



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ISSN 2674-5623.

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Processual Civil, ISSN 2674-5623, v. 4, n. 1, jan./jun. 2022

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Regiane Maria Pankoski

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Carlos Roberto Juliano Longo

Diretor Acadêmico

Profa. Dra. Ana Carolina Antunes Naime

Coordenadora Geral de Graduação

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Ma. Juliana Caramigo Gennarini

Coordenadora-adjunta do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

Prof. Dr. Mauro Alves de Araujo

Coordenador da Revista de Direito Processual Civil

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova (PUC/SP, USF e FADIPA-UniAnchieta)

PREFÁCIO

Não posso deixar de consignar meus mais sinceros agradecimentos ao professor Glauco Gumerato Ramos, que tem os exclusivos méritos pela quinta edição de nossa Revista de Direito Processual Civil, encerrando com essa edição a temática iniciada na terceira edição de nossa revista.

Embora repetitivo, impossível deixar de reiterar meu obrigado, professor Glauco, não só pelo valoroso trabalho desenvolvido na trilogia defendida, mas, também, pelas merecidas homenagens aos nossos queridos Mestres, que nos deixaram saudosos com os prematuros passamentos.

O Grande e inesquecível Amigo, Irmão, Mestre e anterior Coordenador do curso, saudoso Professor Claudio Soares Levada, que alterou o seu nome quando atingiu a maioridade, para prestigiar o avô, passando a ser conhecido como Claudio Antônio Soares Levada, sempre será lembrado por todos por sua incrível capacidade de transmitir seus conhecimentos, bem como, a capacidade de alegrar a todos que tinham o privilégio de com ele conviver. E sempre foi assim, desde a sua primeira turma em nossa FADIPA, nos idos de 1983, quando tive o privilégio de conhecê-lo e de ser o seu aluno, iniciando-se ali uma amizade e um respeito que perdurou até a sua ida para o encontro do “Bepe”, como tratava o nosso Criador. Lembro-me das sábias orientações dadas durante o meu doutoramento, e da alegria de tê-lo como meu examinador na banca de defesa, a qual pareceu mais uma discussão a respeito de um tema entre iguais, sem qualquer ideia de superioridade pela posição que ocupava naquele momento.

Meu amigo e irmão, parabéns pela brilhante vida e exemplo que deixou a todos que o tiveram como amigo, aluno e colega.

Infelizmente, a família FADIPA, durante a crise sanitária que nos assolou nos dois últimos anos, perdeu mais dois grandes ícones, nossos não menos estimados Amigos e Mestres, Doutores Antônio Carlos Malheiros e Antônio Gomes Amorim.

Falar do Dr. Antônio Carlos Malheiros é fácil, por ter sido uma pessoa de fino trato, de um altruísmo inigualável, bastando lembrar que era conhecido por todos como o Doutor Alegria, o Totó, pelo seu trabalho voluntário de contador de histórias aos pequenos pacientes internados no hospital do câncer. Nunca se viu esse Grande Homem reclamar da vida, ao contrário, buscava sempre transmitir a todos com quem convivia que a vida é bela. Foi um grande julgador, um excelente professor, máxime, quanto aos principais princípios de uma honrada passagem por esse mundo, mas foi como pessoa que poderemos sempre nos lembrar dele, com suas inúmeras experiências de vida, sempre com a preocupação com o próximo.

Grande Totó, Doutor da Alegria, nunca nos esqueceremos de suas preciosas lições, descanse ao lado de pessoas como você, exemplos de que há pessoas boas.

O Dr. Antônio Gomes Amorim era uma pessoa ímpar, reservado, mas de marcante simpatia e capacidade de prender a atenção das pessoas com as suas divertidas histórias. Poderia parecer bravo para quem não o conhecia, mas bastava alguns minutos de conversa para se ter uma grande empatia com ele.

Tive a grata experiência de participar de um grupo seleta que se reunia periodicamente para almoçar, beber, conversar e se divertir com as animadas histórias dos componentes deste grupo, que tinha os saudosos Professores Paulo Sérgio Fernandes de Oliveira e Claudio Antônio Soares Levada, os estimados Professores Márcio Franklin Nogueira e Alauri Celso da Silva, entre outras brilhantes pessoas que não pertencem à família FADIPA, mas que muito tinham a ensinar da vida. E nessa experiência é que se podia ter certeza que o Doutor Amorim, apesar de “mão pesada” nas suas decisões judiciais, não era uma pessoa injusta.

Doutor Amorim, obrigado por ter deixado esse então jovem profissional participar de suas reuniões e convívio.

E como bem lembrado pelo professor Glauco, não se pode deixar de consignar homenagem ao Doutor José Manoel de Arruda Alvim Neto, pessoa que não pertence à família FADIPA, mas que muito colaborou com a formação de alguns mestres de nosso corpo docente, dentre os quais me incluo, não só como aluno, mas também como examinado na banca de defesa do mestrado.

Era realmente uma pessoa de extrema educação, não um jurista, mas um verdadeiro cientista do Direito, dada a capacidade de saber discutir e argumentar sobre tudo que se indagava a ele nas aulas. Não era apenas um professor, mas uma pessoa que procurava sempre auxiliar os que lhe procuravam ou com quem convivia.

Mestre Arruda Alvim, jamais esquecerei de suas preciosas palavras de apoio durante a minha defesa na banca de mestrado, imprescindíveis à continuidade de minha defesa na banca, muito obrigado.

Finalmente, não poderia deixar de prestar minhas homenagens a outro importante responsável pela minha formação, que também nos deixou no ano passado, Doutor Renan Lotufo, meu professor e orientador no doutoramento, que era temido por muitos pretendentes a cursar a sua matéria na PUC/SP, mas que estavam enganados. O Professor Renan Lotufo, como o Doutor Arruda Alvim, tinha uma grande capacidade de transmitir seus ensinamentos, que eram ilimitados, pela vasta experiência profissional. Tinha, igualmente, a humildade de colaborar com todos que o procuravam, o que comprova que o saber não exige arrogância.

Obrigado, Doutor Renan Lotufo, jamais esquecerei de seus conselhos!!!

Mais uma vez reiterando, eternos agradecimentos aos Mestres que se encontram com o Criador, e que sempre serão lembrados com saudade, e boa leitura a todos e nossos agradecimentos aos que se somam, permitindo que a nossa Instituição de Ensino possa apresentar um diferencial em relação às demais.

SUMÁRIO

Apresentação (Tomo III)	7
Recordações da FADIPA	10
	<i>Artur Marques da Silva Filho</i>
Embargos de Declaração Atípicos: Um Triplo Mortal Carpado na Hipótese de Admissibilidade para Reajustar Jurisprudência Superveniente.....	12
	<i>Júlio César Rossi</i>
Juiz contraditor?	26
	<i>Lúcio Delfino</i>
	<i>Fernando F. Rossi</i>
A paridade de armas sob a óptica do garantismo processual (The right to be treated equally during the judicial procedural on a garantism point of view	51
	<i>Mateus Costa Pereira</i>
Da Teoria «Geral» à Teoria «Unitária» do Processo: um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natascha Anchieta; em resposta a Fredie Didier Jr.....	72
	<i>Mateus Costa Pereira</i>
!Hoy me leo y no me reconozco! “Batalhas de EUGENIA” pelo Garantismo Processual	96
	<i>Glauco Gumerato Ramos</i>
A contribuição de Arruda Alvim para a compreensão da teoria geral dos direitos reais	110
	<i>Glauco Gumerato Ramos</i>
Carta de Jundiaí: Pela compreensão e concretização do Garantismo Processual	123
	<i>Glauco Gumerato Ramos</i>

APRESENTAÇÃO

(Tomo III)

Sendo a nossa Revista de *Direito Processual Civil*, impossível não registrar o falecimento do Professor ARRUDA ALVIM no dia 1º de setembro de 2021, aos 85 anos. Foi um grande jurista, além de um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento científico do processo civil no país. Era uma figura lendária.

Fui aluno do Professor ALVIM à época em que cursei módulos de mestrado na PUC-SP, no início dos anos 2000, e com ele muito aprendi. No ano de 2007 foi organizada uma coletânea de artigos em sua homenagem. Em reverência à sua memória, este Tomo III veiculará um texto de minha autoria ali publicado. Jurista multifacetado que era, optei por escrever sobre a sua *contribuição à Teoria Geral dos Direitos Reais*, conforme pode ser conferido no sumário.

Tão logo comuniquei o falecimento de ARRUDA ALVIM à diretoria internacional do *Instituto Pan-americano de Direito Processual* (IPDP), seu Presidente, o processualista panamenho JORGE FEDERICO LEE, pediu-me para fazer chegar uma “nota de pesar” à família do Prof. ALVIM e aos membros brasileiros do IPDP, o que foi feito. O *fac símile* desse comunicado também segue aqui veiculado (*cf. sumário*).

O Tomo III está encartado no volume da *Revista de DPC-FADIPA*, referente ao primeiro semestre de 2021. Por este motivo, eu o dedicaria *integralmente* ao Prof. Dr. ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, o “*primus inter pares*” dentre os egressos da FADIPA. Formado em sua 4ª Turma, em 1976, ARTUR MARQUES aposentou-se no mês de junho [2021] de suas funções de Desembargador do TJSP. Daí o ensejo da homenagem.

Após formar-se na FADIPA, ARTUR MARQUES ingressou na magistratura. Logo depois obteve os títulos de mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Posteriormente, obteve o título de livre-docente perante a Faculdade de Direito da UNESP.

Com o avanço na carreira, foi juiz em Jundiaí e depois no Foro Regional da Lapa. No início dos anos noventa foi promovido para o 2º Tribunal de Alçada Civil, o hoje

extinto 2º TACivSP. Em 2001-2002 foi Presidente da Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS). Tornou-se Desembargador em 2005. O ápice de sua carreira na magistratura se deu entre 2018-2019, quando foi eleito Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

ARTUR, que ensinou Direito Civil em várias Faculdades de nosso Estado, também foi professor da FADIPA. Devo dizer que fui seu aluno nos dois últimos anos da Faculdade, tendo ele sido, inclusive, o *Patrono* da “Gloriosa 25ª Turma (1997)”, minha turma da FADIPA e da qual eu fui seu orador.

Pedi ao Professor ARTUR que fizesse pequena resenha de sua passagem pela nossa Faculdade de Direito. De pronto, atendeu-me o *Patrono* de minha Turma, enviando-me o texto que abre este Tomo III.

Sua vitoriosa carreira jurídica faz dele o “*primus inter pares*” dentre os egressos da FADIPA, o que enobrece a nossa instituição. É digno de um “busto” a ser fixado no *Pátio Central* que entremeia os *Corredores Arqueados* de nossa Faculdade de Direito, de modo a que sua figura se eternize dentre nossas melhores tradições.

A intenção era concluir esta Apresentação e entregá-la ao Prof. Dr. MAURO ALVES DE ARAÚJO – coordenador da *Revista* – durante o feriado prolongado de “7 de setembro”, que neste ano de 2021 caiu numa terça-feira. Porém não pude fazê-lo.

Logo nas primeiras horas da manhã do dia 06, segunda-feira, chegou-me uma notícia inesperada. Em menos de quinze minutos fui atingido por sua definitiva confirmação. De maneira fulminante, falecera o Coordenador da FADIPA. Sim, aos 63 anos, CLÁUDIO LEVADA nos deixara. O que dizer?!...

CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA foi um jundiaense ilustre! Estava no auge de sua carreira junto ao TJSP, atualmente com assento em seu Órgão Especial. Era mestre pela USP e doutor pela PUC/SP, lá e cá, na matéria de sua predileção, o Direito Civil.

De personalidade marcante, ocupava vários espaços de convivência social em nossa cidade. Fazia parte de nosso dia a dia. Sua partida prematura desestabilizou nosso cotidiano.

Apesar de egresso da Turma de 1980 do *Largo de São Francisco* [USP], por trinta e cinco anos doou-se à nossa *Alma mater*, a Faculdade de Direito Padre Anchieta de

Jundiaí, como se “filho” dela também fosse. Esse tempo de dedicação ininterrupta fazia dele o *Decano* de nosso Corpo Docente. Na ocasião de sua partida, LEVADA era o nosso Coordenador. Formou centenas de bacharéis em Direito pela FADIPA, que seguirão chamando-o de Mestre. Uma “força da natureza” que, agora, definitivamente a ela se reintegra.

O que dizer, pois?!... Eu digo: “*Valeu, Levada!*”

Este Tomo III é uma homenagem a dois ilustres professores que honram a história da [além]Cinquentenária *Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí*:

ARTUR MARQUES, o nosso “*primus inter pares*”.

CLÁUDIO LEVADA, o nosso *Decano*.

Recebam, cada qual, as homenagens que a FADIPA jamais deixará de lhes prestar!

Jundiaí, [no triste] setembro de 2021.

Glauco Gumerato Ramos

Professor de Direito Processual Civil da FADIPA.

Egresso de sua “*Gloriosa 25ª Turma (1997)*”.

Aluno do Prof. ARTUR MARQUES no 4º e 5º ano da FADIPA.

Aluno do Prof. CLÁUDIO LEVADA no 5º ano da FADIPA.

RECORDAÇÕES DA FADIPA

Artur Marques Da Silva Filho¹

É sempre temerário quando nos propomos a falar de nosso passado. Em geral, enaltecemos as virtudes e empobrecemos nossos defeitos.

No entanto reportar-se à Faculdade de Direito “Padre Anchieta”, de minha época, é dizer da alegria e honra de ter participado da sua Quarta Turma.

Era o ano de 1972, residia em Jundiaí, e como 1º tenente da Polícia Militar, comandava o Destacamento da Polícia Rodoviária desta cidade. Oriundo da Academia da Polícia Militar do Barro Branco, tive inúmeras matérias voltadas ao conhecimento jurídico, dentre as quais destaco: Direito Constitucional, Direito Civil e Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, dentre outras. E, da vivência prática, aplicava em muitas ocasiões o aprendizado da Academia, principalmente nas infrações de trânsito, administrativas e penais. Destarte, tinha grande interesse em cursar Direito. Na ocasião, meu irmão,

Lázaro Benício, e eu resolvemos nos inscrever para o vestibular e fomos aprovados.

Com o início do ano letivo, passei a conhecer nossos colegas de classe. Havia empresários, bancários, administradores de empresas, secretárias, cartorários, enfim, pessoas de várias profissões e atividades.

O Diretor da Faculdade era o querido Dr Jorge Luiz de Almeida, na época Procurador de Justiça. Passados alguns anos, Dr. Jorge passou a integrar o Tribunal de Justiça, como Desembargador, pelo Quinto Constitucional.

A entidade mantenedora era regida pelo ilustre professor Pedro Clarismundo Fornari.

O corpo docente era formado por juízes, promotores de justiça e advogados. Todos lecionavam em outras instituições, como USP, Mackenzie, PUC de São Paulo e de Campinas. Eram todos muito conceituados em suas respectivas áreas de atuação.

Era, a Faculdade, verdadeiro centro de integração: todos se conheciam. Nos finais das aulas, sobretudo às sextas-feiras e aos sábados,

¹ Egresso da 4ª Turma da FADIPA [1976]. Ex-Professor de Direito Civil da FADIPA. Mestre e Doutor em Direito Civil pela USP. Livre-docente

pela UNESP. Membro da Academia Jundiaense de Letras Jurídicas (AJLJ). Desembargador aposentado do TJSP.

reuníamos-nos num barzinho, boteco ou fazíamos um churrasco numa chácara. Convém lembrar que, nesta época, tínhamos aulas nos sábados pela manhã.

Havia na turma duas excelentes secretárias que trabalhavam em multinacionais. Elas anotavam todos os conteúdos das matérias. Em seguida, datilografavam e passavam no mimeógrafo para extrair cópias, das quais formavam verdadeiras apostilas.

Em meados de 1973, quando cursava o segundo ano, fui convocado para o Gabinete do prefeito de São Paulo, onde trabalhei até 1975, sem abandonar o curso. E promovido a capitão retornei à Polícia Rodoviária. Nesse momento, estava no quarto ano e fazia o Curso de Estágio da OAB, forma pela qual, em sendo aprovado, poderia inscrever-me como advogado.

Em 1976, formados, prestamos o compromisso formal na Faculdade e, assim, concluímos o tão almejado bacharelado. Abriram-se para mim as portas para a continuidade de meus estudos de pós-graduação, habilitando-me a lecionar e ingressar na magistratura.

Esta foi minha breve visão retrospectiva da gloriosa época da sempre querida *Faculdade de Direito “Padre Anchieta”*, de Jundiaí.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
ATÍPICOS: UM TRIPLO MORTAL
CARPADO NA HIPÓTESE DE
ADMISSIBILIDADE PARA
REAJUSTAR JURISPRUDÊNCIA
SUPERVENIENTE**

***Atypical Declaration Embarges: a
mortal triple carpado in the
admissibility hypothesis to readjust
supervenient jurisprudence***

Júlio César Rossi²

RESUMO

Procura-se a partir da natureza jurídica e das hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração justificar à luz do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil em vigor, a inadmissibilidade da utilização do recurso para *reajustar* decisão/acórdão anteriormente proferido à *nova* interpretação consagrada no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e julgada.

