbulo, o conteúdo dos artigos 170 e 193 da CF/88.

191 A respeito da expressão jurisdição, anota Pontes de Miranda: “o sentido exato é o de poder dizer o direito (dicere ius), razão por que se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de “dizer” (dictio) qual a regra jurídica, o ius, que incidiu.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p.2. (versão digital).

192 Para aprofundada análise histórica acerca do conceito de jurisdição (da concepção romana primitiva, passando pelos Direitos Visigótico, Comum, Hispano-Lusitano, até um primitivo direito brasileiro), vide, com grande proveito: CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

193 “A jurisdição é um dos polos metodológicos do direito processual civil. Por isso um dos ‘temas fundamentais.’ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I. p. 248.

194 Segundo Dinamarco, a jurisdição representa o instituto central do sistema jurídico pátrio. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I. p. 323.

195 “Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2009. p. 511/512.

196 ALLORIO, Enrico. *Problemi di diritto*. Milano: Giuffrè, 1957. v. 2. *passim*.

197 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.). São Paulo: Classic Book, 2000. v. I.

força de coisa julgada”, mediante “realização de atividade plenamente vinculada à lei.”

198 199 200 201 202 203

O conceito de jurisdição, na verdade, encontra-se despidido de pacificidade, representando uma das poucas concordâncias doutrinárias a respeito, a afirmativa de que não há investigá-lo senão a partir de um estreito contato com a natureza de Estado (liberal, social e etc.) adotado no âmbito em que se pretenda conceituá-la.²⁰⁴

Partamos para tal, objetivamente, da seguinte premissa: vive-se num Estado de direito que, além de democrático e social, afirma-se materialmente *constitucional*.²⁰⁵ O Estado brasileiro, que tem na *dignidade da pessoa humana* seu elemento estruturante, imiscuiu-se, claramente, em bem realizar os anunciados *direitos fundamentais*, mostrando-se válida a afirmativa tanto para o plano do Direito material quanto para o do Direito processual.^{206 207}

Salvo melhor juízo, parece-nos possível asseverar que, mais do que o cumprimento da lei, almeja-se, mediante prestação jurisdicional (subjacente ao Estado Constitucional), a obtenção de uma *sentença justa*, ou seja, deposita-se na atividade estatal a expectativa de que seu discurso esteja comprometido com os ditames de uma *justiça material* (leia-se: de

198 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p.121/122.

199 Nesse sentido, José Frederico Marques asseverou que o “*processo*, como instrumento compositivo de litígios para a justa aplicação do direito, exige uma autoridade estatal com a função de realizar essa composição, dando a cada um o que é seu. É preciso que o direito objetivo se aplique à pretensão que qualifica o conflito como lide, através de terceiro desinteressado, que tenha o poder de julgar o litígio e impor a vontade concreta da lei às partes em contenda.” MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 221.

200 “Semelhante conceito reflete e alberga as opiniões da doutrina italiana do início do século XX sobre a essência do ato jurisdicional. A maioria dos autores brasileiros o repete com maior ou menor variação, suprimindo por vezes um ou outro elemento.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p.122.

201 “Conceitua-se a jurisdição, a partir dessas premissas, como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. p. 323.

202 Calamandrei, ao comentar as principais legislações da Europa continental de seu tempo, afirmou que “o conteúdo da função jurisdicional somente pode ser entendido se relacionado com o sistema da *legalidade* (...) jurisdição como complemento e como instrumento da legalidade.” CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 103.

203 Analisando o contexto alemão de outrora, Leo Rosenberg afirmou que, a *jurisdição*, “chamada também de função de justiça, é a atividade do Estado dirigida à realização do ordenamento jurídico; uma parte da atividade executiva que se deve diferenciar da legislativa.” ROSENBERG, Leo. *Da jurisdição no Processo Civil*. Campinas: Impactus Editora, 2005. p. 71.

204 “O direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar inofensivo à influência das características que a sociedade imprime ao Estado. Sendo o processo civil o meio pelo qual, diante de determinadas crises de colaboração no plano do direito material, se busca velar pela supremacia do direito, natural que o seu formalismo reaja às peculiaridades de cada experiência de organização social. O formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito.” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2010. p. 48.

205 Vide preâmbulo e art. 1º da CF/1988.

206 Para uma compreensão geral da tese dos *Direitos Fundamentais*, vide, com grande proveito: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

207 Para a compreensão da *dignidade* enquanto elemento estruturante do sistema pátrio, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. *passim*.

acordo com o direito, ainda que *contra legem*) compatível com a promessa constitucional.^{208 209 210 211} Deve-se perseguir tal objetivo, no cenário judiciário, mediante a realização de um *processo justo* (que não se esgota, à evidência, no singelo respeito às prescrições legais; nem se confunde, por outro lado, com o conceito de *sentença justa*).²¹²

É a partir da aludida nuance que apontamos a primeira das notas que caracterizam a *jurisdição* do século XXI, a *juridicidade*, inerente ao conceito na perspectiva do Estado Constitucional.²¹³ A jurisdição de hoje visa (ou pelo menos deve visar) o justo, não apenas o legal.

Outras notas inerentes ao conceito de jurisdição, contudo, mostram-se dignas de destaque. A *estatalidade*, a *imparcialidade* e a *irrevisibilidade externa* encontram-se, irremediavelmente, entre elas. Vejamos.

A jurisdição é praticável apenas por autoridade estatal.^{214 215} Mais do que isso: pela autoridade estatal incumbida de realizá-la, inexistindo, aliás, prestação de tal natureza fora do aludido limite. Ou o Estado, na condição de Estado-juiz, a realiza, ou estaremos diante de qualquer outra atividade/função (ainda que estatal) com ela inconfundível. Destaca-se, assim, a nota da *estatalidade*.

No que tange à afirmativa de que o Estado-juiz, no desempenho de suas atribuições jurisdicionais, deva agir de forma particularmente desinteressada, não parece haver controvérsia. Qualquer Estado que se afirme de *direito* não poderá, à evidência, ig-

208 Vale conferir a respeito às valiosíssimas considerações de Paolo Grossi in GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2 ed. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 23/46.

209 "A supremacia do direito é um aspecto substancial do Estado Constitucional (...)" MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. p.48.

210 "Note-se: a Constituição de 1988 não submete o juiz à legalidade estrita (embora nosso Código de Processo Civil tenha tentado fazê-lo em 1973, art. 126, numa tardia e verdadeira 'invasão napoleônica' (...)) subtendo-o apenas à Constituição, por cuja incoerência deve velar com o emprego do *judicial review* (...)" MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. p. 58.

211 Ao referirmo-nos a "promessa constitucional" aludimos, a rigor, a "promessa" contida no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, assim redigido: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." (grifos nossos).