ABSTRACT

² Pós Doutor pela Universidade de Coimbra (UC/PT) com estágio pós doutoral na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado da União (AGU). E-mail: julio_rossi@uol.com.br

³ CAETANO, Marcello. **História do direito português**. Lisboa: Verbo, 1993, p. 400-401.

⁴ “De acordo com a opinião prevalente, originaram-se os embargos de declaração da dificuldade de as partes apelarem diretamente ao Rei. A prática sugeriu o expediente de pedir a retratação ou reconsideração das sentenças, ‘ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modificá-las, isto é, alterá-las em algum ponto, ou alguns pontos indicados, em virtude de

It is sought from the legal nature and the hypothesis of justification of the Motion for Clarification to justify in the light of art. 1.022, single paragraph, I, of the Civil Procedure Code in force, the inadmissibility of using the appeal to readjust the decision / judgment previously handed down to the new interpretation enshrined in the judgment of an extraordinary appeal with recognized and judged general repercussion.

Palavras-Chave: Embargos de declaração. Atipicidade. Recurso. Reajustamento. Jurisprudência.

Keywords: Declaration Embarges. Atypicality. Resource. Readjustment. Jurisprudence.

Dos Embargos de Declaração: à guisa de introdução

Os embargos de declaração são uma *criação* genuína do *reino português* que, progressivamente, entre retrocessos e hesitações³, foram inseridos no sistema recursal lusitano⁴.

No Brasil, em síntese, pode-se conferir a previsão dos embargos de declaração desde o vetusto Regulamento 737/1850, passando por algumas

*razão suficiente (embargos modificativos), ou para as revogar, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos)”. O desaparecimento dos tribunais deambulatórios estimulou o mecanismo. E, na compilação que resultou nas Ordenações Afonsinas, o Livro III, Título 60, n.º 4, e o Título 79, n.º 4, proibiram a inovação da sentença proferida, mas autorizaram o julgador que emitisse sentença duvidosa, ou da qual constassem palavras escuras e intrincadas, a declará-la por via de embargos. Em substância, o texto passou às Ordenações Manuelinas (Livro III, Título 50, n.º 5) e às Ordenações Filipinas (Livro 3, Título 66, n.º 6). Indica a gênese do recurso constituírem os embargos de declaração criação original do direito português” (ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2016, p. 693-694).*

codificações dos Estados-membros – à época em que essas unidades possuíam competência legislativa em matéria processual – pelo primeiro Código de Processo Civil unitário de 1939, de maneira pouco sistematizada (arts. 808, V e 839, *caput*), inserido no rol dos recursos no Código de Processo Civil de 1973 (art. 535) e, atualmente, disposto no catálogo dos recursos (art. 994, IV) e disciplinado pormenorizadamente no art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, cuja redação é a seguinte:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Deduzidos perante o próprio órgão prolator, os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial com o fito de (i) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, (ii) suprimir omissão de ponto ou questão⁵ sobre a qual deveria se pronunciar o órgão julgador de ofício ou a requerimento e (iii) corrigir erro material.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe duas novidades ao considerar que o ato judicial também conteria omissão se (i) deixasse de se manifestar sobre tese formada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento e (ii) incorresse em quaisquer das condutas descritas no art. 489, § 1º do mesmo Estatuto, implicando, portanto, em *ausência de fundamentação*, a saber: (a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (c) invocar motivos que se

⁵ Pontos alegados por uma das partes e impugnados pela outra, tornam-se duvidosos, constituindo-se em questões. *Questão*, para os fins aqui pretendidos, portanto, é o ponto controvertido/duvidoso de fato ou de direito a ser solucionado, a fim de que se possa verificar se o(s) pedido(s) podem ser julgados e, se nesse

caso, se é a hipótese de ser(em) julgado(s) procedente(s) ou improcedente(s). Conosco, nesse sentido, destacamos: ASSIS, *ob. cit.*, p. 713 e MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017, p. 365.

prestariam a justificar qualquer outra decisão; (d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e, finalmente, (f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Interessa-nos, para fins deste ensaio, o defeito típico embargável relativo tanto à *omissão* que se busca supri(mi)r nas hipóteses de ausência de *apreciação de pedido(s)*⁶ e/ou *da(s) causa(s) de pedir*, quanto à consistente na *inexistência de manifestação*

*expressa sobre tese formada em julgamento de casos repetitivos*⁷ ou em *incidente de assunção de competência*, todas, supostamente, aplicáveis ao caso sob julgamento, tornado assim, hipóteses de *error in procedendo* (=vícios de atividade).

Os *aclaratórios*, como cediço, são uma espécie de recurso de *âmbito restrito* ou de *fundamentação vinculada* (=limitada), ou seja, a *lei* exige a presença de determinado(s) tipo(s) de vício(s) específico(s) na decisão, para que tenha cabimento (=admissibilidade). Imprescindível, assim, que o ato decisório contenha, *p. ex.*, *omissão*.

Note-se, por oportuno, que o *cabimento* dos embargos de declaração não prescinde da demonstração do defeito contido na decisão judicial impugnada. Isso porque, para que o recurso seja admitido pelo órgão judicial, o embargante terá de *afirmar* (=em tese)

⁶ Nem sempre a *falta* de exame(s) do(s) pedido(s) caracteriza *omissão*. Na *cumulação eventual ou impropria*, por exemplo, o órgão julgador apenas examinará o segundo pedido (subsidiário) na hipótese de rejeitar o primeiro (principal); na *cumulação sucessiva ou própria*, o órgão jurisdicional somente apreciará o pedido subsequente no caso de acolher o pedido antecedente (relação de dependência). Logo, acolhido o primeiro pedido, na *cumulação eventual*, ou rejeitado o primeiro pedido, na *cumulação sucessiva*, inexistirá vício de omissão no fato de o órgão julgador não enfrentar o pedido *acessório ou dependente*. Por outro lado, caracteriza omissão a falta de exame dos pedidos considerados implícitos ou inexistentes, a exemplo daqueles vertidos no art. 322, §1º do

CPC, mas sobre os quais o órgão julgador deve se manifestar *ex officio* sob pena de caracterizar omissão.

⁷ Consideraremos abarcada na sistemática de *julgamentos de casos repetitivos*, os *recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e julgada* com a fixação de *tese* a ser, nos termos do art. 927, III do CPC, observada nos julgamentos que abarcam questões assemelhadas. Tal *pressuposto de admissibilidade* do recurso extraordinário assume a função de conter a multiplicidade de recursos excepcionais estabelecendo uma espécie de *filtro recursal* pelo Supremo Tribunal Federal.

o vício de omissão *in status assertionis*, podendo-se avançar para o julgamento da causa com o exame do *mérito* recursal. Verificada a mera alegação do defeito (=erro de atividade) o recurso será de pronto *conhecido* e o exame do mérito será apreciado, podendo redundar em (i) *provimento*, na hipótese de restar confirmado o vício, (ii) *desprovimento*, se não se comprovar o defeito afirmado.

Em relação a (i) cabe frisar que o *provimento* dos embargos de declaração implicará natural e consequentemente na *modificação* (=efeito infringente) do julgamento pelo suprimento do vício existente. Perceba-se que o objetivo e a finalidade dos embargos declaratórios não são a *infringência* – esta encontra-se em momento posterior ao do julgamento do mérito do recurso de embargos⁸.

Já no que toca ao (ii), o *desprovimento* dos embargos de declaração poderá ser (ii.1) *despido* de *caráter protelatório*, ou seja, o recorrente, embora tenha se esforçado diligentemente para a empreitada, não obteve êxito na confirmação efetiva da existência do defeito afirmado no ato da oposição do recurso ou (ii.2) hipótese na qual os embargos serão considerados *protelatórios*, na medida em que, o recorrente, embora tenha simplesmente

alegado uma suposta e hipotética omissão no julgado no ato da oposição do recurso, deixa de demonstrá-la justificadamente.

Registra-se, ainda, *três hipóteses* em que os embargos de declaração serão *incabíveis*, a saber: (i) *recurso intempestivo*, no qual o manejo sequer atendeu ao pressuposto recursal extrínseco; (ii) o *terceiro embargos* declaratórios considerado *protelatório*, por força da norma constante do art. 1.026, § 4º do Código de Processo Civil (hipótese de *existência de fato extintivo do direito ao recurso*, desatenção ao pressuposto recursal intrínseco); e (iii) embargos de declaração com *pedido principal* de reconsideração ou revisitação do julgamento. Essa hipótese é diversa àquela outra em que os embargos são considerados protelatórios. Nessa, o recorrente sequer indica o *defeito* contido no ato judicial impugnado, objetivando, em verdade, repisar argumentos já rechaçados, provocando a indevida *revisão* do ato impugnado com o intuito último de obter o *rejulgamento* da causa, tergiversando, ao fim e ao cabo, a natureza jurídica do instituto recursal.

⁸ Consultar: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo**

civil comentado. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2016. Livro eletrônico.

A função atípica dos Embargos de Declaração pretendida pelo Supremo Tribunal Federal e a sua inadmissibilidade

Os embargos de declaração, portanto, *não* se revelam *cabíveis* à finalidade imediata de se *anular*, *reformular* ou revisar a decisão impugnada. O embargante, em outras palavras, não tem o intuito de alegar e demonstrar o vício que acomete o ato judicial; mira seus propósitos em um único objetivo, qual seja; *instar* o órgão julgador a pura e simplesmente reanalisar a *causa decidida*.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, rechaçou essa intenção em *duas oportunidades*, a primeira em 2016 e a segunda em 2020. Vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO.

REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I – Ausência dos pressupostos do art. 1.022, I, II e III, do Código de Processo Civil.

II – Busca-se tão somente a rediscussão da matéria, porém os embargos de declaração não

constituem meio processual adequado para a reforma do decisum, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, o que não ocorre no caso em questão.

III – Embargos de declaração rejeitados.

(ARE nº 910.271/DF-AgR-ED, Plenário, Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Dje de 19/09/2016).

Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Omissão no acórdão recorrido. Não caracterizada. Pretendido rejugamento da causa. Impossibilidade na presente via recursal. Precedentes. Não conhecimento dos embargos.

1. As questões trazidas nos embargos declaratórios já foram discutidas no julgamento do agravo regimental, sendo certo, também, que as referidas alegações foram rejeitadas pelo Tribunal Pleno no julgamento dos embargos de declaração anteriormente opostos.

2. Não se conhece de segundos embargos de declaração cujo objetivo seja promover a rediscussão da causa. 3. Embargos de declaração dos quais não se conhece

(ARE 1192916 AgR-ED-Edv-ED-AgR-ED-ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, Dje de 29/06/2020).

Nessa perspectiva, os embargos de declaração opostos à mingua da alegação e demonstração do defeito de omissão seriam fulminados de plano com a chancela de *inadmissibilidade*.

A questão que surge é a seguinte: à luz do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil em vigor, seria possível a oposição e provimento de embargos de declaração, visando a *reajustar* decisão/acórdão anteriormente proferido à *nova* interpretação (=tese) consagrada no bojo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e julgada?

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 18/6/2.020, ao julgar os aclaratórios opostos no agravo regimental na reclamação 15.724/PR, por maioria de votos, decidiu “*acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo interno e julgar procedente o pedido, de forma que seja cassado o acórdão impugnado, com determinação para que a autoridade reclamada observe o entendimento fixado no Tema 725 da Repercussão Geral (RE 958.252, Rel. Min. Luiz Fux) e na ADPF 324 (Rel. Min. Roberto Barroso), uma vez que esta Corte já se posicionou pela declaração de inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST*”.

Eis a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL,
TRABALHISTA E PROCESSUAL
CIVIL. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO NO AGRAVO
INTERNO NA RECLAMAÇÃO.
OFENSA AO QUE DECIDIDO

POR ESTE TRIBUNAL NO
JULGAMENTO DA ADPF 324 E
DO RE 958.252 (TEMA 725 DA
REPERCUSSÃO GERAL).
EMBARGOS ACOLHIDOS,
COM EFEITOS
INFRINGENTES. AGRAVO
INTERNO PROVIDO.

1. A *controvérsia*, nestes autos, é comum tanto ao decidido no julgamento da ADPF 324, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, quanto ao objeto de análise do Tema 725 (RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX), em que esta CORTE fixou tese no sentido de que: *É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.*

2. Por esse motivo, apesar da decisão impugnada ter sido proferida antes da conclusão do julgamento da ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), o processo em que proferida tal decisão encontra-se sobrestado no Tribunal Superior do Trabalho com base no Tema 725, a sugerir, conseqüentemente, que a solução do presente caso deve observância às diretrizes deste TRIBUNAL quanto ao ponto.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo interno (Rcl 15724 AgR-ED/PR, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 05/5/2020, Dje de 18/6/2020).

Na hipótese *fático-jurídica* trazida no bojo da Rcl 15.724-Agr-ED/PR, a discussão residia na existência de suposto *defeito* de omissão consistente na necessária aplicação da

súmula vinculante 10 (=cláusula de reserva de plenário/*Full Bench*), uma vez que a decisão embargada teria deixado de apreciar a questão relativa à prática de se *afastar a aplicabilidade* de comandos legais sem declará-los inconstitucionais.

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber ressaltou que “*a inexistência, na decisão reclamada, de declaração explícita ou implícita de inconstitucionalidade a ensejar violação ao Princípio da Reserva de Plenário previsto no art. 97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante 10, haja vista a atuação meramente interpretativa do Juízo reclamado acerca do art. 25, § 1º e do art. 31, parágrafo único, da Lei 8.987/1995*”, inadmitindo, pois, o recurso ao argumento que não estariam “*configuradas, portanto, quaisquer das hipóteses elencadas no art. 1022 do CPC, evidenciando-se tão somente o inconformismo da parte com a decisão que lhe foi desfavorável*”.

Por seu turno, o Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência justificando-a no fato de que por se tratar de assunto já decidido pela Corte no RE 958.252 (tema 725), oportunidade em que se fixou a tese segundo a qual “*é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas,*

independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”, conclusão essa formada antes do julgamento dos embargos de declaração, outra alternativa não teria senão a de conferir “*efeitos infringentes aos embargos, para acatá-los no sentido de dar provimento ao agravo regimental na reclamação*”, ajustando, desse modo, a decisão ao entendimento firmado no acórdão que julgou o precedente.

O Ministro Luiz Fux acompanhou a divergência fazendo referência ao fato de que “*o novo Código de Processo Civil prevê essa hipótese de cabimento dos embargos de declaração para reajustar a jurisprudência firmada em teses que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça adotarem*”.

Confirmando seu voto, a Ministra Rosa Weber esclareceu que a hipótese dos autos refere-se à discussão acerca da violação ao art. 97 da Constituição Federal e à súmula vinculante 10, bem como ao reconhecimento de que os embargos de declaração foram opostos em abril de 2016 e o acórdão do recurso extraordinário com repercussão geral

afeto ao caso – ARE 791.932⁹ (tema 739), foi julgado em outubro de 2018, publicado em março de 2019, com trânsito em julgado na mesma data. Destacou, ainda, que a tese foi firmada antes do julgamento dos embargos de declaração, entretanto, resiste porque à época do julgamento “tanto da reclamação, quanto do agravo regimental, a jurisprudência da Turma era outra”.

O Ministro Luís Roberto Barroso argumentou no sentido de que “quando nós decidimos lá atrás, não havia ainda o pronunciamento do Plenário, e

decidimos num determinado sentido” – e avança: “*então, antes do trânsito em julgado, são opostos embargos de declaração em que se postula a aplicação da jurisprudência que supervenientemente se formou*”, portanto, continua sua Excelência, a “*questão processual que nós estamos definindo aqui, e que eu acho que é importante, é saber se, antes do trânsito em julgado e em embargos de declaração, é possível dar efeitos infringentes à decisão anterior, para ajustá-la à nova jurisprudência. Está certo, Ministro Fux? Vossa Excelência*

⁹ CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR DESRESPEITO A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97 E SV 10). NEGATIVA PARCIAL DE VIGÊNCIA E EFICÁCIA AO INCISO II, DO ART. 94 DA LEI 9.472/1997 (LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES) POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO COM BASE NA SÚMULA 331/TST. IMPOSSIBILIDADE. LICITUDE DE TERCEIRIZAÇÃO DE TODA E QUALQUER ATIVIDADE, MEIO OU FIM, NÃO SE CONFIGURANDO RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE A CONTRATANTE E O EMPREGADO DA CONTRATADA (ADPF 324 E RE 958.252). AGRAVO CONHECIDO. RECURSO PROVIDO. 1. A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. 2. A cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também no controle

concentrado (CF, art. 97 e SV 10). 3. É nula a decisão de órgão fracionário que, ao negar a aplicação do inciso II, do art. 94 da Lei 9.472/1997, com base na Súmula 331/TST, e declarar ilícita a terceirização e atividade-fim, reconhece a existência de vínculo trabalhista entre a contratante e o empregado da contratada, pois exerceu controle difuso de constitucionalidade, declarando a parcial nulidade sem redução de texto do referido dispositivo sem observar a cláusula de reserva de Plenário. AGRAVO PROVIDO. 4. O PLENÁRIO DA CORTE declarou parcialmente inconstitucional a SÚMULA 331/TST e proclamou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim; para afirmar a inexistência de relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 5. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, com a fixação da seguinte tese no TEMA 739: “*É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC.*” (ARE 791.932, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, DJe 06/03/2019).

que é o processualista” e prossegue, “então, queria deixar claro qual é a questão, para que nós decidamos isso com consciência do que estamos fazendo. Antes do trânsito em julgado é legítimo - é o que nós vamos entender - readequar o julgado anterior para ajustá-lo à posição do Plenário”, concluindo pelo provimento dos embargos de declaração, acompanhando a divergência instaurada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio inicialmente indaga se “à época da decisão embargada, já havia o entendimento pacificado?” e a Ministra Rosa Weber (relatora) esclarece que não havia tal entendimento no âmbito da Corte.

Frente a isso, o Ministro vota com a Relatora, justificando seu voto no sentido de que, embora os aclaratórios “hoje, praticamente se prestam à uniformização da jurisprudência. Mas é preciso, a teor do disposto no artigo 1.022, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil, que, na decisão embargada se tenha deixado de reconhecer a existência da tese pacificada. Vossa Excelência lembrou bem que o pronunciamento plenário foi posterior ao julgamento implementado. Por isso acompanho Vossa Excelência”.

Com a *devida vênia* não podemos concordar com a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento dos *embargos de declaração* acima referidos, opostos na Rcl 15.724 Agr-ED/PR.

Expliquemos.

Em *primeiro lugar*, porque a discussão *fático-jurídica* tratada nos autos da Rcl 15.724 Agr-ED/PR não possui os mesmos contornos definidos no julgamento do RE 958.252-RG (tema 725). Naquela, o litígio (=objeto do processo ou objeto litigioso) versava sobre a violação ou não do art. 97 da Constituição Federal e súmula vinculante 10 (ARE 791.932 – tema 739); nessa, a discussão travada ensejou a fixação de tese reconhecendo a licitude da “*terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante*”.

Em *segundo lugar*, mesmo que ultrapassada a *dicotomia* dos objetos em litígio, o art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil de 2015, clama, pela existência de orientação jurisprudencial já firmada ao tempo do julgamento dos embargos de declaração, sobre a qual omitiu-se o

órgão prolator da decisão impugnada, quer tenha sido provocado pela via recursal a se manifestar a respeito de *tese* firmada em julgamento de recursos repetitivos (RE/REsp repetitivos, *p. ex.* – posição que *adotamos frente a natureza voluntária ínsita aos recursos*), quer tenha deixado de se pronunciar *ex officio* como sustenta a doutrina¹⁰.

Denota-se, no caso analisado, que ao *tempo do julgamento* que ensejou a oposição de embargos de declaração, não havia qualquer *omissão* na decisão atacada, sendo inaplicável, portanto, o comando normativo contido na hipótese de incidência do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Mostra-se, desse modo, que a *hipótese de incidência* contida na norma do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil *não* contempla nenhuma *regra* no sentido de, a propósito da *oposição de embargos de declaração* ou por meio de comportamento *oficioso*, legitimar o

órgão julgador, a pretexto da existência de *omissão* na decisão/acórdão *anterior*, aplicar *tese* superveniente firmada em *precedentes* oriundos de julgamento de recursos excepcionais repetitivos.

Estariam ausentes os *pressupostos recursais intrínsecos de admissibilidade* dos recursos em geral, nomeadamente, o *interesse* e o *cabimento*, pois.

À parte restaria, diante do trânsito em julgado do acórdão que inadmitiu os embargos de declaração, a propositura de *ação rescisória* nos termos dos arts. 966, V, §§ 5º e 6º¹¹ *c.c.* art. 489, § 1º, V e art. 927, § 4º, todos do Código de Processo Civil de 2015, demonstrando, *in claris*, que a solução que lhe foi conferida concretamente violaria o atual entendimento consolidado sobre a matéria pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral (RE 958.252-RG – tema 725)¹².

¹⁰ MEDINA, *ob. cit.*, p. 1.273 e ASSIS, *ob. cit.*, p. 710.

¹¹ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar manifestamente norma jurídica

(...)

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção

entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

¹² Nesse sentido: “O enunciado do § 5º, do art. 966, do CPC/2015, diz menos do que deveria,

A *Primeira Turma* do Supremo Tribunal Federal ao assim proceder, superando, inclusive, sem o devido esforço *hermenêutico-analítico*, o entendimento consolidado no âmbito do *Plenário da Corte*, no sentido de reconhecer a *inviabilidade* dos embargos de declaração para simples *reapreciação* do quanto decidido por *inconformismo* da parte recorrente, criou, por via transversa, uma *hipótese de cabimento* do recurso para os fins de *reajustar-revisar-rejulgar* decisão que esteja em *dissonância* com *tese superveniente* fixada no bojo de recursos repetitivos, desconsiderando o rol taxativo expresso do art. 994 do Código de Processo Civil de 2015. Violaram-se, com isso, os arts. 2º, 5º, II e LIV, 22, I, art. 59 e 61, todos da Constituição Federal, na medida em que se afrontaram os *princípios expressos* da *separação de poderes*, da *legalidade estrita*, do *devido processo legal*, da *iniciativa e do processo legislativo*, usurpando competências que não são conferidas ao Poder Judiciário.

pois apresenta como nova hipótese de cabimento da ação rescisória apenas a aplicação do precedente sem a realização do devido distinguishing – ou melhor, a aplicação do precedente a caso que versa sobre fatos materiais distintos daqueles constantes no caso que gerou o precedente –, olvidando que também se viola a ratio decidendi do precedente quando não se a considera em caso que versa sobre fatos materiais semelhantes. É óbvio que o intérprete pode (e deve), a partir do § 5º, do art. 966, do CPC/2015, construir norma jurídica cuja

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao Poder Judiciário, muito embora se reconheça sua *função criativa*, essas se revelam em hipóteses excepcionais e restritas, previamente autorizadas por normas, tais como, no *controle de constitucionalidade em processos objetivos*, nas *lacunas normativas*, *concessões legais margeadas por certos graus de discricionariedade* a serem colmatadas, tendo por norte a legislação e a Constituição Federal, cabe *interpretar o direito* nos limites propugnados pelo ordenamento jurídico.

In casu, a ausência de *autocontenção* em face das *regras* que disciplinam os embargos de declaração exorta um *agir* jurisdicional em hipóteses pelas quais a sua missão deveria revelar-se *negativa* frente à pretensão formulada pela parte.

Essa “*transgressão corretiva do direito*”, por evidente, corrói o espectro do processo como *garantia individual*

hipótese de incidência contenha também a não aplicação do precedente a caso que verse sobre fatos materiais semelhantes ao do caso que gerou o precedente (...)” (ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues. Capítulo VII. Da ação rescisória. Comentários ao art. 966. In: **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Tomo III (art. 771 ao art. 1.072). RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *et al.* [Coords.]. São Paulo: Lualri Editora, 2017, p. 293).

constrajudicial do cidadão frente à atuação arbitrária do Estado-juiz. O *agir jurisdicional* abusivo compromete a *higidez do procedimento estabelecido*, da *segurança jurídica* e da tão decantada *previsibilidade das decisões judiciais* (art. 927, § 4º do CPC/2015)¹³.

Em outras palavras, as *hipóteses de incidências taxativas* previstas para o cabimento do recurso de *embargos de declaração*, em última análise, reforçam a *legalidade* e a *tipicidade cerrada* estabelecidas nos art. 994 c.c. art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil¹⁴, evitando-se, de um lado, posturas abusivas dos órgãos do Poder Judiciário encarregados de realizar o julgamento e, por outro, conferindo aos jurisdicionados certeza e

transparência necessárias para o escoreito manejo do recurso.

De tal modo, a obediência às *regras do jogo*, além de conferir previsibilidade à aplicação do Direto – o que é chamado por Frederick Shauer de “*argumento de confiança*”¹⁵ – promove, inexoravelmente, a potencial eliminação ou, ao menos, a redução das arbitrariedades nas decisões judiciais.

A *interpretação-aplicação* conferida pela *maioria* dos Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ao art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil de 2015, para além das *balizas* ou *bitolas normativas* prescritas e as violações alhures encetadas, revela-se num genuíno *argumento falacioso*, na medida

¹³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

¹⁴ Entendimento semelhante é defendido por Frederick Schauer, que atribui às *regras* o papel de estabilizar as expectativas de diferentes destinatários sobre a definição do que deve ser juridicamente exigido, principalmente em situações controversas, pois substituem as diferentes preconcepções de cada indivíduo sobre o que estaria, ou não, autorizado por uma definição simplificada, geral e abstrata, capaz de ser assimilada por aqueles que compartilha uma linguagem comum (**Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision making in law and life**. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 137-145 – tradução nossa).

¹⁵ “*Argumentos a favor da tomada de decisões baseada em regras tradicionalmente concentram-se na capacidade das regras para promover as virtudes inter-relacionadas da confiança, da previsibilidade e da certeza. De acordo com tais argumentos, aqueles que ao tomar decisões seguem as regras, mesmo quando outros resultados parecem preferíveis, permitem que os afetados pelas suas decisões possam prever com antecedência quais serão as prováveis decisões. Consequentemente, aqueles que serão afetados por decisões alheias podem planejar suas atividades com mais sucesso sob um regime de regras do que sob qualquer outra forma de tomada de decisão mais particularista. Embora nenhuma palavra possa expressar totalmente essas virtudes, ‘certeza’ tem conotações mais fortes do que são necessárias para o ponto que se defende, e, ‘previsibilidade’ só tem este argumento como o argumento a confiança*” (SHAUER, ob. cit., p. 137-138 – tradução nossa).

em que empresta *razões utilitaristas* e não atribui nenhuma importância às *premissas fático-jurídicas* do caso concreto (=falácia de relevância).

Assevera-se que, as *normas* as quais os “juízes dizem limitá-los quando julgam uma causa” e, vez por outra, possam albergar “*textura aberta*” ou conter “*exceções impossíveis de especificar antecipada e exaustivamente*” a sua exata significação, não existem em relação à compreensão do dispositivo objeto desse ensaio¹⁶.

É preciso buscar no texto *aquilo que ele diz relativamente à sua própria coerência contextual e à situação dos sistemas de significação em que se respalda*; vedando-se colmatar no texto aquilo que o destinatário aí encontra *relativamente a seus próprios sistemas de significação e/ou relativamente a seus próprios desejos, pulsões, arbítrios*¹⁷.

Chama-se a atenção a esse fato para ilustrar a proposição de que “as *normas só são importantes na medida em que possam ajudar a prever o que os juízes farão*”, desconsiderá-las ao bel-prazer significa, em última análise, nas

palavras de Hart¹⁸, concebê-las como meros “*brinquedos bonitinhos*”.

Essa é toda a sua proeminência, *nada mais, nada menos*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS
ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2016.

CAETANO, Marcello. **História do direito português**. Lisboa: Verbo, 1993.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. Edição do Kindle.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 180.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2016. Livro eletrônico.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *et al.* [Coords.]. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Tomo III (art. 771 ao

¹⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 180.

¹⁷ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. Edição do Kindle.

¹⁸ LLEWELLYN, Karl N. **The Bramble Bush: the classic lectures on de law and law school**. New York: Oxford University Press, 2ª Ed., 1951, p. 9 apud HART, *Ob. cit.*, p. 180.

art. 1.072). São Paulo: Lualri Editora, 2017.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision making in law and life**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

JUIZ CONTRADITOR?

Lúcio Delfino¹⁹
Fernando F. Rossi²⁰

RESUMO

O presente ensaio distingue os fenômenos do contraditório e da colaboração. Aponta, ademais, o risco de trabalhá-los como se idênticos fossem, numa perspectiva que não apenas maximizaria demasiado os poderes do juiz, mas que também limitaria a ingerência das partes no âmbito processual.

Palavras-chave: Colaboração. Estado Democrático de Direito. Contraditório. Juiz contraditor.

RESUMEN

El presente artículo distingue los fenómenos de lo contradictorio y de la colaboración. Apunta, además, el riesgo de trabajarlos como si fuesen idénticos, con una perspectiva que no solo maximizaría demasiado los poderes del juez, sino que también limitaría la injerencia de las partes en el ámbito procesal.

Palabras-clave: Colaboración. Estado Democrático del Derecho. Contradictorio. Juez contradictor.

Delimitação do estudo

¹⁹ Advogado. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro do Instituto

A proposta deste ensaio se limita a: (i) apontar os significados assumidos pelo contraditório no paradigma do Estado Democrático de Direito; (ii) esclarecer que apesar da renovação vivenciada, tanto as partes como o juiz possuem papéis bem definidos naquilo que diz respeito a esse direito fundamental; (iii) afastar a ideia de que o juiz é paritário no diálogo processual com as partes; (iv) refutar a impressão segundo a qual o contraditório implica deveres não só para o juiz, mas também para as próprias partes; e, por fim, (v) assinalar que a *cooperação* deve ser trabalhada em sintonia com o caráter litigioso que distingue o objeto do processo, em respeito à liberdade das partes e sem desprezar que cada qual delas têm por alvo desideratos próprios e contrastantes entre si.

O contraditório em seu sentido dinâmico

É lugar comum em doutrina a reverência dedicada hoje ao *princípio do*

dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

²⁰ Advogado. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Mestre em Direito. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Presidente da 1ª. Seção do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

contraditório. Por vezes, é situado em condição de superioridade *qualitativa* se comparado a outros direitos constitucionais,²¹ ou ainda se lhe insere em lugar central no que tange aos contornos do próprio *processo*,²² sempre confiando-lhe novos horizontes de

significado, que renovam a sua importância e finalidade.²³

E, salvo engano, o *pano de fundo* dessa valorização experimentada relaciona-se umbilicalmente com a *legitimação do poder*. Um tema sensível que fere sobretudo o Judiciário, por se

²¹ Essa é, por exemplo, a opinião de Leonardo Greco: “Hoje, o contraditório ganhou uma proteção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil. Introdução ao Direito Processual Civil*. Vol. I. 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 540-541).

²² Assim pensa Fazzalari: “(...) 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.” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006. p. 118-119). Também segue entendimento similar, Hermes Zaneti Júnior: “Logo, se o processo é *specie* e o procedimento é *genus*, se o processo é a espécie de procedimento adjetivada do contraditório (*autiatur et altera pars*) e da racionalidade prática procedimental (com a formação da decisão no iter discursivo), consequentemente não há dúvida de que o contraditório é o ‘valor-fonte’ do processo (qualquer processo), em particular do processo judicial. Significa dizer que a estrutura dialética é a *ratio distinguendi* entre o processo e o procedimento, e que sem contraditório não há processo (...)” (JÚNIOR, Hermes Zaneti. *Processo constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 194). Em igual sentido a lição de Aroldo Plínio Gonçalves: “Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que distinção, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um

procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. p. 68). Cite-se ainda a pena de Daniel Mitidiero: “O processo, que é necessariamente um procedimento em contraditório adequado aos fins do Estado Constitucional, reclama para sua caracterização a estruturação de um formalismo que proponha um debate leal entre todas as pessoas que nele tomam parte.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009. p. 134).

²³ Sobre a evolução dos significados do princípio do contraditório, consultar os seguintes trabalhos: DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. *Direito processual civil: artigos e pareceres*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 29-80. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 107-141, 2009. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

tratar de um órgão estatal, que a despeito de exercer importante função pública e cujas decisões afetam toda a coletividade – considerada individual, coletiva ou difusamente –, tem por regentes pessoas não eleitas pelo povo.

A atividade jurisdicional, em suma, não se ajusta ao regime da *democracia representativa* e, por isso, muitos veem nela um *déficit democrático*,²⁴ pois não compreendem como uma minoria de juízes, *não eleita democraticamente pelo povo*, possui autoridade para se sobrepor aos demais órgãos do poder, a exemplo do que ocorre quando, no exercício do controle de constitucionalidade, o Judiciário invalida leis e/ou atos normativos oriundos da atuação de representantes democraticamente eleitos. Como resume, de maneira lapidar, Roberto Gargarella ao indagar: “Como é possível

que um minúsculo grupo de juízes, não eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos) e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto, gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular), possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?”²⁵

E é justamente o princípio do contraditório, encarado segundo matizes renovados, que serve de alicerce à construção de um raciocínio bastante elaborado, cuja tônica, ao mesmo tempo que afasta o argumento da ausência de legitimidade, possibilita ao Judiciário assumir-se como o mais democrático dos órgãos de poder. Um modo de pensar, portanto, capaz de atribuir o adjetivo *aparente* à tensão que alguns apregoam existir entre *democracia* e *jurisdição*.