212 Para uma concepção acerca do tema à luz do sistema italiano vide, com grande proveito: COMOGLIO, Luigi Paolo. Il 'giusto processo' civile in Italia. *Revista de Processo*. v. 116; Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LV, 2001; vide, ainda, acerca da temática a tese doutoral de BERTOLINO, Giulia. *Giusto Processo Civile e giusta decisione: Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*. Disponível em: http://amsdottorato.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf

213 "... ao órgão jurisdicional mostra-se lícito, desde que atento ao problema e, em um procedimento discursivamente justificado, transbordar da lei, da mera legalidade, nunca, todavia, abre-se-lhe a possibilidade de soltar-se do justo, da juridicidade estatal." ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p.126.

214 SILVA, Ovidio Araújo Baptista. *Curso de Processo Civil*. 7 ed. São Paulo: RT, 2001, v. I, p. 27.

215 "A jurisdição civil corresponde ao Estado (§ 15, I). A antiga jurisdição privada em matéria civil, que existia em consideração a determinadas circunstâncias de caráter senhorial ou patrimonial, foi suprimida (...)" GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. (Trad. Lisa Pary Scarpa). Campinas: Bookseller, 2003. t. I, p. 157/158.

norar a *imparcialidade* que se exige do julgador como nota distintiva da função em epígrafe.^{216 217}

De ângulo diverso, todavia, não há negar que a jurisdição brasileira (do século XXI) goza de *irrevisibilidade externa*. Desde 1891, gostemos ou não, identifica-se entre nós a supremacia (de anos para cá de forma mais evidente) do Poder Judiciário em relação aos demais.²¹⁸ A despeito de sustentar-se, em geral, o acolhimento pelo Estado brasileiro da consagrada tese de Montesquieu²¹⁹, parece-nos pouco mais do que óbvio que, atualmente, o Poder Judiciário exerça, pelo menos na *praxe*, a função de revisar atos praticados pelos demais poderes, com singelas, e por vezes ignoradas, restrições. É dele (Poder Judiciário), a rigor, a derradeira palavra no ordenamento jurídico pátrio. Exercendo atividade essencialmente jurisdicional revisa, não raro, a correte de atos não menos estatais, porém realizados a título diverso (por exemplo, atos administrativos, legislativos e etc.). O inverso, contudo, não é verdadeiro. A (in)correte de atos jurisdicionais não é aferível, institucionalmente falando, por outros poderes. Dessa constatação, talvez mais prática do que teórica, deriva a nota da *irrevisibilidade externa*. O Poder Judiciário é, bem compreendida a expressão, “Senhor” de seus próprios atos.^{220 221 222}

São essas, a nosso sentir, as principais notas caracterizadoras da jurisdição pensada pelo *Novo CPC*.²²³

216 Destaque-se, por oportuno, o pertinente alerta de Tesheiner e Milhoranza no concernente: “A caracterização de uma atividade jurisdicional não obedece a um critério único. Na maioria dos casos, vê-se na jurisdição atividade do Poder Judiciário a regular relações interpessoais, na condição de terceiro imparcial. Mas não repugna a inserção, no conceito, da atividade exercida pelo Poder Judiciário nos processos objetivos, em que não há partes e, por isso mesmo, tampouco há um terceiro imparcial (...)” TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Estudos sobre as reformas do Código de Processo Civil*. p. 36.

217 “(...) outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de *terceiro imparcial* em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estranheza relativamente ao interesse que tutela.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de Processo Civil*. 7 ed. São Paulo: RT, 2001, v. I. p. 27.

218 “Com efeito, desde a Constituição de 1891 (em realidade, desde a chamada Constituição Provisória de 1890), temos como norma fundante do sistema jurídico brasileiro o *judicial review*, que assegura a revisibilidade dos atos estatais que desborden da juridicidade constitucional.” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. p. 58.

219 MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. (Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues). São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. v. I e II.

220 A jurisdição brasileira possui, a rigor, características peculiares em relação aos modelos conhecidos e difundidos pela doutrina. Segundo Mitidiero, o ordenamento brasileiro adota modelo de supremacia do direito que não se “confunde nem com o modelo do *État Légal*, do *Rechtsstaat* e do *Rule of Law*, sendo um modelo próprio de supremacia do direito.” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. p. 59.

221 “A juridicidade de um ato é aferida na medida em que é fruto de um órgão estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem *imparcialidade* e independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado o seu pronunciamento de *irrevisibilidade externa*.” (grifos nossos) ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p.125.

222 Parece-nos inquestionável, por exemplo, haver nas *ações coletivas*, na *jurisdição voluntária* e nos ditos *processos objetivos* prestação jurisdicional. No entanto, as considerações teladas dizem respeito, dado o recorte do presente estudo, às ações reguladas pelo novo Código de Processo Civil. A premissa, antes de qualquer crítica, deve restar aclarada.

223 Embora entendamos serem essas as principais notas caracterizadoras da *jurisdição*, não ignoramos que parcela doutrinária suscite outros elementos dignos de epígrafe. A *substitutividade*, a *inércia* e a *unidade* da jurisdição, sem prejuízo das notas por nós destacadas, aparecem com frequência nos textos destinados ao estudo do tema.

Mas afinal, a que serve a dita função jurisdicional?^{224 225}

O monopólio da dicção do direito pelo Estado obriga-o (e por isso *poder-dever*) a exercer função que visa à realização do direito (repita-se, não apenas da lei).²²⁶ Embora se tenha afirmado outrora que tal função limitava-se a resolução dos conflitos num plano ideal, afirmando-se prestada a jurisdição mediante a prolação de uma sentença meritória (mera declaração de direitos)^{227 228}, ou ainda, num contexto social nem tão distante, que, na melhor das hipóteses, cingia-se a conformação do direito posto (limitava-se, de forma acrítica, à aplicação da lei²²⁹), não nos parece esteja o *Novo CPC* atrelado a quaisquer dessas concepções.

A ideia de jurisdição que se impõe guarda, à evidência, estreita relação com a concretização de um Estado comprometido com a *proteção* e a *conformação fática* das posições jurídicas mínimas (os direitos fundamentais). As incontáveis tentativas doutrinárias de esquadriñar (de forma universal) o complexo *instituto* (e suas diversas dimensões), inobstante o esforço historicamente comprovado, não lograram um consenso conceitual. O motivo, a nosso sentir, é singelo. Não há conceituá-lo, também, sem considerar o contexto social, político, religioso, econômico e histórico atinentes ao âmbito da tentativa. Trata-se, como já se disse outrora, de conceito não universalizável.²³⁰

Com efeito, apenas para que possamos tornar mais palpável à ideia (mas, registre-se, sem qualquer intenção de encerrar a noção em meia dúzia de linhas) parece-nos suficiente, considerando o contexto Brasil do século XXI, e tomando por base as notas distintivas acima apontadas, compreender a instituição, por questões didáticas, *primeiro*, enquanto *função estatal*, eis que dentre elas há uma destinada a solver os conflitos que lhe são susci-

224 "A resposta também há de ser buscada na Constituição. Os fins do Estado, nela determinados, são também os fins da jurisdição: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (...)". TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Estudos sobre as reformas do Código de Processo Civil*. p. 36.