²⁴ Não é adequado resolver o problema segundo uma cômoda posição formalista, que atribui legitimidade à atividade jurisdicional porque a Constituição prevê a nomeação de juízes mediante concurso de provas e títulos (argumento normativo, formal, procedimental). Ainda que tal resposta não possa ser desprezada, é ela simplista e tangencial, pois negligencia o cerne da questão e, de tal modo, não colabora o suficiente para seu desenlace. Ou seja, afirmar que a Constituição é que determina a maneira pela qual os juízes são nomeados não esclarece, na essência, as razões pelas quais o poder jurisdicional, apesar de emanado do povo, não é exercido por intermédio de representantes eleitos (CF, parágrafo único do art. 1º, primeira parte). Tampouco responde como as decisões judiciais, proferidas por juízes não eleitos, detêm autoridade para invalidar atos legislativos e administrativos oriundos da atuação de representantes democraticamente eleitos pelo povo.

²⁵ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 9. Não

escapa de Luiz Guilherme Marinoni esta questão: “O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar. Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador — isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para o ingresso na magistratura de 1º grau de jurisdição — de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 431).

Mas, afinal, que raciocínio é esse?

Trata-se de encarar o *processo* como *ambiente democrático*, considerar que os resultados dele oriundos não decorrem do labor solitário do julgador (*solipsismo judicial*),²⁶ sendo também fruto do empenho dos demais sujeitos processuais (partes, por intermédio de seus advogados), que *participam* da construção do provimento jurisdicional, do qual eles próprios serão os destinatários. Ainda segundo essa visão, é *dever* do juiz assegurar às partes a sua participação efetiva na criação da *norma jurídica pacificadora* (=expressão do

poder estatal), circunstância a qual instala a jurisdição, com suficiente perfeição, no coração do parágrafo único do art. 1º (segunda parte) da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê a *democracia participativa* também como meio de legitimação democrática do poder estatal — “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.²⁷ No Estado Democrático de Direito o *contraditório* é, nada menos, que a *ponte de ouro* entre *jurisdição* e *democracia*.²⁸

²⁶ A expressão *solipsismo judicial* traduz-se num espaço subjetivo o qual se encontra blindado ao exercício pleno do contraditório, dele se originando decisões judiciais decorrentes do labor solitário do juiz, ao arrepio da necessária colaboração das partes. O *juiz solipsista* é aquele que se basta em si, egoísta, encapsulado, que atua solitariamente, pois compromissado apenas com a sua própria subjetividade. Para um aprofundamento acerca dos significados dessa expressão, verificar: DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, 2010. p. 228-260. Disponível em: <www.redp.com.br>. MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição*: uma inserção no Estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010.

²⁷ Cleber Lúcio de Almeida apresenta visão bastante similar a que ora se defende: “O Estado Democrático de Direito tem como característica essencial a criação das normas jurídicas gerais e abstratas pelos seus destinatários (construção participada da ordem jurídica). Nesse sentido, estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República que todo poder emana do povo. Contudo, no verdadeiro Estado Democrático de Direito, não é suficiente a construção participada da ordem jurídica. Nele, o processo judicial, como instrumento de atuação de uma das funções do Estado, deve estar em sintonia com os princípios adotados constitucionalmente, dos quais

decorre o direito fundamental de participação na tomada de decisões. Por essa razão, também a *norma jurídica concreta* — a norma regente do caso submetido ao Poder Judiciário ou o direito no caso concreto — deve ser construída com a participação dos destinatários dos seus efeitos (construção participada da decisão judicial ou do direito no caso concreto). A participação das partes na formação do direito no caso concreto opera em favor da consolidação do Estado Democrático de Direito, uma vez que ser senhor do próprio destino é participar não só da criação, mas também da aplicação das normas jurídicas gerais e abstratas a casos concretos”. Mais à frente, leciona: “Participar da formação da decisão judicial é, também, participar da compreensão do significado das normas jurídicas gerais e abstratas (interpretação). Essa participação legitima a atribuição de significado à norma constante da decisão e a torna mais objetiva, uma vez que construída a partir de diversos pontos de vista.” (ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A legitimação das decisões judiciais no Estado democrático de direito*. Disponível em:

<<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/professor/professores.asp>>. Acesso em: 08 fev. 2010).

²⁸ DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. *Direito processual civil: artigos e pareceres*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 29-80. Aceitar o contraditório como *direito de influência* implica obrigatoriamente rever o conceito de jurisdição para atribuir-lhe novos contornos, afeitos ao marco do Estado Democrático de Direito. Nesse rumo, leciona André Cordeiro Leal, em sua tese de doutoramento: “(...) no

Vê-se daí que essa infusão de seiva democrática no âmbito da atividade judicial só se apresenta possível caso se encare o contraditório conforme feições que superem aquela de cunho meramente formal. É concebê-lo segundo seu sentido *dinâmico*, como se costuma ler em doutrina, e não mais aceitá-lo como mera garantia, endereçada aos litigantes, de *informação* acerca dos atos processuais que se sucedem no curso procedimental; tampouco traduzi-lo em simples direito

de *resistir* a esses mesmos atos, mediante impugnações, produção de provas e contraprovas e requerimentos a serem registrados no caderno processual. Deve-se, insista-se na ideia, concebê-lo para além de suas feições formais, a fim de assegurar às partes um ativismo de atuação que lhes permita *influir* nos conteúdos (fáticos e jurídicos)²⁹ das decisões judiciais – as partes não apenas *participam* do processo, mas *animam* seu resultado.³⁰

Estado Democrático de Direito, em sua visão procedimental, não mais se poderia afirmar a jurisdição como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto, mas, sim, como o resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento.” (LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008. p. 34).

²⁹ Caso grave de lesão ao contraditório ocorre quando juiz conhece de controvérsia não suscitada na petição inicial – e, portanto, não impugnada pelo demandado –, decidindo a lide segundo *molde jurídico* (*enquadramento jurídico*) diverso daquele segundo o qual foi proposta. Assim agindo ulcera também de morte o denominado princípio da congruência, que vincula a decisão judicial à causa de pedir e ao pedido. Sob essa perspectiva, merecem revisão os brocardos *da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*. Atualmente não há como aceitar que a colaboração das partes se restrinja ao material fático; deve igualmente ser observada no que concerne às matérias jurídicas. A decisão não pode, pois, surpreender as partes, nem fática, nem juridicamente. E mais uma observação: a vedação de decisões-surpresas naquilo que toca às matérias jurídicas deve ser trabalhada em atenção ao compromisso que possui o magistrado com a ordem jurídica. Daí se afirmar, sempre, que o contraditório impõe ao magistrado o dever de *aperfeiçoar* o contraditório, algo que deve ser realçado quando o que está em jogo é o debate do *enquadramento jurídico dos fatos*. Afinal, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de manejo da ação rescisória quando a sentença (ou acórdão) *violar literal disposição de lei* (CPC, art. 485, V). Isso apenas significa que o juiz não está autorizado a aplicar ao caso concreto solução decorrente de norma legal que não se ajusta à realidade fática; é que, se assim proceder, seja por qual motivo

for, violará o ordenamento jurídico, maculando sua decisão com vício gravíssimo passível de rescisão.

³⁰ Esclarece Enrico Redenti que as partes têm o legítimo interesse de obter uma decisão e de influenciar, com aporte ou com a oferta de contribuições, tanto temáticas quanto informativas, demonstrativas, críticas ou polêmicas, a formação de seu conteúdo; o contraste dialético ou dialógico que deriva do contraditório fornece ao juiz, imparcial e prudente, os elementos necessários e suficientes (do ponto de vista da lei) sobre o tema e sobre o modo de decidir, com resultantes de relativa justiça (REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1997. v. 2, p. 25-26). Nesse mesmo sentido, Daniel Mitidiero: “(...) exigir-se que o pronunciamento jurisprudencial tenha apoio tão-somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar significa evitar a decisão-surpresa no processo. Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente à tomada de decisão, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato, questões de direito e questões mistas, como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Fora daí há evidente violação à cooperação e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta, e ao contraditório.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009. p. 136-137). Em linha semelhante, Dierle José Coelho Nunes: “Neste Estado democrático os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos provimentos (atos administrativos, das leis e das decisões judiciais), e este é o cerne da garantia do contraditório. Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina

E ainda mais, como é até intuitivo – importante sublinhar –, o contraditório também assume outra função: controlar a atividade jurisdicional e os resultados dela oriundos e, deste modo, colaborar para o desígnio, igualmente democrático e legitimador, de obstar arbítrios provenientes do órgão jurisdicional.³¹ Afinal, se o diálogo travado

percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa. Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a idéia de que a participação das partes no processo pode ser meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial” (NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172). Assim pensa, por igual, o festejado processualista mineiro, Ronaldo Brêtas: “A nosso ver, esse considerado trinômio estrutural do contraditório – informação-reação-diálogo – que se instala na dinâmica do procedimento acarreta a correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais. Por consequência, no Estado Democrático de Direito, é esta forma de estruturação procedimental que legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais proferidas ao seu final, fruto da comparticipação dos sujeitos do processo (juiz e partes contraditórias), gerando a implementação técnica de direitos e garantias fundamentais ostentados pelas partes.” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 104).

³¹ Segundo Fredie Didier Jr., “falar em processo democrático é falar em processo equilibrado e dialógico. Um processo em que as partes possam controlar-se, os sujeitos processuais tenham poderes e formas de controle previamente estabelecidos. Não adianta atribuir poder, se não houver mecanismos de controle desse poder” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 62).

³² Vale sublinhar que essas funções de suplementação dos poderes das partes e de controle da atuação do Judiciário estão em consonância com o paradigma do

processualmente, é pelo juiz considerado na formulação dos provimentos jurisdicionais, é evidente que o contraditório presta-se ao controle do poder estatal jurisdicional, legitimando-o mediante uma atuação balizada pelo devido processo legal, em deferência às expectativas alimentadas pelas partes ao longo do procedimento.³²

Estado Democrático de Direito, mais especificamente com o movimento denominado constitucionalismo, sobretudo em seus moldes contemporâneos. É nessa perspectiva a lição de Lenio Streck: “(...) o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.” (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Coordenação: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. p. 64). Também é essa a perspectiva defendida por Gustavo Calvinho: “Bajo estas circunstancias, la democracia – siempre en sentido amplio y apuntalada a su vez por los limites y controles al poder que agrega el Estado de derecho – aporta valores que pueden afirmarse desde la seguridad que brinda una Constitución receptora del derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, queda el sistema orientado hacia el ser humano, hallando su proyección la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad, la paz, el diálogo, el respeto a la ley y los restantes derechos inherentes a la naturaleza humana.” (CALVINHO, Gustavo. La ineludible vinculación de la imparcialidad del juzgador a un concepto de proceso alineado con los derechos fundamentales. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 66. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 129-130). Na mesma toada, mas com enfoque no devido processo legal, leciona Calmon de Passos: “Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter direito de oferecer suas razões, a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público

Combate-se, com uma tal perspectiva, as incertezas, cerca-se a discricionariedade judicial, afronta-se a ausência de transparência e de previsibilidade, afastam-se às chamadas *decisões-surpresas* que só se coadunam com o arbítrio e, por conseguinte, dizem o ideal democrático.³³ Lado outro, suplementa-se o papel das partes e dos seus advogados no processo, fortifica-se a igualdade processual, além de valorizar a linguagem e discursividade, em resgate a algumas ideias caras defendidas na Grécia antiga pelos mestres sofistas.³⁴

A estruturação do contraditório e a impossibilidade de um juiz contraditor

Assevera Daniel Mitidiero, na defesa de um “modelo cooperativo de

processo civil”, que “o contraditório acaba assumindo (...) um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa.”³⁵ Em outro trabalho de sua lavra, agora escrito em coautoria com Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o posicionamento é reafirmado: “(...) o juiz ocupa um duplo papel no processo: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. Vale

interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízes e tribunais. Favorece o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar.” (CALMON DE PASSOS, J.J. Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 69-70).

³³ Segundo pontua Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “deve ser energeticamente descartada qualquer doutrina que sugira aos órgãos estatais (juízes e tribunais) o exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, ao

revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia que denominamos complexo de Magnaud.” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 134).

³⁴ Aqui a referência aos sofistas é feita de maneira elogiosa, em atenção ao legado positivo deixado por esses grandes mestres do embate discursivo. Bem diferentemente, portanto, da imagem que lhes era atribuída por Sócrates, Platão e Aristóteles, hoje muito questionada, que os viam como demagogos e falsos filósofos. Para um maior aprofundamento no tema: GUTHRIE, W.K.C. Os sofistas. São Paulo: Paulus, 1997.

³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009. p. 102.

dizer: ao longo do processo, o juiz faz observar e ele mesmo observa – isto é, submete-se – ao contraditório; quando decide, contudo, impõe a sua decisão, cuja imperatividade vincula as partes.”³⁶

Pergunta-se: o que exatamente significa a alusão de que o juiz é paritário no diálogo processual,³⁷ ou de que ele também não só faz observar, mas igualmente observa o contraditório?

³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao contraditório e sua centralidade no processo coletivo. *Processo coletivo e outros temas de direito processual*. Coordenação: Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Junior e Mariângela Guerreiro Milhoranza. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 131.

³⁷ Daniel Mitidiero, ao que tudo indica, usa a expressão *diálogo processual* com o propósito de se referir exclusivamente ao diálogo travado entre partes e juiz. Não estaria, assim, referindo-se ao contraditório em si mesmo, isto é, ao debate entre as partes, com a intenção de nele (=contraditório, debate entre as partes) incluir também a participação do juiz. O *diálogo processual* (=cooperação) seria para o mestre gaúcho um modo de distribuir poderes na *comunidade de trabalho* entre “partes ↔ juiz” e “juiz ↔ partes”, e não entre parte ↔ parte ↔ juiz ↔ parte. Ainda que tenha sido realmente essa a intenção do ilustre processualista – com a qual se concorda em sua plenitude –, crê-se, por razões adiante desenvolvidas, que: (i) não existe paridade no diálogo processual entre juiz e partes; (ii) o contraditório não implica deveres das partes para com o juiz.

³⁸ É bem verdade que ninguém defende *abertamente* a possibilidade de um *juiz contraditor*. Não obstante, hoje em doutrina é prevalente o entendimento de que se deve incentivar um *protagonismo judicial* em matéria probatória a fim de tornar mais efetivo e justo o processo, além de assegurar a igualdade entre as partes. O próprio ordenamento processual, aliás, segue esse rumo (CPC, art. 130). Para os que assim pensam não haveria aí um risco à imparcialidade do julgador, desde que se respeite alguns limites, entre eles o próprio contraditório. (MATTOS, Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 103-104. BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 81-82. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 158-159). Entretanto, há nesse raciocínio uma armadilha muitas vezes não percebida:

Qual o sentido da afirmação de que o contraditório traduz-se *em instrumento para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo*? Estaria aí nessas lições a matéria prima para se gestar a figura de um *juiz contraditor*?

Muito já se dedicou à tratativa dos juízes *ditador, diretor, espectador e administrador*, mas ninguém patrocinou, ao menos abertamente,³⁸ a legitimidade de um *juiz contraditor*. E advirta-se

é que ao introduzir provas ao processo, o juiz, muito sutilmente, deixa de lado a sua condição de terceiro (*imparcialidad*) e passa a operar, ainda que inconscientemente, como verdadeira parte, ou como auxiliar de uma delas. E assim procedendo, atuando como deveria laborar a parte beneficiada pela prova, vulnera o contraditório, desequilibra o debate, tudo em prejuízo da contraparte, que agora terá que se voltar também contra o próprio magistrado. Portanto, a própria legislação brasileira – em artigo de lei concebido anteriormente à Constituição Federal de 1988 –, e também a doutrina, admite uma espécie de *juiz contraditor*: aquele que determina, de ofício, a produção de provas. Sobre o assunto, especificamente acerca da perda da qualidade de terceiro imparcial do juiz que no processo introduz oficiosamente meios de prova e da lesão ao contraditório que isso acarreta, adverte Girolamo Monteleone: “Nadie quiere un juez pasivo e inerte, impotente espectador de las astucias de las partes y de sus defensores, pero sí se quiere evitar que el proceso este permanentemente sustraído a la disponibilidad de los titulares de los intereses en juego para ser encomendado a un órgano autoritário e incontrolado, que produce resultados como los arriba ilustrados. Nadie quiera la injusticia y la ineficacia de la jurisdicción, pero precisamente, para evitar que ello ocurra, se requiere alejar diligentemente toda, aunque lejana, confusión de pepes en el proceso; es decir, que el juez y las partes permanezcan siempre en su sitio. En efecto, como ha perfectamente escrito también Montero Aroca, atribuir al juez el poder de introducir de oficio medios de prueba en sentido estricto (no solo simples medios instructorios reconocitivos) significa exactamente atribuirle también el ropaje y los poderes de la parte. Si no hay duda de que el proceso se resuelve en el contradictorio entre los contendientes y que éstos tienen el derecho y la carga de ofrecer al juez las pruebas de los hechos alegados en sostén de sus demandas, excepciones y defensas con la finalidad de que éste pueda rectamente decidir, no hay igualmente duda que encomendar también a él el impulso probatorio lo ponga en el mismo plano de la parte

desde já: a expressão é naturalmente nada mais que um *recurso retórico*,³⁹ por aproximar ideias contrárias e apelar para o exagero como estratégia destinada a enfatizar os balizamentos do contraditório e apontar cada qual das funções das partes e do juiz naquilo que respeita a esse direito fundamental. Ou sob outra perspectiva: Álvaro de Oliveira

e Mitidiero nem de longe defendem um *juiz contraditor*, e o pensamento deles deve, isso sim, ser conhecido e apreendido, pois se afina ao paradigma do Estado Democrático de Direito por propor uma oxigenação democrática necessária no âmbito do processo judicial.⁴⁰

vulnerando el principio del contradictorio y el derecho de defensa. La parte, en efecto, actúa y se defiende en juicio frente al adversario, no del juez, por lo que cuando entra en el ruedo, introduciendo a su discreción pruebas sobre hechos deducidos en litis, altera profundamente el contradictorio y pierde su calidad más esencial y genética de tercero imparcial. De tal modo, no solo se corrompen irremediabilmente la jurisdicción y el proceso, sino que se abre el camino a la arbitrariedad y a la injusticia.” (MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil. *Proceso civil y ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 173-197). Em termos diversos, porém pontuando sua contrariedade com os chamados poderes instrutórios do juiz, leciona Pontes de Miranda: “Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se acham em poder da parte, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum fato do processo, ou deliberar que uma das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, t. 2. p. 514). Numa perspectiva diversa, vale aqui a lembrança do primoroso estudo, elaborado por Dierle Nunes, em que resgata os traços do *movimento da socialização processual*, ocorrido no segundo pós-guerra, especialmente nos países do Leste Europeu e sob a inspiração do sistema processual soviético (URSS). De suas conclusões sobressai uma espécie perigosíssima de juiz contraditor, que tudo podia e tudo devia fazer àquele tempo em nome dos ideais estatais. Leciona o mestre mineiro, com apoio na doutrina de Comoglio: “A adoção de poderes oficiosos do julgador ganhou uma dimensão que nem mesmo Menger imaginara, uma vez que, além do modelo convencional de ativismo judicial, permitiu-se àquele a não-vinculação às alegações e provas deduzidas pelas partes, estando autorizado a suscitar de ofício aspectos fáticos e questões relevantes para a decisão, podendo, inclusive, decidir ultra petita e atribuir

formas de tutela não requeridas que considerasse mais apropriadas ao caso em discussão.” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 110-111).

³⁹ Aqui a expressão *juiz contraditor* é utilizada figurativamente; uma *imagem* cujo propósito é servir de expediente para *convencer*. O ideal, por conseguinte, seria que permanecesse no *plano da imaginação*. Mas isso não ocorre, infelizmente. O fantasioso, vez ou outra, materializa-se, tornando-se uma palpável (e incoerente) realidade: o *juiz contraditor* não é mero personagem de quadrinhos. Em nota de rodapé anterior já se aludiu ao art. 130 do Código de Processo Civil que, ao atribuir poderes instrutórios ao juiz, transforma-o num contraditor, em desprestígio a alguns direitos fundamentais processuais integrantes do devido processo legal (contraditório, juiz natural, igualdade). Mas há outros exemplos dessa anomalia. A pretexto de limitar e corrigir contratações de natureza privada, envolvendo honorários entre advogados e seus clientes, alguns juízes trabalhistas do Rio Grande do Sul têm condicionado a homologação de acordos judiciais à renúncia da cobrança de honorários por parte dos advogados. Há casos em que os juízes fazem inserir, *por sua própria iniciativa*, nos termos de conciliação e em decisões judiciais, a “cláusula” de que os honorários contratuais não serão devidos (OAB-RS reage contra intromissão de juízes em honorários. Consultor Jurídico. Disponível: <www.conjur.com.br>. Acessado em: 24/08/2012). Sem contar os variados desvios ao ordenamento jurídico que daí se infere (problemas relacionados à competência, à lesão ao direito de ação e ao princípio do juiz natural), o exemplo ilustra a presença entre nós de juízes que agem como se partes fossem, pequenos déspotas que marcam, com a sua própria vontade e subjetivismo, acordos cuja característica mais relevante haveria de ser a liberdade das partes.

⁴⁰ Entretanto, não se crê acertada a afirmação feita pelos mestres no sentido de que o juiz encontra-se em posição de paridade com as partes no diálogo processual.

Mas por que é inconcebível um juiz *contraditor*? O tema não é de todo novo e já fora objeto dos estudos de Elio Fazzalari,⁴¹ Aroldo Plínio Gonçalves⁴² e, mais recentemente, resgatado por Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini⁴³ e Kelen Cristina Fonseca de Sousa.⁴⁴ A indagação que se coloca é: em seu papel de garantir às partes oportunidades no exercício do contraditório, assegurar o direito delas de igual participação, oportunizar o debate sobre todas as questões surgidas ao longo do feito, enfim, essa participação ativa do juiz no *iter* processual o transforma também em um *contraditor*?

A resposta só poderia ser negativa. No debate processual, o juiz não se situa em posição paritária com as partes, simplesmente porque não é *destinatário* dos atos decisórios. Não é

contraditor e sim um estranho no que tange aos interesses em contenda, não sendo parte interessada naquilo que se discute no processo; é o autor do provimento, não o seu alvo.⁴⁵ É *terceiro imparcial*, não *parte parcial*. O contraditório é exercido unicamente pelos contraditores (leia-se partes e seus advogados), aqueles que se digladiam ao longo do processo, defendem suas razões fáticas e jurídicas, produzem provas e contraprovas, e que são titulares de posições jurídicas ativas e passivas perante o órgão jurisdicional, envolvidos na causa por seus próprios, parciais e pessoais interesses.

A expressão *juiz contraditor* denota então – reafirme-se em outros termos – um *oximoro*: aproxima conceitos que não combinam, com significados opostos e que

⁴¹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.

⁴² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

⁴³ BARROS PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: Puc Minas, ano 3, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>.

⁴⁴ FONSECA DE SOUSA, Kelen Cristina. *O princípio do contraditório: uma reconstrução sob a ótica do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2009. Não publicada.

⁴⁵ Nessa linha, o discurso de Fazzalari: FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006. p. 121-124. Aroldo Plínio Gonçalves, por sua vez, adverte que

o juiz colabora, enquanto sujeito do processo, do diálogo que deve resultar a decisão para o caso concreto, mas isso “não o transforma em contraditor, ele não participa ‘em contraditório com as partes’, entre ele e as partes não há interesses em disputa, ele não é ‘interessado’, ou um ‘contra-interessado’ no provimento. O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição. (...) O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 121-123).

verdadeiramente se repelem; onde se situa um, o outro não se ajusta.⁴⁶ Afinal, é incoerente pensar naquele que representa o Estado e cuja função é solucionar o conflito, defendendo, ele próprio, teses, formulando argumentos e produzindo provas, avançando rumo a uma participação de matriz

exageradamente inquisitorial (e inconstitucional). Para dizer o óbvio: o juiz não é paritário no diálogo processual com as partes porque, se caso o fosse, a posição de terceiro e a imparcialidade psicológica que o distinguem restariam prejudicadas,⁴⁷ em atentado mortal ao *princípio do juiz natural*,⁴⁸ que também

⁴⁶ Alguns exemplos de oximoros: *melodia calada, instante eterno, luz escura, visão cega, triste glória, vida morta, fogo gelado*...

⁴⁷ Alvarado Velloso apresenta a distinção entre *imparcialidad* e *imparcialidad*. Segundo leciona, “la idea de imparcialidad indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).” (VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Rosário: Editorial Librería Juris, 2010. p. 20-21). Também sobre a temática, Gustavo Calvinho: “Retomando el examen conceptual, juntamente con la independencia de los poderes institucionales y no institucionales debe buscarse la imparcialidad intrajuzicio, lo que significa —desde lo objetivo— que el órgano que va a juzgar no se encuentre comprometido por sus tareas y funciones ni con las partes —imparcialidad— ni con los intereses de las partes —imparcialidad—. De esta forma se va a lograr entonces el famoso triángulo de virtudes del órgano jurisdiccional que son imparcialidad, imparcialidad e independencia. La autoridad imparcial es aquella que no se involucra en el debate rompiendo el equilibrio y sustituyendo o ayudando a los contendientes en sus actividades específicas, como pretender, ofrecer prueba y producirla. Este elemento, por consiguiente, se relaciona con la actividad de procesar y el respeto a los roles de los litigantes y a las reglas preestablecidas de debate. La independencia, en cambio, marca el respeto por la libertad de decisión, sólo limitada en cuanto a la obediencia al ordenamiento jurídico, sin que se acepten presiones, órdenes o sometimiento a otros poderes institucionales o no institucionales —como grupos económicos o medios masivos de comunicación— sean o no sujetos del proceso. Un correcto sistema de designación y remoción de los jueces y ciertas garantías de intangibilidad de remuneraciones, permanencia e inamovilidad en sus funciones ayudan en este aspecto. (CALVINHO, Gustavo. La ineludible vinculación de la imparcialidad del juzgador a un concepto de proceso alineado con los derechos fundamentales. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 66. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 123-142).

⁴⁸ Como forma de impor freios à atividade estatal jurisdiccional e evitar possíveis arbítrios, instituiu-se, também como *cláusula pétrea*, o direito fundamental de *proibição do juízo ou tribunal de exceção* (ou, simplesmente, *princípio do juiz natural*). Representa, destarte, mais uma engrenagem que compõe o complexo mecanismo de legitimação e controle da atividade jurisdiccional e do seu resultado —*legitimação pelo devido processo legal*. De uma maneira singela, o princípio traduz a ideia de que o órgão jurisdiccional, devidamente investido no cargo, e as regras de competência, às quais se encontra vinculado, não de preexistir aos fatos envolvidos no julgamento, jamais, então, concebidos a partir deles. Afiançam-se, com isso, as diretrizes da *imparcialidade* e da *independência* do órgão judiciário, além de robustecer a garantida de *igualdade* entre as partes. Ao afirmar que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* (CRFB, art. 5.º, LIII), o constituinte estabeleceu uma condição prévia para validar a atuação do Estado-juiz. A atividade jurisdiccional, assim, se legitimará não pela presença de qualquer autoridade, mas apenas pela da autoridade jurisdiccional, pré-concebida conforme os ditames constitucionais, e cuja *competência* já se encontre antecipadamente estabelecida no ordenamento jurídico. Enfim, a jurisdição se legitima desde que presidida por um *juiz constitucional*, isto é, aquele que, além de prévia e legitimamente investido no poder jurisdiccional, é o autorizado, mediante regras de competência antecipadamente positivadas em abstrato, a atuar em dada circunstância e num específico caso concreto. Também se constata a mesma intenção do constituinte quando afirma que *não haverá juízo ou tribunal de exceção* (CRFB, art. 5.º, XXXVII); tal dispositivo reforça a vedação da admissão de órgãos jurisdicionais criados *ex post facto*, cuja essência se prende à preocupação implícita de assegurar não só a *independência* e a *imparcialidade* do juiz, mas também a própria *igualdade* das partes no curso do procedimento judicial. Há de se lembrar, sempre, que num Estado Democrático de Direito, no qual o exercício do poder não se resume a uma atividade solitária do juiz —já que oriunda da participação de todos os atores processuais (partes e juiz)—, seria mesmo inconcebível admitir-se a criação de órgão jurisdiccional —ou mesmo de regras de competência— depois de ocorrido o fato a ser julgado, sobretudo pela alta dose de autoritarismo que

integra os contornos do devido processo legal.

Pense-se, ademais, que o contraditório é um direito fundamental e, como tal, sua observância (= dever de respeito, de atenção) cumpre ao Estado, especificamente ao Juiz, que o representa no âmbito do processo judicial.⁴⁹ E uma vez destinado (i) a conferir às partes efetivas possibilidades de participação no debate travado processualmente e (ii) de influência na construção das decisões públicas dali emergidas, além (iii) de protegê-las contra excessos eventualmente praticados pelo órgão jurisdicional, não há mesmo racionalidade em enxergar o contraditório como algo que cumpre também ao juiz exercer como se contraditor fosse. Sobretudo na ótica do seu papel protetivo, traduz-se em direito-poder nas mãos das partes,⁵⁰ cuja finalidade – como já esclarecido alhures – é justamente demarcar e controlar a

atividade jurisdicional. Num *método de trabalho* iluminado pelo devido processo não há, por conseguinte, espaço para o emparelhamento de posições entre juiz e partes (leia-se: “contraditor-decisor” e contraditores-destinatários), pois isso significaria o esvaziamento de direitos fundamentais processuais, essenciais à legitimação da atividade jurisdicional, entre eles o próprio contraditório.

Noutro giro, o contraditório não torna os sujeitos processuais paritários no diálogo processual, como se estivessem em posições equivalentes, de equilíbrio, em harmonia ou simetria, porque decorre de um *preceito normativo*, cuja eficácia é *relacional* (CF/88 art. 5º, LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral *são assegurados* o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) e, como tal, precisamente por engendrar uma *relação jurídica*,⁵¹ enlaça o direito

essa circunstância representaria, sabe-se lá viciada por quais interesses escusos e inescrupulosos do Estado ou mesmo de grupos de interesses a ele vinculados.

⁴⁹ Não se ignora a possibilidade de os direitos fundamentais protegerem eventualmente o próprio Estado. Afinal, não obstante em sua origem terem por titularidade as pessoas naturais, limitando a atuação do Estado em prol do indivíduo, com a evolução dos tempos as Constituições asseguraram direitos fundamentais também às pessoas jurídicas e, depois, às pessoas estatais. Isso, entretanto, não autoriza a ilação de que todo e qualquer direito fundamental tem como titulares pessoas naturais, jurídicas e estatais, uma vez que alguns deles encontram-se restritos a determinadas classes. Na que diz respeito ao contraditório, sua titularidade atinge todo aquele que se encontra na situação de parte, indistintamente, seja indivíduo, pessoa jurídica ou ente estatal. Nem é

necessário dizer que o juiz não se situa no âmbito processual como parte, mas, sim como autoridade jurisdicional, representante do Estado, equidistante dos litigantes e sem qualquer interesse pessoal no litígio.

⁵⁰ Para José Carlos Barbosa Moreira o conteúdo da garantia do contraditório traduz-se em fonte dos poderes das partes no âmbito do procedimento. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos *apud* RICCI Edoardo E. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. *In Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495-499).

⁵¹ Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, em sua original obra, “Teoria dos Fatos

das partes com o dever do juiz (bilateralidade e imperatividade).⁵²

Detém, sobretudo, como se diz, caráter deontológico, gera sujeições por

prescrever algo de forma obrigatória.⁵³

Especificamente, impõe uma conduta de observância ao Estado-juiz em favor do direito de os litigantes exercerem sua

Jurídicos Processuais”, analisam pormenorizadamente o *fato jurídico processual*. Elucidam que a norma, enquanto *proposição*, prevê *hipoteticamente* fatos de possível ocorrência no mundo – fatos ou conjuntos de fatos previstos *abstratamente*, cuja denominação corrente é “suporte fático”. Quando aquilo que está previsto na norma se concretiza, dá-se a *incidência*, e o fato passa a ser considerado *jurídico*. É então a partir da ideia de *fato jurídico* como produto da *incidência* da norma sobre seu *suporte fático* que se separa *mundo dos fatos* e *mundo jurídico* – o *mundo jurídico* traduz-se no conjunto delimitado pelos fatos que adquiriram, em razão da *incidência*, relevância para o direito. Essas as suas palavras: “pela juridicização do fático, o direito adjetiva os fatos para serem considerados jurídicos e assim tecerem o mundo jurídico.” Dessa premissa, por conseguinte, decorre a divisão do *mundo jurídico* em três planos distintos: *existência* (entram todos os fatos jurídicos, sem exceção), *validade* (restrito aos fatos jurídicos caracterizados pela relevância da vontade no suporte fático; os atos jurídicos *lato sensu*); e *eficácia* (incluem-se os fatos jurídicos aptos a produzirem seus efeitos típicos) (JUNIOR, Fredie Didier; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 26-27). No que tange propriamente ao *plano da eficácia*, Didier e Nogueira pontuam que as *situações jurídicas* são um tipo de *eficácia jurídica*, vale dizer, são *categorias eficaciais*, que não obstante pressuporem um fato jurídico, já estavam previstas *em abstrato* no consequente, ou no preceito, da norma. E, para os mestres, as *situações jurídicas*, encaradas *lato sensu*, “abarcam todo o tipo de eficácia jurídica, inclusive a *relação jurídica*, que é a mais importante das categorias eficaciais.” As *relações jurídicas* seriam, pois, espécie de *situação jurídica*, normalmente produzidas pelos fatos jurídicos, e que para existirem pressupõem: (i) a vinculação de, pelo menos, dois sujeitos (princípio da intersubjetividade); (ii) um objeto (princípio da essencialidade do objeto); (iii) com correspectividade de direitos, deveres e demais categorias coextensivas (pretensão, obrigação etc.) (princípio da correspectividade de direitos e deveres). (JUNIOR, Fredie Didier; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 119-120). Ainda mais precisamente, lecionam: “O traço característico da relação jurídica está na circunstância de que ela vincula, pelo menos, dois sujeitos de direito a respeito de um objeto, tendo como conteúdo mínimo um direito (prestacional ou potestativo) e a sua correlata situação jurídica passiva (dever ou estado de sujeição), além de suas respectivas extensões, como as pretensões, ações, obrigações, e situação de acionado.” (JUNIOR, Fredie Didier; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos*

fatos jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 128). Segundo se pensa, é esse o caso da preceito constitucional que dispõe sobre o contraditório: ele estabelece uma relação jurídica. Reza o art. 5º., LV, da Constituição que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...) são assegurados o contraditório e a ampla defesa ...”. Ora, o contraditório é previsto como eficácia jurídica da incidência do suporte fático do aludido enunciado normativo. Basta, portanto, ser litigante, em processo judicial ou administrativo (*incidência do suporte fático*), para que o contraditório seja assegurado (eficácia jurídica). É o contraditório uma *situação jurídica relacional*, a envolver, de um lado, o Estado-juiz, a quem cumpre o *dever* de assegurar aos litigantes o contraditório, e, de outro, os litigantes (demandante e demandado), que *detêm* o direito de exercer o contraditório. Em tal perspectiva, não há como vislumbrar *paridade entre juiz e partes* no diálogo processual decorrente do contraditório – o diálogo processual que caracteriza o contraditório é algo que diz respeito *exclusivamente* às partes (e seus advogados). Tampouco é apropriado afirmar que o contraditório implica deveres de conduta (de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio) também para as partes – os deveres de conduta oriundos do contraditório são *unicamente* do juiz para com as partes. Ou em outros termos: o contraditório pode ser encarado como a eficácia jurídica (de cunho relacional) proveniente da incidência do suporte fático do art. 5º., LV, da Constituição, isto é, uma *situação jurídica* de perspectiva dupla (*relação jurídica processual*), porque engendra *deveres* para o Estado-juiz (*situação jurídica passiva*) e direitos para as partes (*situação jurídica ativa*).