225 "De acordo com a concepção instrumentalista do processo, a jurisdição tem três fins: o **jurídico**, o **social** e o **político**. O **escopo jurídico** consiste na atuação da vontade concreta da lei. A jurisdição tem por fim primeiro, portanto, fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. No entanto, a aplicação ou a realização do direito objetivo não é uma atividade privativa ou específica da jurisdição, pois os particulares, quando cumprem a lei, realizam o direito objetivo, assim como o administrador, quando realiza os atos administrativos. O **escopo social** consiste em promover o bem comum, com a pacificação, com justiça, pela eliminação dos conflitos, além de incentivar a consciência dos direitos próprios e o respeito aos alheios (...). O **escopo político** da jurisdição, é aquele pelo qual o Estado busca a afirmação de seu poder, além de incentivar a participação democrática (ação popular, ações coletivas, presença de leigos nos juizados etc.) e a preservação do valor liberdade, com a tutela das liberdades públicas por meio dos remédios constitucionais (...)" DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Podivm, 2007. p. 75/76.

226 "Não há, pois, como confundir direito e lei, tanto quanto alma e corpo, matéria e forma, substrato e configuração." JACQUES, Paulino. *Curso de Introdução à Ciência do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 103.

227 "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional (art. 463)." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro, 2004. v. I. p.80.

228 "Frise-se que a preocupação com o arbítrio do juiz não fez surgir apenas a ideia de que a sentença deveria se limitar a declarar a lei, mas também retirou do juiz o poder de exercer imperium, ou de dar força executiva às suas decisões." MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 31.

229 Nesse sentido: "Isto significa que o objetivo do Estado, no exercício da função jurisdicional, é assegurar a paz jurídica pela atuação da lei disciplinadora da relação jurídica em que se controvertem as partes." SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 68.

230 "Do conceito de jurisdição não se pode dar uma definição absolutamente válida para todos os tempos e para todos os povos. Não só as formas externas, mediante as quais se desenvolve a administração da justiça, mas também os métodos lógicos de julgar têm um valor contingente que não pode ser determinado senão em relação a um determinado momento histórico." CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 102/103.

tados, dada a vedação à autotutela, que atende por tal graça (a *função jurisdicional*); *segundo*, enquanto *poder estatal*, no sentido de que revela haver supremacia das decisões estatais (tomadas a esse título) em face do “querer” interessado; *terceiro*, enquanto ferramenta destinada à conformação/realização²³¹, em um Estado constitucionalmente organizado, de posições jurídicas subjetivas (com destaque para as posições jurídicas mínimas – os direitos fundamentais), atenta e orientada, sempre, a uma composição material dos chamados judiciários.²³²

Por fim, não nos parece demasiado lembrar: a prestação jurisdicional brasileira (do século XXI - para além de seu aspecto conceitual, de suas notas caracterizadoras e finalidade específica), em sua dimensão atuante, deve, sem exceções, respeitar às prescrições constitucionais para o seu regular exercício, ou seja, independentemente dos apontamentos infraconstitucionais, a obediência ao *modelo constitucional do processo brasileiro* revela-se inafastável à sua legítima realização.²³³

3.3. Processo

3.3.1. Principais teorias acerca do tema e uma constatação forense.

O rol dos temas estruturantes inerentes ao campo do direito processual (jurisdição e ação, acima estudados) vai complementado pela abordagem do tema *processo*.

Não foram poucas, pois, as construções teóricas que se destinaram, ao longo da historiografia do processo civil, a explicar sua natureza. Tratou-se o processo (a) como *contrato*²³⁴; (b) *quase-contrato*²³⁵; (b) como *situação jurídica*²³⁶; (d) como *instituição*²³⁷; (e) como

231 Mais próximo do que sustentamos alerta Scarpinella Bueno para o fato de que a “atuação do Estado, contudo, não se limita à declaração de direitos, mas também à sua realização concreta, prática, com vistas à pacificação social.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 1. p. 248. (grifos nossos)

232 “O aparelho jurisdicional do Estado, frente ao choque de interesses que chamamos lide, objetiva a sua composição, sejam quais forem os interesses envolvidos (públicos ou privados). E acrescentaríamos: visa a uma composição justa, fim de todo processo.” ASSIS, Araken de. *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001. p. 25.

233 Para uma compreensão a respeito do *modelo constitucional do processo brasileiro* vide: TORRES, Artur. *Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro*. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*. Porto Alegre: ano 1, volume 1, n. 2, ago. 2011, p. 44/81; PORTO, Sérgio Gilberto. ÚSTARROZ, Daniel. *Lições de Direito Processual Civil: O conteúdo Processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

234 “Essa teoria, em voga nos séculos XVIII e XIX, principalmente na doutrina francesa, liga-se à ideia romana de processo, invocando-se a seu favor, inclusive, um texto de Ulpiano (D. XV, I, 3º, 11). E Pothier, um dos principais defensores dessa doutrina, colocava o pacto para o processo (*litiscontestatio*) no mesmo plano e com os mesmos raciocínios básicos da doutrina política do *contrato social*. (...) Essa doutrina tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje falso, de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de verdadeiro negócio jurídico de direito privado (a litiscontestação). Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 279.

235 “Um autor francês do século XIX (Arnault de Guenyvau) foi quem criou essa doutrina. Disse que, se o processo não era um contrato e se o delito também não podia ser, só haveria de ser um quase-contrato. Tal pensamento partia do erro metodológico fundamental consistente na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias de direito privado; e além disso, já no próprio Código Napoleônico indicava-se uma outra fonte de obrigações, que o fundador da doutrina omitiu: a lei.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 279/280.

236 GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2003. v.I. *passim*.

237 GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1997. *passim*.

relação jurídica, bem como (f) enquanto *procedimento em contraditório*. As derradeiras hipóteses, dada à quantidade de adeptos angariados, destacaram-se, razão pela qual merecem nossa especial atenção.²³⁸

A teoria que vislumbrou o processo enquanto *relação jurídica* serviu, bem compreendida a afirmativa, de base à afirmação da própria *ciência processual*. Costuma-se afirmar, nessa quadra, que, havendo necessidade de se atribuir a paternidade do direito processual a alguém, bem como de anotar a data de seu nascimento, ter-se-ia, obrigatoriamente, de eleger o nome de Oskar Büllow e o ano de 1868, ocasião em que o festejado autor publicou obra denominada *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (traduzida mais tarde para várias línguas, tais como o espanhol – *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales* – e o próprio português – *Teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais*).

O pedido de tutela jurisdicional, segundo tal linha de raciocínio, desencadeia o surgimento de uma relação (jurídica) que tem como sujeitos o autor, o Estado-juiz e, validamente citado, o réu. Trata-se, pois, consoante tal teorização, de relação jurídica de natureza preponderantemente pública, que possui *pressupostos de existência* e *requisitos de desenvolvimento válido* próprios, e que não se confunde com a relação jurídica de direito material que se lhe possa servir de objeto.

O regramento inerente à disciplina aplicável a essa relação (a relação jurídica de natureza processual) representa, ao fim e ao cabo, o objeto de estudo da ciência processual.²³⁹

O processo é uma relação jurídica. Uma relação jurídica complexa: um autor, um juiz, um réu. O autor é credor da sentença, isto é, tem direito a prestação jurisdicional. Nessa relação o juiz se apresenta, tanto em face do autor quanto do réu, como titular de um poder, o poder jurisdicional, a que ambos se submetem.²⁴⁰

A sistematização da ideia serviu, em última análise, de *carta de alforria* ao processo, relegado anteriormente à condição de mero apêndice do direito material. Afirma-se, pois, quase sem resistência, que, graças a ela, hoje, fala-se na existência de um direito processual civil, ramo autônomo do direito, revelador da *ciência processual*.

A teoria, a despeito do aplauso de muitos, despertou crítica acentuada. Indagou-se, dentre outros, acerca do acerto em valer-se (a teoria) de expediente oriundo do plano do direito material (a noção de *relação jurídica*), maculando a então pretendida *pureza processual*.²⁴¹ A propósito,

238 Acerca do desenvolvimento das teses a respeito da natureza do processo, vide, com grande proveito: RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 23/34.

239 “Todo processo é uma relação jurídica, isto é, uma relação entre os sujeitos processuais regulada juridicamente.” ROSEMBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Campinas: Impactus, 2005. p. 19.

240 TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. p. 2.

241 “Os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da imponência do fenômeno (a trave no próprio olho...), de definir o ‘processo’ (esquema da disciplina de sua competência) e permanecerem ligados, ainda durante alguns decênios do século passado ao velho e inadequado *cliché* pandetístico da ‘relação jurídica processual’. E quando, finalmente, mudaram o conceito de ‘pro-

(...) cumpre observar que a relação jurídica é um instituto que nasceu no direito material (mais precisamente, na pandectística alemã, o que inclusive levou Élio Fazzalari certa feita a apontar a teoria do processo como um velho e inadequado 'clichê pandectístico'), daí transferido por Oskar Büllow ao campo do direito processual civil. Vem a lume a 'ciência' processual, pois, profundamente comprometida com esse ambiente metodológico (e com a certeza que é inerente a esse plano do direito), tomando de empréstimo um cabedal de conceitos já bem trabalhados e amadurecidos no direito material. Guarde-se o ponto: **com a teoria da relação processual não se procurou forjar categorias adequadas ao trato dos fenômenos do plano processual, como bem observa James Goldschmidt, com o que se criou no seio da processualística, logo de chofre, um problema de dependência conceitual com o manancial teórico próprio do direito material (notadamente do direito privado), revelando-se, desde logo, o quão infrutífera a noção de relação jurídica pode ser para o direito processual civil.** Natural, nessa vertente, que o esquema da relação jurídica processual não dê conta de toda a complexidade teórica que se encontra de envoltas implicada no conceito de processo. Notoriamente, o conceito de relação jurídica, originalmente estático, convive muito mal com a dinamicidade insita ao processo, inerente à temporalidade em que se desenvolvem os atos do procedimento (...). E, com efeito, a partir do momento em que se reconhece a fluência como algo conatural à ideia de processo, insistir em caracterizá-lo como uma relação jurídica é, no mínimo, como adverte Crisanto Mandrioli, profundamente danoso à pesquisa de seu fiel perfilhamento. (grifos nossos)²⁴²

Seja como for, não há negar o importante contributo da teoria em tela (a teoria do processo como relação jurídica) à edificação do ramo do direito objeto de nosso estudo.

Mais modernamente, por sua vez, ganhou força (e muitos adeptos) a teoria que vislumbra o processo enquanto *procedimento em contraditório*. Credita-se tal formulação à Elio Fazzalari, emérito da Universidade de Roma, *La Sapienza*.

A captação da tese passa, primeiro, pelo anúncio acerca da compreensão do autor no que diz com o tema *procedimento (gênero ao qual pertence o processo, uma de suas espécies)*:

O procedimento se apresenta, pois, como uma sequência de 'atos', os quais são previstos e valorados pelas normas. O procedimento é, enfim, visto como uma série de 'faculdades', 'poderes', 'deveres', quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas do discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas (...).²⁴³

Feitas as aludidas ponderações, prossegue Fazzalari a desnudar sua concepção acerca do fenômeno em análise:

(...) o 'processo' é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos (...). É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos

cedimento', oferecido pelos juspublicistas, não colheram nem aprofundaram, no seu âmbito, um conceito completo de 'processo'. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 111.

242 MITIDIERO, Daniel. Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. p. 140/141.

243 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 111.

permitem observar: **a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.** Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção de provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditório possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (...) **Existe, em resumo, ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (grifos nossos)**²⁴⁴

Consoante o professor italiano, a nota distintiva de sua concepção permite um passo além. A referência “à estrutura dialética como a *ratio distinguendi*” permite, segundo sustenta, “superar anteriores tentativas de definir” em que, verdadeiramente, consista o processo.²⁴⁵

Em suma, Fazzalari sustentou ser o processo espécie do gênero procedimento, caracterizando-se, em última análise, por sua estrutura dialética, atrelada ao elemento indispensável à sua existência: o contraditório.²⁴⁶

Antes, pois, de eleger uma das teorias, vale refletir, pela clareza e bom senso, acerca da conclusão alcançada por Leonardo Santana de Abreu.

A importância do conceito de relação jurídica processual é inegável e faz parte da própria emancipação do processo. Não é possível, portanto, ignorar-se o liame jurídico estabelecido entre as partes e o juiz por ocasião do processo. Aliás, na relação jurídica processual não faltou à reclamada progressividade e dinamicidade, insertas no conceito desde a concepção de Oskar Büllow, o qual também não deixou de destacar a importância da ideia de ‘procedimento’, chegando a afirmar que ‘poder-se-ia, segundo o velho uso, predominar o procedimento na definição de processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção. Não há dúvida de que o procedimento em contraditório, ou mais amplamente, o devido processo legal, legitimam a decisão do juiz. **Mas é possível compatibilizar a ideia de procedimento em contraditório com a de relação jurídica processual, mesmo porque são ‘duas facetas da mesma realidade’.** Enfim, a participação das partes, assegurada pela garantia do contraditório, se desenvolve justamente em meio à criação de direitos, deveres, ônus, sujeições, ou seja; ‘diversas situações subjetivas, cujo surgimento é indissociável da noção de relação jurídica’. (...) **Entendemos, assim, que o processo envolve um conceito complexo. Pode ser observado do ponto de vista das relações entre os sujeitos, mas também do ponto de vista da sucessão coordenada de atos, ou seja, do procedimento.** Não se trata de confundir o processo com procedimento, tal como fazia a doutrina antiga, pois na perspectiva moderna esse é um dos aspectos do processo. **Em vista disso, (...) a com-**

244 FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual Civil. p. 119/120.

245 FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual Civil. p. 120.

246 “(...) no máximo se pode falar de processo enquanto se constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético acima ilustrado. Na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexistia a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo.

preensão de processo que abrange tanto a noção de relação jurídica, como a de procedimento em contraditório é a que melhor atende à complexidade do fenômeno (...).²⁴⁷

Parece-nos, em última análise, acertada (e sólida) a conclusão a que chega o jurista gaúcho, ao compatibilizar pelo menos as duas principais teorias acerca da natureza jurídica do fenômeno.