⁵² GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1972.p. 69.

⁵³ Afirmar que os princípios constitucionais – em especial o contraditório – detém caráter deontológico não quer significar desprezo ao seu caráter axiológico. Nessa linha, elucidada André do Vale Rufino, em apego aos ensinamentos de Habermas: “Pode-se dizer então que as normas apresentam uma dupla face: por um lado, determinam o que é devido (elemento normativo, diretivo, imperativo, isto é, deontológico); por outro, contêm um juízo de valor ou critério de valor (de justificação ou de crítica) sobre o que é devido (elemento valorativo ou axiológico). Os elementos deontológico e axiológico representam, por assim dizer, as duas faces de uma mesma norma.” (RUFINO, André do Vale. *Estrutura das normas de direitos fundamentais – repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 160).

*ampla defesa em seu significado dinâmico,*⁵⁴ *estabelece entre eles, obrigado e destinatários, uma relação de imperatividade, envolve direito e deveres.* Essa relação imperativa, que faz parte da disciplina daquilo que se denomina *processo*, não é paritária, mas assimétrica, ou seja, desigual, por implicar subordinação ou sujeição: de um lado encontra-se o Estado-juiz, terceiro imparcial com deveres a cumprir para assegurar o contraditório em toda a sua amplitude; de outro, as partes, que têm a faculdade de exigir e fiscalizar

justamente os tais deveres decorrentes da norma constitucional.⁵⁵

Sublinhe-se, por fim, que o entendimento ora esposado distancia-se daquela visão, defendida por autores como Vittorio Denti, para quem o *debate travado processualmente entre as partes* e a *cooperação que envolve juiz e partes* seriam ambas expressões do contraditório.⁵⁶ Também não se aceita que a melhor linha de raciocínio seja aquela defendida por Edoardo Ricci, que não enxerga a colaboração entre juiz e partes como decorrentes do contraditório.⁵⁷ Defende-se, isso sim, o

⁵⁴ Equivocam-se aqueles que pensam que o direito fundamental à ampla defesa é algo inerente apenas àqueles que se encontram no polo passivo da relação jurídica processual. Bem diferentemente, trata-se de um direito fundamental conexo ao contraditório, cujos destinatários são demandante e demandado, voltado a permitir que ambos exercitem amplamente suas posições jurídicas ao longo do processo, desenvolvam e debatam as suas teses, produzam provas e contraprovas, etc. Aliás, a literalidade do art. 5º., LV, da Constituição, não deixa dúvidas quanto aos destinatários da ampla defesa e também do contraditório: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*”

⁵⁵ Daniel Mitidiero não nega essa imperatividade decorrente do princípio do contraditório. Em artigo escrito para responder algumas críticas formuladas por Lenio Streck, esclarece o processualista quais as consequências do não atendimento aos deveres de colaboração: “(...) inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º., LIV, CF/1988), possibilidade de responsabilização judicial (art. 133, CPC) e, especificamente no caso de dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária (art. 14, CPC).” E continua: “O juiz que se omite no cumprimento de seus deveres de cooperação viola o direito ao processo justo. Os deveres de esclarecimento, de diálogo e de prevenção, como se resolvem em deveres que o juiz pode cumprir independentemente de qualquer conduta a ser adotada pela parte contrária perante a qual tem o dever de colaborar, podem gerar responsabilização do juiz por ausência (art. 133, CPC). Já o dever de auxílio,

que muitas vezes depende de determinado comportamento da parte contrária para que o juiz possa colaborar com a outra, dá lugar à possibilidade de o órgão jurisdicional sancioná-la por descumprimento de seu dever de obediência ao juízo (art. 14, CPC).” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prê-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 194, p. 55-69, 2011). Parece claro que a maioria dessas consequências decorrem justamente da normatividade que caracteriza o contraditório, sobretudo de sua face deontológica, que une partes e juiz numa relação que envolve direitos e deveres. E, frente a esses deveres destinados a concretizar um direito (fundamental) daqueles que litigam no âmbito judicial, crê-se realmente que não é adequado defender uma atuação paritária no diálogo processual entre partes e juiz. Eles, partes e juiz, não atuam nessa engrenagem em igualdade, mas, sim, em posição de subordinação, de sujeição.

⁵⁶ DENTI, Vittorio apud RICCI Edoardo E. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495-499.

⁵⁷ Essas as palavras exatas de Edoardo Ricci quanto ao ponto: “À luz dessas premissas, o problema da definição do contraditório como garantia fundamental pode ser abordado com clareza. Evidentemente, tal garantia concerne aos poderes das partes no processo. Mas, por outro lado, diria respeito à sua cooperação com o juiz, na busca da solução mais justa e, ainda, à cooperação do juiz com as partes por razão de

posicionamento que encara os chamados “deveres de colaboração”⁵⁸ como oriundos do contraditório, provenientes da sua observância pelo Estado-juíz, cuja implementação se destina a permitir um julgamento mais acertado em atenção às questões fáticas e jurídicas debatidas ao longo do processo.⁵⁹ Essa perspectiva, por certo, não significa ampliar os contornos do contraditório para admitir em seu núcleo conceitual a participação paritária do juíz, mas apenas aceitar que seus reflexos implicam deveres correlatos ao Estado-juíz, necessários à sua adequada concretização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

solidariedade? Acreditamos que não. A busca de decisão mais justa mediante debate das partes e a solicitação do juíz como cooperação não dizem respeito ao contraditório como garantia, mas à sua utilização em razão de outras finalidades.” (RICCI Edoardo E. Princípio do contraditório e questões que o juíz pode propor de ofício. In *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teressa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495-499).

⁵⁸ Fala-se muito hoje em “princípio” da colaboração (ou da cooperação), tanto na doutrina nacional como na estrangeira. Crê-se, todavia, acertada a crítica de Lenio Streck no sentido de que não há propriamente um “princípio” da cooperação”. O que existem, acredita-se, são *deveres* do magistrado para com as partes decorrentes da norma legal que prevê o contraditório. Sobre o embate doutrinário sobre ser ou não a cooperação um princípio, é válido consultar: STRECK, Lenio Luis. Verdade e consenso. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 485. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prê-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55-68.

De tudo o que foi aqui trabalhado, arremate-se com as seguintes conclusões:

1. Na atualidade, não mais se concebe o contraditório mediante feições meramente formais. Para além do binômio *informação-reação*, hoje surge como um direito de *influência* na construção do provimento jurisdicional, pautado num viés exegético mais consentâneo aos ideários constitucionais, em especial, à concepção de democracia.

2. Esse vigor democrático que se imputa atualmente ao contraditório, de outro lado, eleva sobremaneira a sua importância de controlar a atividade jurisdicional e o seu resultado. Afinal, a imperatividade proveniente da norma fundamental obriga o juíz a curvar-se

⁵⁹ Apesar de o contraditório ser um direito fundamental processual, cujo exercício cabe às partes, decorrem dele *deveres* dirigidos ao juíz. O juíz não exerce o contraditório, mas está obrigado a assegurar o seu exercício pelas partes e também prima pelo seu aprimoramento. É nessa perspectiva que se pode concluir que a ideia de colaboração do juíz para com as partes *advém* do contraditório, não significando isso, todavia, a legitimação de um *juíz contraditor*, que atue no âmbito processual em paridade com as partes. Salvo engano, Dierle Nunes encampa entendimento semelhante: “No entanto, na ótica democrática, o contraditório vem reassumir o seu papel de fomentador e garantidor da comparticipação e do debate, ao ser encarado em perspectiva normativa.” E conclui: “Seria, assim, resgatado o seu papel fundamental no dimensionamento processual, de forma a assegurar a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e garantir que, nas decisões, não aparecessem fundamentos que não tivessem sido submetidos ao espaço público processual.” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 258).

diante dela, a respeitar seu conteúdo substancial, a observá-la em atenção principalmente aos seus novos matizes. Isso somente quer significar mais segurança jurídica, transparência e previsibilidade, vale dizer, representa uma garantia no sentido de que se encontra vedada a produção de decisões judiciais em desatenção à dialética processual, decorrente do labor solitário do julgador (= *solipsismo judicial*).

3. O juiz tem o dever de assegurar o contraditório e de provocar o seu amadurecimento. Isso, contudo, não o torna um contraditor, porque não é destinatário dos atos decisórios. É *terceiro imparcial* e não *parte parcial*. Enfim, o contraditório é um tributo à liberdade das partes no processo – exercitada segundo os limites da lei, naturalmente – um coringa que lhes avaliza a autoridade do seu discurso, do seu labor argumentativo e probatório em prol de seus interesses pessoais, a garantia de que a decisão judicial seguirá um rumo previsível, alheio à surpresa, estranho a raciocínios *solipsistas*. É um direito em favor dos litigantes contra o arbítrio estatal por assegurar que o poder jurisdicional exerce-se segundo ditames democráticos e, portanto, baliza-se pelo

debate, pelo labor discursivo e probatório das partes.

4. O contraditório traduz-se em direito fundamental e, deste modo, sua observância (= dever de cumprimento, de respeito) cumpre ao juiz, que representa o Estado no âmbito do processo judicial. Atribuir ao julgador a qualidade de contraditor significaria o esvaziamento da importância desse direito fundamental, especialmente naquilo que diz respeito à sua esfera protetiva, destinada a resguardar as partes contra os efeitos deletérios oriundos de eventuais arbítrios judiciais.

5. Também o ordenamento jurídico alienígena, normalmente citado para sustentar a nova feição dinâmica conferida ao contraditório, não autoriza – e nem poderia ser diferente – uma exegese inclusiva, que coloque o juiz na posição de contraditor. O que está positivado ali – nas legislações francesa, portuguesa e alemã – é uma estrutura de colaboração envolvendo os sujeitos processuais, todos concorrendo “para obter, com brevidade e eficácia a justa composição do litígio” (Código de Processo Civil português, art. 266). Estrutura-se, portanto, uma *comunidade de trabalho*,⁶⁰ cuja finalidade é

⁶⁰ A expressão *comunidade de trabalho* denota que o processo é método *civilizado* destinado a resolver *conflitos de interesses*, que se presta, sobretudo, a legitimar (e controlar) a jurisdição e os seus resultados.

Contudo, rotular o processo de *comunidade de trabalho* ou de *método civilizado de diálogo*, não significa desconsiderar que em seu bojo o que há é

regulamentar o diálogo entre juiz e partes, algo bem diferente que inserir todos num mesmo patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, produzindo provas e contraprovas, etc.

6. Juiz e partes não são paritários no diálogo processual. Não é adequado afirmar que o juiz participa do contraditório ou o exerce, pois o que lhe cumpre é tão-somente assegurá-lo e aprimorá-lo o mais amplamente possível. Por decorrer de um preceito normativo cuja eficácia é relacional, o contraditório impõe ao juiz uma conduta (=deveres) em favor das partes: o papel do magistrado é atuar, a fim de possibilitar aos antagonistas o exercício pleno e dinâmico de sua ampla defesa. *O que daí se origina é, pois, uma relação jurídica, por enlaçar os deveres do juiz aos direitos das partes, de perceptível imperatividade, encontrando-se as últimas em posição privilegiada com relação ao primeiro.* No diálogo processual, a posição de protagonistas cabe aos litigantes com exclusividade; o juiz não age em paridade com eles, mas, sim, em prol do aperfeiçoamento do

contraditório, em posição de sujeição em relação as partes.

7. De forma mais técnica: reza o art. 5º., LV, da Constituição que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...) são assegurados o contraditório e a ampla defesa ...”. O contraditório corresponde à eficácia jurídica decorrente da incidência do suporte fático do aludido enunciado normativo. Basta, portanto, ser litigante, em processo judicial ou administrativo (*incidência do suporte fático*), para que o contraditório seja assegurado (eficácia jurídica). É o contraditório uma *situação jurídica relacional*, a envolver: de um lado, o Estado-juiz, a quem cumpre o *dever* de assegurar aos litigantes o contraditório; de outro, os litigantes (demandante e demandado), que *detêm* o direito de exercer o contraditório. Daí é que se conclui: (i) não há como vislumbrar *paridade entre juiz e partes* no diálogo processual decorrente do contraditório – o diálogo processual que caracteriza o contraditório é algo que diz respeito *exclusivamente* às partes (e seus advogados); (ii) tampouco é apropriado afirmar que o contraditório implica deveres de conduta (de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio) também

verdadeiramente um litígio entre dois antagonistas, que buscam a vitória mediante o alcance de objetivos diversos, parciais e singulares.

para as partes – os deveres de conduta oriundos do contraditório são *unicamente* do juiz para com as partes. Em síntese: o contraditório pode ser encarado como a eficácia jurídica (de cunho relacional) proveniente da incidência do suporte fático do art. 5º, LV, da Constituição, isto é, uma *situação jurídica* de perspectiva dupla (*relação jurídica processual*), porque engendra *deveres* para o Estado-juiz (*situação jurídica passiva*) e direitos para as partes (*situação jurídica ativa*).

8. O novo CPC equivoca-se quando aposta em seu art. 6º, *de duvidosa constitucionalidade*, cuja redação estabelece que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Sugere o dispositivo, já numa primeira leitura, que a obtenção de decisões justas, efetivas e em tempo razoável não seria propriamente *direito* dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País, mas também, e sobretudo, *deveres* a eles impostos. É o legislador, de modo sutil, depositando sobre as costas do jurisdicionado parcela do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional. Talvez

pior ainda seja a determinação no sentido de que as partes devem cooperar entre si, como se a lei tivesse o vigor de, *num passe de mágica*, superar o hiato que separa parte e contraparte justamente em razão do litígio. Uma visão idealista e irrefletida, desacoplada da realidade e distante daquilo que se dá na arena processual, na qual as partes se posicionam, principalmente, para lograr êxito em suas pretensões. Pode-se, ademais, avançar e concluir que o dispositivo institui espécie de *álibi normativo*, cujo manejo tem o condão de avalizar a invasão da moral no direito, passaporte para o absolutismo e seu *princípio epocal* revelado pela *vontade de poder*. Escudado na cooperação, terá o juiz meios de atuar solapando (ou relativizando) a ampla defesa das partes, em interferência na liberdade que possuem, elas e seus advogados, para elegerem as linhas de argumentação narrativa e estratégica que melhor atendam aos seus interesses.⁶¹

9. Não se nega a relevância da colaboração do juiz para com as partes no âmbito processual. Muito pelo contrário. Afinal, tal desiderato (colaboração, cooperação, comparticipação) sintoniza-se aos

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*,

23/12/2014. Disponível: <
<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>
>. Acessado em: 28/01/2015.

anseios democráticos, fomenta soluções de conflitos mediante transações, além de favorecer decisões mais amoldadas aos aspectos fáticos e jurídicos desenhados pelo litígio. É sobretudo uma vacina poderosíssima contra as chamadas decisões-surpresa. O problema denunciado aqui liga-se, isso sim, à dinâmica dessa colaboração. Até onde pode avançar o juiz, em seu diálogo com as partes, alicerçado em seu dever de cooperar? Qual o limite a ser respeitado por ele, a fim de que não se torne também um contraditor? Acredita-se que as intervenções do juiz devem se pautar pela prudência. Cumpre-lhe influir nos arrazoados apresentados para indicar ali pontos que se lhe apresentem obscuros, ou lhe pareçam equivocados, vale dizer, é sua função provocar o debate entre os contraditores, a fim de sanar dúvidas existentes, forçar a exploração pelas partes de aspectos fáticos e jurídicos ainda não adequadamente aclarados ou amadurecidos (*dever de esclarecimento*).⁶² Compete-lhe, por

igual, prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo (*dever de prevenção*).⁶³ Também é dever do órgão jurisdicional consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, *ainda que de ordem pública*, assegurando a influência de suas manifestações na formação dos provimentos (*dever de consulta*).⁶⁴ E, por fim, seu papel auxiliar as partes na superação de dificuldades que as impeçam de exercer direitos e faculdades ou de cumprir ônus ou deveres processuais (*dever de auxílio*).⁶⁵ Afora isso, é enorme o risco que se corre de transmutar o juiz em um contraditor, com prejuízo às próprias bases fundadoras do Estado Democrático de Direito.