De um lado, percebe-se que, proposta a demanda, vinculam-se, primeiramente, autor e Estado-juiz; citado validamente, o réu também se vincula ao feito, angularizando-se a relação em epígrafe. Há entre os sujeitos do processo, à evidência, um vínculo. Em não se tratando de vínculo de direito material, não há negar, pois, a natureza processual da aproximação. Logo, do *ponto de vista do vínculo havido entre os sujeitos do processo* incumbe reconhecer, segundo pensamos, a existência de uma relação (objeto de regulação pelo direito – por isso, jurídica), de natureza processual.

De outro, por sua vez, impossível renegar a imprescindibilidade da noção procedimental nesse cenário. Revela-se pouco mais do que óbvio o fato de o processo alcançar o seu desiderato, como regra, mediante a realização de uma sucessão de atos. Esse andar compassado nada mais é do que o próprio procedimento que, nessa quadra, vai iluminado pelo direito fundamental, titularizado pelas partes, de *influir*, atuando em concreto, *na construção da norma jurídica aplicável ao caso concreto*.²⁴⁸ Vislumbrado, pois, desse ângulo, o processo, ao fim e ao cabo, caracteriza-se como procedimento em contraditório.

De fato, inexistente incompatibilidade entre as teorias que se destacaram. Tratam-se, a rigor, dos dois lados de uma mesma moeda.

Seja como for, para além do debate acerca da natureza jurídica do processo (em que se navega, grosso modo, em ambiente estritamente acadêmico), parece-nos oportuno trazer à baila uma constatação forense, oriunda da análise do fenômeno processual a partir de ponto de vista diverso: *o processo, no dia a dia do foro, revela-se, sobretudo, um jogo*.

Outrora, com maestria, asseverou Piero Calamandrei:

A razão de que não basta sair da universidade com um doutorado em Processo Civil, mesmo que obtido com todas as honras, para já ser considerado um advogado perito em audiência, é psicologicamente igual à razão pela qual não se chega a ser um hábil jogador de xadrez só por decorar o seu manual de regras. É verdade que sem conhecê-las, é impossível jogar; igualmente, sem conhecer com perfeição as normas do Código não se pode levar adiante um processo (a menos que se siga o método de certos advogados que conheço, os quais continuam apanhando do vituperado Código de Processo Civil vigente porque insistem em se servir dele sem jamais o terem lido). **Mas, uma vez conhecidas as regras teóricas, o que mais conta para aprender o jogo é vê-las funcionarem na prática, é experimentar como se entendem e como as respeitam os indivíduos que devem observá-las, com que resistência correm o risco de deparar-se, com que reações e que tentativas de subterfúgio devem prevenir. (grifos nossos)**²⁴⁹

247 ABREU, Leonardo Santana de. *Direito, Ação e Tutela Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50/51.

248 Acerca do direito fundamental ao contraditório, vide o item 2.2.4.

249 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 225/226. v. 3.

E prossegue:

No processo civil o autor se move para pedir uma sentença que reconheça seu direito; mas conseguiu-lo não depende apenas de sua demanda: o juiz não é, como sagazmente observa Gnaeus Flavius, uma dessas máquinas automáticas em que basta colocar a moeda de uma lado para que do outro, saia um cartão com resposta. **Para que a demanda proposta pelo autor possa ser acolhida é preciso que se vá filtrando pela mente do juiz, que se consiga fazer entender por ele e persuadi-lo. Por conseguinte o êxito depende da interferência destas psicologias individuais e da força do convencimento com que as razões, feitas valer pelo demandante, consiga suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador.** (...) Efetivamente, não só se deve acrescentar que, por ser o processo civil um processo de partes baseado no princípio do contraditório (...), as forças psicológicas que tendem a persuadir o juiz são sempre duas, **contraditórias entre si, de maneira que a decisão do juiz implica sempre uma escolha, mas há a destacar sobretudo que na escolha entre essas vontades contraditórias o juiz, cujo visus é institucionalmente limitado à figura dos *allegata et probata*, não é livre para dar razão a quem lhe apeteça; é obrigado a dá-la à parte que melhor consiga, pelos meios técnicos apropriados, demonstrar que a tem.** (grifos nossos)²⁵⁰

Para os leigos (e a alguns “*experts*” mais desavisados, que se limitam, pois, a tratar o fenômeno processual no plano metafísico), o processo representa pura e simplesmente o instrumento de realização da justiça material. O dia a dia forense, contudo, revela realidade tiranamente diversa. A constatação, conhecida de muitos, porém, estatisticamente sonogada em sede doutrinária, revela-se tema árduo até mesmo para os mais antigos frequentadores do foro.

Iniciemos assim: ressalvadas pontuais exceções, a existência do processo justifica-se, *in concreto*, face à ocorrência de um conflito de interesses (real ou virtual). Cada qual dos contendores, bem compreendida a afirmativa, pretende ver sua posição jurídica triunfar e, como regra, por determinação legal, entregam a “defesa” dos seus interesses aos advogados, públicos ou privados. São eles, no mundo real, que conduzem os feitos.

Os patronos, em tese *experts*, respeitados os limites éticos de seu ofício, defendem uma “bandeira”, ou seja, são parciais. O projeto de cada causídico ao assumir seu posto é, quando mais na seara não criminal, o de ver, ao fim e ao cabo, o interesse daquele que lhe confiou o patrocínio despontar. Trata-se, gostemos ou não, de uma constatação fática, não raro transparente, como dissemos alhures, aos apontamentos doutrinários.

Assim sendo, por vestirem uma “camisa” (são parciais e não imparciais), os *experts* do foro passam a laborar, em cada um de seus processos, no afã de ver prosperar o interesse de seus clientes, “jogando o jogo”. Tal afirmativa, que, à evidência, não choca os “homens do foro” (que, a rigor, sequer falam a seu respeito), afigura-se, não raro, estarrecedora aos leigos.

Seja como for, não há ignorar que sendo esse o espírito do patrono (e é!), agirá ele, ao longo de toda caminhada processual, medindo passos, palavras, suspiros e etc. O “jogo do foro”, em última análise, obriga-o a assim proceder.

250 CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 227/228. v. 3.

Poder-se-ia, pois, a título meramente ilustrativo, equiparar o “jogo do foro” a uma partida de futebol: impossível que se prospere no aludido cenário (na partida de futebol) sem que se conheça, *verbi gratia*, a regra de que uma equipe sairá vencedora se, e somente se, “marcar gols”; a regra do impedimento; a disciplina das punições; a compreensão de que o ambiental interfere na forma de atuação (própria; do adversário; bem como, do árbitro); que o jogo tem “hora” para terminar; e que, sobretudo, para além de alcançar-se um vitorioso *desportivamente* falando, sempre haverá consequências/interesses para além das “quatro linhas”. A lógica da condução do processo é, pois, idêntica.

Cada passo dado no tramitar do feito é, pelos *experts* do foro, milimetricamente calculado. No processo de conhecimento (ou fase cognitiva do processo sincrético), da etapa *postulatória* à entrega do comando jurisdicional (etapa *decisória*), por exemplo, percorre-se um caminho “sem volta”, programado pelos patronos, cada qual na defesa dos interesses que lhe incumbe promover. Premedita-se o atacar, o defender e etc., sempre de olho no “apito” final. *No processo, salvo acidente, nada acontece ao acaso.*

Curioso, pois, afigura-se o teor do sexto artigo do NCPC, assim redigido: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Trata-se de apontamento *político-moralizador*? De diretriz inerente apenas aos casos de *jurisdição voluntária*? Ou, estaria o legislador à margem do dia a dia do foro?

Revelando-se diretriz *político-moralizadora*, o apontamento estaria justificado; fosse apenas aplicável ao campo da jurisdição voluntária, mal localizado; não queremos crer, por fim, que o legislador desconheça o dia a dia forense.

Salvo melhor juízo, não há negar que é no “jogo do foro” (com regras na iminência de serem (in)alteradas) que as coisas acontecem e, tudo quanto mais, embora indispensável à boa convivência dos homens em sociedade, havendo crise no plano do direito material, haverá de por ele passar. A justiça dos próprios punhos permanece, como regra, vedada. Considerada a atual realidade forense, antes do trânsito em julgado da sentença, afigura-se impossível, sobremaneira, afirmar que esta ou aquela parte prosperará. O “jogo só termina quando acaba”!

O processo, de um ponto de vista prático, em última análise, revela-se um “jogo” em que, não raro, vence o mais eficiente (processualmente falando). Se, à luz de uma construção dogmática, a conclusão aborrece; do ângulo prático, desponta incontestemente.

3.3.2. A noção de *due process of law* para o Brasil do século XXI.

A despeito da *constatação forense* supra, a cláusula do *due process of law*²⁵¹ ou do devido processo de direito deve, ao menos teoricamente, ser lida, e compreendida, do ponto de vista constitucional-processual, como a fórmula que abarca, e determina, em suma, o

251 “As doutrinas caracterizadoras do direito a um processo equitativo (CRP 20º. /4) têm quase sempre como ponto de partida a experiência constitucional americana do *due process of law*. Nem sempre, porém, se tornam explícitas as premissas e a memória deste *due process*. Vale a pena, por isso, prestar alguma atenção às leituras americanas incidentes sobre o ‘processo devido’ (= processo justo) e verificar em que medida estas leituras podem ser transferidas para o nosso quadro jurídico-constitucional”. CA-NOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 492.

respeito, *in concreto*, à integralidade dos direitos fundamentais que gozam de aplicabilidade *de no e em razão do processo*.^{252 253 254}

A doutrina muito debateu acerca da existência, ou não, de distintas vertentes (formal e substancial) inerentes ao tradicionalmente denominado *devido processo legal*.^{255 256} Porém, para os fins aqui colimados, parece-nos suficiente, sem ingressar nas minúcias do aludido debate (que mereceria, de per si, um livro próprio), compreender que a concretização do *processo justo* dar-se-á (de um ponto de vista técnico-processual) mediante o respeito ao conjunto das posições jurídicas mínimas, ou melhor, da fiel observância dos direitos fundamentais acima aludidos, ao longo da existência/tramitação do feito.^{257 258}

252 Segundo doutrina de renome “a ideia brasileira de ‘devido processo legal’ sofreu notável influência da ‘cláusula do *due process of law*’ – acalentada pela *common law* como derivação da expressão *law of the land* da Carta Magna”, no entanto, a “importação, embora saudável em seu conteúdo material, ocasionou algumas dificuldades em solo nacional. Isto porque, mercê da cultura própria de nosso povo (cuja formação constitucional é diversa) e da própria tradução realizada pelo constituinte, gerou alguma perplexidade na comunidade jurídica. Efetivamente não se deve perder de vista que a importação tem origem no direito anglo-saxão e, por decorrência, instituto originalmente integrante da família jurídica do *common law*, onde a principal fonte jurídica é o *stare decisis* (precedente judicial) e não a lei em sentido estrito. Assim, no momento em que é importado um conceito e usada a designação original decorrente da tradução literal, esta circunstância gera deformação, haja vista que o sentido da expressão ‘legal’ constante da designação ‘*due process of law*’ existente na *common law*, à evidência, não se identifica com o sentido do conceito da expressão legal da *civil law*. O vício metodológico brasileiro foi agravado pela tradicional equiparação entre lei e Direito – e o desprezo pelas outras fontes jurígenas – observado no século XX”. PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. p. 120.

253 “Refere a nossa Constituição que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5, inciso LIV, CRFB). Trata-se de norma que concomitantemente principia e enfeixa a disciplina do processo civil brasileiro – a rigor principia e enfeixa a disciplina do processo jurisdicional brasileiro, seja civil, penal ou trabalhista, e mesmo de alguns processos no âmbito privado. Principia, porque dele poderíamos extrair todos os demais; enfeixa, porquanto propicia abertura a outras normas que eventualmente se façam necessárias para adequar, em concreto, o processo justo brasileiro”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 27.

254 “O Direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado no art. 20º da CRP, no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 14º do Pacto Internacional Reletivo aos Direitos Cívicos e Políticos e no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 492.

255 A respeito da vertente formal assevera DIDIER JR. que o “devido processo legal (...) é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com as normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio”; no que diz com a vertente material, no entanto, afirma que as “decisões jurídicas não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 37 e 31 respectivamente

256 “Como qualificar um processo como justo? Quais os critérios materiais orientadores da determinação do caráter ‘devido’ ou ‘indevido’ de processo um processo? As respostas – sobretudo as da doutrina americana – reconduzem-se fundamentalmente a duas concepções de ‘processo devido’ – a *concepção processual* e a *concepção material* ou *substancial*. A *teoria processual* (*process oriented theory*) que poderíamos designar também por *teoria do processo devido por qualificação legal*, limita-se a dizer que uma pessoa ‘privada’ dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei. Consequentemente, o acento tônico deve colocar-se na observância ou não do processo criado por lei para a aplicação das medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade. A *teoria substancial* pretende justificar a ideia material de um *processo justo*, pois uma pessoa tem direito não apenas a um *processo legal* mas sobretudo a um *processo legal*, *justo e adequado*, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade ou propriedade dos particulares. Esta última teoria é, como salienta doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 494.

257 “O direito fundamental ao devido processo constitui um princípio. O direito ao processo justo não indica os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual do ideal de protetividade nele insito. Como princípio, exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, tendo a função de *criar* os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), *interpretar* as regras que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa), *bloquear* a eficácia das regras que preveem elementos incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora) e *otimizar* o alcance do ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional (função otimizada)”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 27.

258 A respeito, vide: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e giusto processo*. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, v. 90. p. 95/150, 1998.