10. A palavra *colaboração* (ou *cooperação*) detém *poder icônico*: denota *um agir conjunto, participação, comparticipação*,⁶⁶ apoio, conectando-se, por isso mesmo, e de modo bastante acentuado, com a *democracia*. Cai por terra, todavia, os aspectos positivos dessa simbologia se o seu uso servir

⁶² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65

⁶³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65-66.

⁶⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 66-67.

⁶⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 67

⁶⁶ A expressão *comparticipação* é muito cara a Dierle Nunes: “O resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e comparticipativa,

permitirá o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a guindá-lo a seu real papel de garantidor de um debate público e dos direitos fundamentais, de uma estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados.” (NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 260).

apenas de *maquiagem* para escamotear uma ideologia arbitrária, alimentada pela sanha socializadora do processo,⁶⁷ a fim de maximizar ainda mais os poderes do juiz em prejuízo, sem dúvida, à própria liberdade das partes e aos seus direitos mais elementares.⁶⁸ Sob o signo da

colaboração, segundo tal ângulo, vivenciaria um regime procedimental (e não processual) marcado pela indiferença em relação à participação dos litigantes, tudo legitimado pela busca da verdade.⁶⁹ Para ser ainda mais claro: o *modelo colaborativo de processo* não

⁶⁷ Um exemplo que bem retrata a *filosofia do socialismo processual* é aquilo que alguns chamam de “princípio da parcialidade positiva do juiz”, com adeptos no Brasil, inclusive. Em palestra ganhadora do Prêmio “Humberto Briseño Sierra”, apresentada em 19 de outubro de 2013, no XII Congresso Nacional de Direito Processual Garantista, realizado na cidade argentina de Azul, Eduardo José da Fonseca Costa, com o seu brilho característico, elucidou, *em perspectiva crítica*, as características de um bom juiz segundo um conceito *socialista* – o chamado “juiz Hobin-Hood”: “Para un concepto socialista, un buen juez es un Hobin-Hood, ejecutor de las ideas de los grandes iconos del ‘romanticismo social’. A favor del ‘eslabón más débil’ de la relación procesal - una iniciativa conocida como ‘parcialidad positiva’ (!) - el juez puede hacer más flexible el procedimiento estándar legal (aunque aquí, por regla general, sea realizado un procedimiento sumario y oral), invertir la carga de la prueba, relativizar *pro misero* el rigorismo de la cosa juzgada (lo que explica la propagación *contra legem* de la cosa juzgada *secundum eventum probationis* en Brasil, especialmente en las lides sobre seguridad y asistencia social), interferir en la formación del objeto litigioso, satisfacer las carencias en materia de prueba (esto no insulta a la ‘imparcialidad’?) y conceder medidas autosatisfactivas *ex officio* [activismo autoritario ‘socioequilibrante’, que los críticos ven como *praxis gauchiste*].” Mais a frente, concluiu o mestre: “(...) el activismo autoritario *engagé* del procesualismo socialista predica la ‘parcialidad positiva’ como criterio de legitimidad de la actividad jurisdiccional (que no es más que una degradación de la imparcialidad). Dentro de la trilogía estructural del proceso, el objetivo socialista de desestructuración es el concepto de *jurisdicción* (y el principio constitucional que lo protege - la *imparcialidad*).” (FONSECA COSTA, Eduardo José. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 82. No prelo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013).

⁶⁸ Ao denunciar uma crise de identidade vivenciada pelo processo civil brasileiro, Glauco Gumerato Ramos, com a inteligência que lhe é característica, apresenta contundente crítica ao protagonismo judiciário: “Mas um fator preponderante continua a lhe marcar o perfil e isso a despeito do ambiente democrático e republicano estabelecido pela Constituição de 1988: continua sendo um CPC ‘do juiz’, um CPC autoritário, um CPC viabilizador das

mais perversas arbitrariedades. Ou seja: mudou-se muito, mas nada – ou muito pouco – mudou. Na essência, os matizes metodológicos do nosso CPC continuam a movimentar uma engrenagem na qual o processo civil se desenvolve como categoria jurídica a serviço da jurisdição (=Poder), e não como estrutura democrática e republicana viabilizadora da dialética que caracteriza o devido processo legal (=Garantia). E a prova de que pouco mudou está no fato de que atualmente tramita na Câmara dos Deputados um anteprojeto de novo CPC. Eis aí o ‘processo civil gattopardista’ a que me refiro no título acima. Queremos mudar novamente, mas pouco será mudado! A atuação do prático diante do Poder Judiciário ‘civil’ nos mostra isso, apesar de a dogmática (doutrina) continuar a nos seduzir com um discurso legitimador desse ‘poderoso juiz’ que tudo pode em nome da ‘verdade’, da ‘justiça’ e da concretização de um ‘processo justo’. O processo civil dos livros (*law in books*) é romântico; o processo civil da prática (*law in action*) é assustador, ao menos na perspectiva dos artífices da postulação (advocacia, MP, defensoria pública). Estes são testemunhas do ultraje que a garantia do devido processo legal sofre no dia a dia do foro cível – além do penal, é claro! – nas mãos desse ‘juiz redentor’ dos males da sociedade, tão decantado em verso e prosa nas lições da grande maioria dos nossos processualistas e que tanta influência exerce sobre nossa jurisprudência. Ignoramos que de nossa Constituição da República transborda um modelo semântico-processual garantista e nos deixamos levar por um arbitrário e equivocado modelo pragmático-processual de viés ativista, onde avulta a figura de um juiz comprometido com a própria ‘justiça subjetiva’ que melhor lhe ocorrer diante do caso concreto. Não é incomum que na cena processual nos deparemos com justiceiros – e não com juízes – agigantados sob o sacrossanto manto da toga”. (RAMOS, Glauco Gumerato. O processo civil gattopardista dos Juizados Especiais. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 77. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 37-42).

⁶⁹ Sobre o problema da verdade, esclarece Andrea A. Meroi, com amparo em Luigi Ferrajoli: “La verdad procesal en cuanto a los hechos (*quaestio facti*) consiste en la confirmación de la aserción a su respecto y se resuelve mayormente por vía inductiva conforme a los datos probatorios. La idea según la cual es posible alcanzar y afirmar una verdad objetiva, cierta, absoluta es ‘en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley

pode ser organizado à distância da realidade, sem considerar que no processo há verdadeiro *embate* (*luta, confronto, enfrentamento*), razão pela qual as partes e seus advogados valem-se – e assim deve ser – de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um

fim parcial.⁷⁰ Não é crível, enfim, atribuir aos contraditores o dever de perseguirem uma “verdade superior”,⁷¹ mesmo que contrária àquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los de sua necessária liberdade de litigar, transformando-os, eles

comparten com el realismo gnosiológico vulgar’ (Luigi Ferrajoli). Y si aune n el campo de las llamadas ‘ciencias duras’ se afirma hoy que a lo máximo que podemos aspirar es a una verdad aproximativa, cuánto más cabrá decir respecto de la verdad procesal, condicionada adicionalmente por sérios limites: a) la verdad procesal de la quaestio facti es apenas probabilística (...); b) el conocimiento judicial de esa verdad sobre las aserciones fácticas es ineludiblemente subjetivo (...); c) el conocimiento judicial de la quaestio facti es un ‘discurso institucionalizado’, sometido a un ‘método legal de comprobación procesal’, que hace de la verdad sobre los juicios de hechos una verdad inevitablemente aproximativa (...). (MEROI, Andrea A. Resignificación del ‘contradictorio’ en el debido proceso probatório. In *Controversia procesal*. Medellín: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín, 2006. p. 80-83). Na mesma vereda, ensina Adolfo Alvarado Velloso que a verdade não é um problema primordial do Direito; primordial é a sua missão básica e elemental de alcançar e manter a paz dos homens que convivem em um tempo e lugar determinado. Complementa o mestre argentino: “Si la verdad fuere realmente un problema jurídico primordial y su búsqueda la exclusiva o principal determinante de toda y de cualquiera actuación de los jueces, podrían coexistir con él los institutos del sobreseimiento, de la absolución por la duda, de cualquier tipo de caducidade (de la instancia, de la producción de la prueba, etc), de las cargas probatorias, de la congruencia procesal como clara regla de juzgamiento, de la prescripción liberatória, de la cosa juzgada, de la imposibilidad de decuzir excepciones relacionadas con la causa obligacional en la ejecución de títulos cambiarios, etc., etc? La respuesta negativa es de toda obviedad...” (VELLOSO, Adolfo Alvarado. *La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. Proceso civil y ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 217-247). Para situar a crítica em termos nacionais, pense-se apenas no instituto da *revelia*, que autoriza o juiz a admitir como verdadeiros os fatos afirmados pelo demandante em caso de ausência de defesa (CPC, art. 319).

⁷⁰ A essência litigiosa, atribuível ao fenômeno que se desenvolve processualmente, não escapou à percepção de Daniel Mitidiero. Tanto assim que, juntamente com Luiz Guilherme Marinoni, criticou o projeto do novo

CPC apresentado ao Senado, que, em seu art. 5º., previa que “as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.” Assinalou, enfim, que é “a própria estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso que repele a ideia de colaboração entre as partes.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 73).

⁷¹ Confirma-se, em rota oposta, o que pensa o mestre paulista, Cassio Scarpinella Bueno: “Certo que as partes, como sujeitos *parciais* da relação processual, e o juiz, na qualidade de sujeito *imparcial*, não têm interesses iguais refletidos no contraditório. Este, o juiz, não pode, por definição, ter interesse nenhum naquilo que julga, sob pena de ruptura com um dos sustentáculos da jurisdição, que é a *imparcialidade*; aquelas, as partes, têm interesses seus deduzidos em juízo, e que são, por definição, também colidentes. Isso, contudo, não significa que não exista *outro* tipo de interesse, que é comum a todos os sujeitos processuais, que é o de resolver a questão pendente de apreciação pelo Poder Judiciário da melhor forma possível, imunizando-a de ulteriores discussões.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 55). Inquestionável que partes e juiz, respectivamente sujeitos *parciais* e *imparcial*, têm interesses diversos em juízo. Cada qual das partes busca fazer valer aquilo no que acredita, suas razões de fato e de direito; o juiz, de sua vez, não alimenta interesse algum no objeto do litígio, pois o que lhe cabe é resolver o conflito em conformidade com o ordenamento jurídico. Entretanto, crê-se, com a devida vênia, inexistir esse *outro* interesse ao qual se refere Cassio Scarpinella, que seria *comum* a todos os sujeitos processuais, como se as partes desejassem, de maneira uníssona e conjunta, realmente resolver “a questão pendente de apreciação pelo Poder Judiciário da melhor forma possível”. Não há, de regra, um tal espírito filantrópico que contagie as partes no âmbito processual; o que quer cada uma delas, sem dúvida, é mesmo resolver a questão da melhor forma possível, desde que isso signifique favorecê-la em prejuízo do adversário – *cada parte quer a sardinha para o seu próprio prato*.

mesmos e seus advogados, em meros instrumentos a serviço do juiz na busca da tão almejada “justiça”.⁷²

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A legitimação das decisões judiciais no Estado democrático de direito*.

Disponível em:

<<http://direito.newtonpaiva.br/revistadir-eito/professor/professores.asp>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao contraditório e sua centralidade no processo coletivo. *Processo coletivo e outros temas de direito processual* (versão eletrônica). Coordenação: Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Junior e Mariângela Guerreiro

Milhoranza. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 . p. 128-137

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritária. *Proceso civil y ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*.

Coordenador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 129-165.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos *apud* RICCI Edoardo E. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. *In Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495-499.

BARROS PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do

⁷² Essa a linha do pensamento de Juan Monteiro Aroca: “(...) Las ‘reglas del juego’, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El ‘juego’ se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial.” (AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritária. *Proceso civil y ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Coordenador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 129-165). Em linha de entendimento idêntica, Adolfo Alvarado Velloso elucida o risco de se defender a ideia de um processo como método segundo o qual os advogados e partes colaboram solidária e ativamente na busca da verdade e na formação de uma decisão justa. Elucida que um tal modo de pensar despreza a realidade social do litígio, que nada mais é que uma guerra. Sem armas, é verdade; mas mesmo assim uma guerra e não um passeio alegre e despreocupado das partes de mãos dadas e caminhando pelo parque. E arremata: “Cuando un acreedor presenta al juez su demanda, no lo hace en acto de alocada aventura sino meditadamente, lleno de incertidumbres, temores, gastos y expectativas, luego de haber hecho lo imposible para lograr un acuerdo con el deudor. De tal modo, sólo porque no tiene otro

camino para recorrer, elige la última alternativa que le ofrece la civilidade: el proceso. Cómo pretender ahora que estos dos antagonistas – que ya se odian por haber hablado y discutido hasta el cansancio del tema que los aqueja – salgan a buscar como buenos amigos, del brazo y solidariamente, la verdad de lo acontecido y una decisión justa? Justa para quien? Para el desesperado y cuasi exámine acreedor o para el deudor impenitente?” (VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. *Proceso civil y ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Coordenador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 114). Daniel Mitidiero, por sua vez, é esclarecedor acerca do risco de se banalizar a colaboração: “Estamos de pleno acordo com a necessidade de controlarmos a utilização indevida e desordenada de normas jurídicas que, por vezes, ocorre na prática judicial do nosso país. É preciso, contudo, separar o joio do trigo. A colaboração é um projeto autêntico do processo justo no Estado Constitucional – para usarmos uma expressão em homenagem a Lenio Streck. Banalizá-la, tratando-a sem maiores cuidados, constitui empresa no mínimo temerária. Cumpre evitá-la – a bem da necessidade de moldarmos o processo civil a partir dos fundamentos do Estado Constitucional a fim de torná-lo tão democrático quanto o acesso à moda com o advento do prêt-à-porter.” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 194, p. 55-69, 2011).

processo. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: Puc Minas, ano 3, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CALMON DE PASSOS, J.J. Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CALVINHO, Gustavo. La ineludible vinculación de la imparcialidad del juzgador a un concepto de proceso alineado con los derechos fundamentales. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 66. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 123-142.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. *Direito processual civil: artigos e pareceres*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DENTI, Vittorio apud RICCI, Edoardo E. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495-499.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1.

DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, 2010. p. 228-260. Disponível em: <www.redp.com.br>.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Coordenação: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

FONSECA COSTA, Eduardo José. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 82. No prelo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

FONSECA DE SOUSA, Kelen Cristina. *O princípio do contraditório: uma reconstrução sob a ótica do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2009. Não publicada.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil. Introdução ao Direito Processual Civil*. Vol. I. 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1972.
- GUTHRIE, W.K.C. Os sofistas. São Paulo: Paulus, 1997.
- JUNIOR, Fredie Didier; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.
- JÚNIOR, Hermes Zaneti. *Processo constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEROI, Andrea A. Resignificación del ‘contradictorio’ en el debido proceso probatorio. In *Controversia procesal*. Medellín: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín, 2006. p. 80-83
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55-68.
- MONTELEONE, GIROLAMO. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil. *Proceso civil y ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 173-197
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, t. 2.
- RAMOS, Glaucio Gumerato. O processo civil gattopardista dos Juizados Especiais. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 77. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 37-42.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1997. v. 2.
- RUFINO, André do Vale. *Estrutura das normas de direitos fundamentais* –

repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª. ed. Lisboa: Lex, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>. Acesso: 11 abr. 2011.

STRECK, Lenio Luis. *Verdade e consenso*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 23/12/2014. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>><http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acessado em: 28/01/2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 107-141, 2009.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *El garantismo procesal*. Rosário: Editorial Librería Juris, 2010.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. *Proceso civil y ideologia. Un prefacio, una*

sentencia, dos cartas y quince ensayos. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 217-247.