Vale destacar, por oportuno, que, embora não duvidemos represente a busca da justiça do caso concreto o desiderato maior do sistema jurídico desenhado pelo Estado Constitucional, não há baralhar os conceitos de *sentença justa* e *processo justo*.

O aprimoramento legislativo e interpretativo para que se criem condições de ofertar ao jurisdicionado um trâmite pautado em valores fundamentais (um *processo justo*), não pode, sob qualquer hipótese, ser baralhado com a possibilidade de erro ou acerto por parte do Estado-juiz quando de sua manifestação substancial derradeira.

A construção de um sistema processual pautado em valores é, pois, tarefa que se exige de qualquer Estado que se diga de direito, mais do que isso, é elemento mínimo e indispensável, embora não suficiente, a assegurar a possibilidade de que julgamentos justos sejam racionalmente realizados.²⁵⁹

O processo justo, devido processo legal ou, ainda, devido processo de direito, dê-se o nome que melhor convier deve, sobremaneira, ser compreendido como a embalagem que circunda e anuncia, tanto a existência, como o dever de respeito à totalidade dos direitos fundamentais de aplicação processual. Por assim dizer, trata-se da fórmula mínima a que partes e Estado deverão subordinar-se até que se alcance a efetiva composição judicial do litígio.^{260 261}

Ao fim e ao cabo, portanto, é possível afirmar, sim, que tal fórmula representa a suma (o resumo), sem prejuízo de novas percepções valorativas que auxiliem na melhor lapidação do instrumento ético proposto pela Constituição Federal, de todos aqueles direitos constitucionais acima aludidos.

Fique claro, contudo, que inexistente qualquer justificativa (social, política, econômica e etc.) apta a legitimar subsistemas processuais (sejam eles penais, laborais, civis e outros) que, em sua estruturação ou releitura, escapem ou ignorem os ditames do modelo constitucional. Àqueles que outrora, por esse ou aquele motivo, caminharam na contramarcha das previsões contidas no modelo maior, seja pela via interpretativa, ou até mesmo revogatória legislativa, é chegada a hora do juízo final.

Fora dos lindes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 (o modelo constitucional do processo civil brasileiro), portanto, nenhum deles triunfará.

259 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 28.

260 "A fórmula mínima do processo justo está em estruturar-se o formalismo processual de modo a nele terem lugar os direitos fundamentais à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5, inciso XXXV, CRFB), ao juiz natural (art. 5, incisos XXXVII e LIII, CRFB), à representação técnica (art. 133, CRFB), à paridade de armas (art. 5, inciso I, CRFB), ao contraditório (art. 5, inciso LV, CRFB), à ampla defesa (art. 5, inciso LV, CRFB), à prova (art. 5, inciso LVI, *a contrário sensu*, CRFB), à publicidade (art. 5, inciso LX, e 93, inciso IX, CRFB), à motivação da sentença (art. 93, inciso IX, CRFB), à assistência jurídica integral (art. 5, inciso LXXIV, e 134, CRFB) e à duração razoável do processo (art. 5, inciso LXXVIII, CRFB). Fora daí, fere-se nosso perfil constitucional de processo". ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. p. 28.

261 Vide, a respeito, o ótimo ensaio: MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. O Processo Justo na Constituição Federal de 1988. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 91, 2003. p. 215/260.

Referências

- ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, Ação e Tutela Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANCONA, Elvio. **Sul giusto giudizio**. In: *Rivista Elettronica di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*. Disponível em: <http://www.lircocervo.it/index/?p=837>
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modelo costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2009.
- _____. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2011. v.I.
- _____. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2011. v. II.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- AMERICANO, Jorge. **Abuso de Direito no Exercício da Demanda**. 2 ed. São Paulo: Saraiva &Comp. Editores, 1932.
- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. 8. Madri: BAC, 1956.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Julián Marias. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- _____. **Retórica**. Tradução Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 10ª ed. Porto Alegre: RT, 2006.
- _____. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. **Cumulação de ações**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. **Manual de recursos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRAGE CAMAZANO, J. **Los límites a los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson. 2005.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. “Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação”. *Revista da Ajuris*, n. 29, 1983,p. 99/126.
- _____. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. 3 ed. Rio de Janeiro:Forense,2007.
- _____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **Sentença e Coisa Julgada: ensaios e pareceres**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

- ____. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ____. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. *In*: Temas de Direito Processual Civil – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27/42.
- ____. Efetividade do processo e técnica processual. *In*: Temas de Direito Processual Civil – Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17/30.
- ____. Ação Popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'. *In*: Temas de Direito Processual Civil – Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110/123.
- ____. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. n.6, jul./ago., 2000. p. 36/44.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BERTOLINO, Giulia. Giusto Processo Civile e giusta decisione: Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile. Disponível em: <http://amsdottorato.unibo.it/119/1/TESI DI DOTTORATO Giusto processo civile e giusta decisione.pdf>
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Icone, 1995.
- ____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- ____. **A era dos direitos**. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOVE, Mauro. Art. 111 cost. e "giusto processo civile". *Rivista di Diritto Processuale*, v. LVII, II serie, a. 2002.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.
- BUZAID, Alfredo. **Grandes Processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996. t. I.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. I.
- ____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. II.
- ____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. III.
- ____. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Carla Robert Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELETTI, Mauro. **La Pregiudizialità Costituzionale Nel Processo Civile**. Milano: Giuffrè, 1972.

- CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Ellen Gracie Northfleet (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabres, 1988.
- CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene Editore, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Leme/SP: Edijur, 2012.
- _____. **Direito e Processo. Direito Processual Civil**. Campinas: Péritas, 2001.
- CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **As garantias do cidadão no processo civil – relações entre constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11/30.
- CARVALHO SANTOS, J. M., **Código de Processo Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1963.
- CECCHETTI, M. Giusto processo. In: Enc. Dir., Aggiornamento V, Milano, Giuffrè, 2001, 595 e ss.
- CHIARLONI, Sergio. Nuovi Modelli Processuali. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: a. XXXIX, n. 2, marzo/aprile, 1993. p. 269/291.
- _____. **Formalismi e Garanzie – Studi Sul Processo Civile**. Torino: Giappichelli, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009.
- _____. **A ação no sistema dos direitos**. Belo Horizonte: Lider, 2003.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. Il Foro Italiano, Roma, parte V, n. CXXII, 1999.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- _____. La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile. Padova: Cedam, 1970.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. I.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COUTURE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar editores, [?], t.I.
- _____. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar editores, [?], t. II.
- _____. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediar editores, [?], t. III.
- _____. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1958.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. São Paulo: RT, 2002.
- _____. **Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 1997.
- CUNHA, Mauro. COELHO SILVA, Roberto Geraldo. **Guia para estudo da teoria geral do processo**. Porto Alegre: Acadêmica, 1990.
- DALLA VIA, Miguel Angel. **Manual de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Editorial: Lexis Nexis, 2004.

DALLARI, Dalmo Abreu. **A constituição na vida do povo da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DENTI, Vitorino. Intorno allá relatività della distinzione tra norme sostanziale e nome processuali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: v. XIX, a. 40, [?], 1964. p. 64/77.

_____. Valori costituzionali e cultura processuale. In: *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*. Milano, 1985, II, 814.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Podivm, 2007.

_____. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Editora Podivm, 2008, v. 2.

_____. CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5 ed. Salvador: Editora Podivm, 2008, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FACHINNI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 34, n. 108, p. 139/165, dez. 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. Diffusione del processo e compiti delle dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto Procedura Civile*. Milano: a. XII, settembre, 1958. p. 861/880.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A legitimidade na Constituição de 1988**. In: FERRAZ JR. et al. *Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura*. Milano, Giuffrè, 1988.

FIGUEIRA JÚNIOR, José Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

FORNACIARI, Michele. In: *Pressuposti Processuali e Giudizio di Merito*. Torino: Giappichelli Editore, 1999.

FREITAS, Paulo de. **Direito Processual Subjetivo**. São Paulo: [?], 1955.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I.

GAETA, Vitorino. Del giusto processo civile. In: *Questione Giustizia*, 2001, p. 917/928.

- GASTAL, Alexandre Fernandes. "A coisa julgada: sua Natureza e suas Funções". In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. São Paulo: RT, 2003.
- GREGO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.
- GREGO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- GUASTINI, Ricardo. **Dalle fonti alle norme**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito Campos**, Ano VII, n.9, Dez., 2006. p. 379/397.
- GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2003. v.I.
- _____. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2003. v.II.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**.
- _____. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HEGEL. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. **Princípios da Filosofia do Direito**. Lisboa: Guimarães, 1990.
- HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito Processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JAUERNIG, Othomar. **Direito Processual Civil**. 25 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **O direito à duração razoável do processo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- JOLOWICZ, John Anthony. Justiça Substantiva e Processual no Processo Civil. **REPRO**, São Paulo, ano 31, n. 135, p. 161-178, maio 2006.
- KIRST, Stepham. A dignidade e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175/198.
- KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 145/174.
- KUHN, João Lacê. **A coisa julgada na exceção de executividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. **Eficácia e autoridade da sentença e outros sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvenuto Aires. Notas Ada Pellegrini Grinover. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Problemi Del Processo Civile*. Milano: Morano Editore, 1962.
- _____. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004.
- _____. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1984.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitare Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- MACEDO, Elaine H. **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto processuale civile**. Torino: Glappichelli, 2006.
- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. **Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)**. 4 ed. São Paulo: RT, 2006
- _____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3 ed. São Paulo: RT, 2012.
- _____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- _____. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. I.
- _____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000.
- MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119/144.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro **A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Buenos Aires: Ediar, 1945.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, t 3.
- _____. "Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa". **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, Gêneses, 2004, n.31, p. 22/27.
- _____. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- ____. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ____. **Colaboração no Processo Civil - Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2008.
- ____. O Processualismo e a formação do Código Buzaid. **REPRO**, São Paulo, ano 35, n. 183, mai. 2010.
- MONTESANO, Luigi. Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda. **Rivista Trimestrale di Diritto Procedura Civile**. Milano: a. XLVII, marzo, 1993, p. 63/81.
- NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo Civil Comentado**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.
- NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 225/240.
- NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- NÖRR, Knut Wolfgang. La Scuola Storica, Il Processo Civile e Il Diritto delle Azioni. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: v. XXXVI, a. 57, [?], 1981, p. 23/40.
- OPOCHER, Enrico. **Lezioni di filosofia del diritto**. Padova: Cedam, 1983.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social – revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Manole, 2002.
- PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ____. **La giustizia**. Giappichelli: Torino, 1991.
- PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**. Padova, CEDAM, n. 3.
- PISANI, Proto. **Le tutele giurisdizionali dei diritti – studi**. Napoli: Jovene Editore, 2003.
- PRUTTING, Hanns. Nuevas tendencias en el Proceso Civil Aleman. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, nº 41, jan.-jun./2007.
- PICÓ JUNOY, Joan. **Las Garantías constitucionales del proceso**. 2 ed. Barcelona: Bosch, 2012.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Contemporâneo. In: **Teoria Geral do Processo**. 4 v. São Paulo: RT, 2012.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. I.
- ____. **Comentários ao Código de Processo Civil (CPC/39)**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. I.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PORTO, Sérgio Gilberto. A humanização do Processo Civil contemporâneo, em face da mais valia constitucional no projeto de um novo CPC. **Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, v. 60, n. 418, p. 41–49, ago., 2012.
- ____. **A coisa julgada civil**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.
- PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ____. **Coisa julgada civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.
- PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme A. **Lições sobre Teorias do Processo Civil e Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

- RAWLS, Jonh. **A Theory of Justice**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- _____. **Justiça como Equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- REDENTI, Enrico. **Diritto processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1980.
- RIBAS, Antonio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.
- RIBEIRO, D. G. (Org.). O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. v. 1.
- _____. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 01.
- _____. **Pretensión Procesal y Tutela Judicial Efectiva - Para una teoría procesal del derecho**. Barcelona: Editorial Bosch, 2004.
- _____. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: RT, 1997.
- RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Fragmentos de Processo Civil Moderno: de acordo com o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Iura novit cùria: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda**. Madri: Marcial Pons, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15/44.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *et al.* **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I.
- _____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II.
- _____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.
- SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105/118.

- STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199/224.
- TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in italia dal '700 a oggi**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1980.
- TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.
- TAVARES PEREIRA, Sebastião. **O devido processo Substantivo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. (Org.). **Processos Coletivos**. Porto Alegre: HS editora, 2012.
- _____. **Eficácia da Sentença e Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 2002.
- TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Estudos sobre as reformas do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: HS editora, 2009.
- TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.
- _____. Direito Processual Constitucional. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. n. 55.
- TORRES, Artur. **O Processo do Trabalho e o Paradigma Constitucional Processual Brasileiro: compatibilidade?** São Paulo: LTr, 2012.
- _____. **A Tutela Coletiva dos Direitos Individuais: considerações acerca do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Arana, 2013.
- _____. **Processo de Conhecimento**. Porto Alegre: Arana, 2013. v. I.
- _____. **Processo de Conhecimento**. Porto Alegre: Arana, 2013. v. II.
- TROCKER, Nicolò. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. **Rivista di diritto processuale**. Padova, CEDAM, p. 74-85, 1988.
- _____. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Ano LV, 2001.
- VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile (Due processo of Law’ e art. 24 cost.** Milano, 1970.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à nova Sistemática Processual Civil**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 15 ed. São Paulo: RT, 2015. V. I.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.
- WATANABE, Kazuo. “Relação entre demanda coletiva e demandas individuais”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. WATANABE, Kazuo (Org.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 156/160.

WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: EJE, 1877. v. I.

_____. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: EJE, 1877. v. II.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. 2 ed. Porto Alegre: edi-PUCRS, 2009.

WINDSCHEID, Bernard; MÜTHER, Theodor. **Polemica sobre la 'Actio'**. Buenos Aires: EJE, 1974.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1992. v. I e II.