**A PARIDADE DE ARMAS SOB A
ÓPTICA DO GARANTISMO
PROCESSUAL**
*THE RIGHT TO BE TREATED
EQUALLY DURING THE JUDICIAL
PROCEDURAL ON A GARANTISM
POINT OF VIEW*

*Mateus Costa Pereira*⁷³

INTRODUÇÃO

A pretexto de uma introdução, registro que este trabalho foi construído a partir do texto-base de minha exposição no *XIV Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*, realizado aos 03 e 04 de novembro na cidade de Azul, Argentina, consistente na defesa (reflexão) da paridade de armas – art. 7º, CPC – enquanto uma tarefa que toca mais (primacialmente) ao legislador, ao delimitar os espaços de atuação jurisdicional indispensáveis para tanto, que ao julgador; sem delimitações claras do primeiro, o respeito à paridade de armas pelo magistrado tem sua acomodação constitucional próxima à

concepção de Adolfo Alvarado Velloso, isto é, igualdade de oportunidades e de audiência. Sobre não aduzirmos uma atuação mecânica do juiz, segue-se o fechamento – constitucional – de espaços apropriáveis por voluntarismos de qualquer ordem, destacando o processo como uma instituição ou sistema de garantias, na esteira de Eduardo José da Fonseca Costa, em cujo seio se notabiliza a atividade do magistrado como último *garante*, tal e qual professado por Juan Montero Aroca. Assentadas as bases garantísticas e constitucionais do processo, cujas velas não são sopradas por ventos cooperativistas, veremos que a paridade de armas não guarda relação com o mote descrito no art. 6º do mesmo código.

Delimitação da problemática: novos influxos à compreensão da paridade de armas?

O art. 7º do Código de Processo Civil brasileiro (CPC/15) cuida do direito à paridade de armas.⁷⁴ Muito embora não se revista de novidade, uma vez que o direito à igualdade no processo

⁷³ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor de Processo Civil da Unicap. Diretor de Assuntos Institucionais da ABDPro. Advogado e Consultor Jurídico. mateuspereira@abdpro.com.br

⁷⁴ Art. 7º É assegurada às partes paridade

de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

(e, pois, à paridade) já era defendido pela doutrina e adotado por nossos tribunais; assim como o art. 125, I, do código revogado (CPC/73), impelia o magistrado a dispensar tratamento igualitário às partes; a paridade de armas pode(rá) sofrer uma reconfiguração semântica no processo brasileiro, haja vista o disposto no art. 6º, tratando da cooperação,⁷⁵ além de outras disposições normativas que transforma(ra)m nossa codificação em uma miscelânea ideológica.

Posto que não seja um rol exaustivo, os doze primeiros artigos do CPC/15 tratam das normas “fundamentais” do processo civil; normas, em boa parte, de caráter principiológico, que se espraia(ria)m por toda a ordem jurídica processual. É nesse orbe, desafortunadamente, que o art. 6º prevê que todos os sujeitos devem

cooperar entre si, atrelando a colaboração à obtenção de uma decisão justa – hipótese indemonstrável –, o que dispara um alerta quanto a uma releitura da paridade de armas e dos deveres do magistrado à sua realização.⁷⁶ Diante disso, não hesitamos em afirmar que a *paridade* receberá um forte apelo ou influência da cooperação pelos operadores do direito em geral, frutificando-se em argumentações puramente retóricas; os publicistas, seja na vertente da *instrumentalidade*,⁷⁷ seja na vertente da *colaboração*, contarão com um argumento topográfico adicional em resistência ao *garantismo* processual.

Do processo como instituição de garantia: premissas político-normativas

mais precisa e, por isso, abrangência mais restrita; cumpre-se o dever com adequações do processo feitas pelo juiz em situações excepcionais.” DIDIER JR., Fredie. 1.3 Dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório, princípio da cooperação e dever de auxílio. *In: Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.

⁷⁷ Quanto ao instrumentalismo, ver a crítica definitiva de Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira: “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 166, versão digital, dez. 2008.

⁷⁵ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁷⁶ O ponto foi muito bem percebido por Fredie Didier Jr., o qual, ainda que um defensor da cooperação, em um dos seus aspectos mais problemáticos (dever de auxílio), se posicionou contra. Vejamos: “Certamente, surgirá a discussão sobre se a parte final do art. 7.º do CPC permite que se afirme a existência de um dever geral de auxílio no direito brasileiro. Não nos parece possível defender a existência deste dever no direito processual brasileiro. A tarefa de auxiliar as partes é do seu representante judicial: advogado ou defensor público. Além de não ser possível, também não é recomendável. É simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. O dever de zelar pelo efetivo contraditório tem designação

Antes de iniciar o estudo do tema, permita-se um breve apontamento: malgrado seja tão vívido em outros países, ainda não há um efetivo debate entre instrumentalistas e garantistas no Brasil. Decerto que diferentes razões concorrem para tanto, as quais não nos é dado explicar.⁷⁸ Prontamente, em boa ocasião, afastemos duas delas: não é por falta de interlocutores, pois o garantismo já conta com destacados representantes em nosso país (suficiente pensar nos participantes desta coluna);⁷⁹ tampouco é possível falar em um obstáculo idiomático ao diálogo, dado que uma parcela considerável dos estrangeiros caudatários do garantismo, se não a maioria, são oriundos de países *hispanohablantes*, além de muitos

estarem espalhados pela América do Sul, mormente na Argentina.

Logo, há uma situação bastante peculiar no Brasil: sobre ser hegemônico no cenário processual, o discurso instrumentalista também é apresentado como exclusivo;⁸⁰ nossa doutrina – mormente os destacados processualistas responsáveis por forjar as bases do novo código – não dialoga com o pensamento garantista. Seguem sendo herdeiros de uma tradição inquisitiva ou autoritária,⁸¹ sem sabê-lo, e que,⁸² assim nos parece, é carente de apropriada fundação epistêmica: ora, por que motivo o magistrado ostentaria uma condição epistemológica privilegiada ao conhecimento das questões de fato?⁸³ Diferente das partes, o magistrado não

⁷⁸ Tendo um dos seus dois pilares no garantismo processual, acreditamos que a Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) será determinante a essa mudança, promovendo obras e debates sobre o assunto, tal como ocorre com a coletânea que será publicada em derredor da temática.

⁷⁹ Há vários outros autores que, reconhecidamente, defendem o estrito acatamento da Constituição Federal, e que também podem ser indicados como garantistas, como é o caso de Nelson Nery Jr., Georges Abboud, Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas, Carlos Henrique Soares, Alexandre Moraes da Rosa, Aury Lopes Jr. etc. Há, contudo, autores que fazem uma crítica ao ativismo direcionado aos atos decisórios, ao passo que outros empreendem às posturas ativistas (ao excesso de publicismo) ao longo do processo.

⁸⁰ Em tom de censura, ver: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comenda Prof. Edson Prata – Congresso de Direito Processual de Uberaba, 10 edição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 97, jan./mar. 2017. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247007>>. Acesso em: 29 mar. 2017. Decerto que não são todos os autores que se comportam desse modo. De toda sorte, uma rápida passada de olhos pelos principais cursos de processo civil à disposição no mercado corrobora o que está sendo afirmado. Infelizmente, ao discente não é dado o direito de conhecer e/ou escolher uma visão diversa da hegemônica, pois o ativismo lhe é apresentado com pretensão de exclusividade.

⁸¹ Assim, ver: AROCA, Juan Montero. **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 36.

⁸² Falo por mim mesmo; foi suficiente o contato com a doutrina garantista para perceber que muitas de minhas crenças anteriores, hauridas do discurso hegemônico, eram/são autoritárias.

⁸³ É a crítica que reservamos ao pensamento daqueles que, ao tratar da jurisdição, a ela associam escopos metajurídicos,

seria um “homo sapiens demens”? Observando que essas problemáticas, travestidas em indagações, estão presentes em toda concepção do fenômeno processual centrada (ou que hipertrofia) a atividade do magistrado, reclamando-lhe condição onisciente (que despreza o lado humano).

Como tem-se dito, o garantismo processual não enxerga o processo como um simples instrumento ou técnica (asséptica) de realização de escopos da jurisdição (v.g., aplicação do direito objetivo, realização da justiça etc.),⁸⁴ senão como uma garantia fundamental de *liberdade* dos cidadãos *ex vi* do art. 5º, *caput*, e inciso LIV, Constituição Federal.⁸⁵ Nessa linha, Eduardo Costa

chama a atenção à circunstância de que o processo (*devido processo*) está situado no Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal, o qual trata dos direitos humanos/fundamentais de primeira dimensão (liberdades públicas);⁸⁶ longe de ser uma coincidência, há espesso tecido histórico subjacente à observação. Não se consubstanciando em uma ferramenta passível de ser apoderada pelo Estado tão logo provocado (demanda), também concebemos o processo como um sistema (ou instituição) de garantia com autonomia e substantividade próprias – espelhando-nos na preleção de Eduardo Costa, o qual aperfeiçoa o pensamento de Antonio María Lorca Navarrete –,⁸⁷

concebendo o processo como um mero instrumento à realização desses fins. Para uma crítica ao tema, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. “A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC-Minas Serro)*, Belo Horizonte, n. 1, 2010.

⁸⁴ Escopos que concorreram, se é que não conduziram, ao solipsismo judicial. Sobre o tema, ver a crítica de: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. “A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC-Minas Serro)*, Belo Horizonte, n. 1, 2010. Secundando o mesmo entendimento, cf. o ótimo ensaio de DEL NEGRI, André. *Processo e decisão jurídica*. **Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.asp>

>. Acesso em: 11 mar. 2016. Para outras referências sobre o tema, ver o nosso: GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA, Mateus Costa; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra. Fundamentação adequada: da impossibilidade de projetar a sombra de nossos óculos sobre paisagens antigas e de acorrentar novas paisagens em sombras passadas. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 175-201, jul./set. 2016.

⁸⁵ RAMOS, Glauco Gumerato. Aspectos semânticos de uma contradição pragmática: ativismo judicial *versus* ampla defesa. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem. **Justicia**, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, n. 21, p. 38-46, jun. 2012.

⁸⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Texto inédito sobre uma Teoria Unitária do Processo, ainda não submetido à publicação.

⁸⁷ NAVARRETE, Antonio María Lorca. **Tratado de derecho procesal civil, parte general: el nuevo proceso civil**. Madrid: Dykinson, 2000, p. 8-42.

cujo referente está na Constituição, prestando-se à contenção do Estado-juiz, já que a ele toca o exercício da ação material (tutela jurisdicional). Em suma, na qualidade de instituição de garantia, o processo não pode diminuir ou asfixiar os interesses individuais e os direitos subjetivos nele discutidos a pretexto de concretizar os fins sociais, a justiça estatal e/ou o direito objetivo; o embasamento constitucional de liberdade rechaça essa concepção que, quando não se confunde à própria origem, está na base das teorias publicistas/instrumentalistas.⁸⁸

Diferente das correntes instrumentalistas – também rotuladas de publicistas, autoritárias ou inquisitivas –, da base constitucional do processo se

extrai a irrenunciável condição de terceiro do magistrado, estranho aos fatos e ao objeto litigioso,⁸⁹ normativamente entrincheirado na independência, imparcialidade e imparzialità (imparcialidade funcional).⁹⁰ Essa é uma das premissas adotadas neste trabalho, em cujo abrigo criticaremos a mixagem ideológica do novo código de processo civil (cf. ponto 7). Nada obstante, remediável por meio de uma leitura garantística (constitucional) do fenômeno processual.

Do direito à igualdade no processo e sua (in)devida associação a fins alheios à jurisdição

⁸⁸ Segundo Aroca, está na origem dessas teorias, tidas por ele como autoritárias. AROCA, Juan Montero. **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 52-53. Em sentido contrário: PICÓ I JUNOY, Joan. El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. **Cuestiones Jurídicas**, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, v. VI, nº 1, jan.-jun. 2012.

⁸⁹ AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales**: el sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

⁹⁰ Sobre o tema da imparcialidade e da imparzialità, indispensável a leitura de: COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de modelo interseccional entre direito processual,**

economia e psicologia (Tese de Doutorado). Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016, 187 p. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias, **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, Ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015; OAKLEY, Hugo Botto. El Proceso: ¿Método de Debate o Juego Colaborativo? Su relación con la Imparcialidad Sicológica. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 3, mai. 2015; MEROI, Andrea. **El principio de imparcialidad del juez (las opiniones precursoras de Wener Goldschmidt y los desarrollos actuales del tema)**. Texto gentilmente cedido pela autora. PARZO IRANZO, Virginia. La imparcialidad y los poderes del Juez según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 5, dez. 2015.

Anterior ao cenário processual, a igualdade é uma garantia constitucional estampada no art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira,⁹¹ no elenco dos direitos fundamentais, donde se extrai a necessidade de tratamento isonômico, igual ou desigual, neste caso quando indispensável aos próprios fins da igualdade. Sob o pálio constitucional o legislador também aprovou leis conhecidas por conferir proteção aos vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade; presunção que é constitucional e alcança a todos consumidores, pessoas com deficiência, trabalhadores etc. Ninguém discute que essas leis estejam (des)afinadas com o mandamento da igualdade – o tratamento justificadamente desigual enuncia isso –, tampouco se tem notícia de vacilação quanto a sua conformidade à ordem jurídica constitucional. Destarte, quando um conflito envolvendo sujeito que a Constituição reputa vulnerável aporta no

judiciário, a igualdade será preservada desde que o juiz aplique as chamadas leis de proteção (a vulnerabilidade precede ao processo judicial, e antes mesmo dele, em abstrato, recebe um tratamento normativo visando à equiparação/proteção). Aliás, isto é o que explica e justifica a intervenção do Ministério Público em alguns litígios,⁹² além das variadas medidas elencadas no CPC tendentes à equiparação.⁹³ Sobre ser conformato pelo processo, o procedimento é permeável ao direito material e à sua ideologia.

O problema surge quando o julgador presume situações de vulnerabilidade não previstas em lei, crendo ser de sua incumbência a prestação de auxílio ao sujeito que considera *débil* – imbuído do nobre, porém ludibrioso, propósito de fazer justiça –,⁹⁴ o que costuma ser feito pela determinação oficiosa de provas (incorrendo na chamada *ultra prueba*),⁹⁵

⁹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

⁹² Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

⁹³ Sobre o tema, ilustrando com diferentes exemplos, ver: DIDIER JR., Fredie. 1.1 Igualdade processual. In: **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 85.

⁹⁴ Ludibrioso, em virtude do problema epistemológico das teorias processuais centradas, ou que hipertrofiaram, o papel do magistrado no processo.

⁹⁵ A expressão é de Hugo Botto Oakley, servido para designar a atividade probatória que transcende a iniciativa das partes. Ver: El Proceso: ¿Método de Debate o Juego Colaborativo? Su relación con la Imparcialidad

conducente à cognição e consideração de circunstâncias fáticas não reveladas por não relevadas pelas partes e seus advogados ou, ainda, alterando as cargas probatórias à luz do art. 373, § 1º, CPC –⁹⁶ de “duvidosa” constitucionalidade, o artigo hospeda a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova.⁹⁷ Logo, pode-se chamar isso de tudo, menos de igualdade ou paridade, visto que a pretensa realização da igualdade não pode desvirtuar as demais garantias constitucionais, como é a exigência de terceiraidade (imparcialidade) – remissível ao juiz natural e ao devido processo –,⁹⁸ principalmente quando estudos de psicologia cognitiva já

revelaram as propensões cognitivas causadas por determinados comportamentos adotados pelo julgador, conducentes à prolação de decisões enviesadas.⁹⁹

Somente a partir de uma concepção de jurisdição alicerçada no *socialismo jurídico* – corrente engendrada por Antón Menger ao final do séc. XIX, cuja concepção de processo como “fenômeno social das massas” foi partilhada e difundida por Franz Klein¹⁰⁰ com a *Ordenanza* Processual Civil de 1895, em cuja base está a concepção ideológica do processo como um “mal social” –,¹⁰¹ ou adotando alguma doutrina que, tal como as concepções

Sicológica. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 3, mai. 2015.

⁹⁶ Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...]; § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. [...].

⁹⁷ Tivemos a oportunidade de nos debruçar sobre o assunto em outra oportunidade, mas nos furtamos de uma análise de sua constitucionalidade. PEREIRA, Mateus Costa; DUARTE, Ronnie Preus. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o Novo CPC. **Revista do Advogado**, v. 126, p. 182-191, 2015.

⁹⁸ MERIOI, Andrea. Iura novit curia y decisión imparcial (Ponencia presentada al XIX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Asunción del Paraguay, 16 y 17 de noviembre de 2006). **Revista Ius et Praxis**, año 13, n° 2 379. Disponível em: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/download/475/351>. Acesso em: 08 set.

2016.

⁹⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia (Tese de Doutorado)**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016, 187 p.

¹⁰⁰ Sobre as bases ideológicas do CPC austríaco, ver: CIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein: el proceso civil entre libertad y autoridad. **Academia de Derecho**. Disponível em: <http://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/Links/ordenanzaautriaca.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017. O mesmo autor sugere que Klein não pode ser considerado um simples seguidor de Menger, na medida em que o primeiro, ao encabeçar a proposta de aumento dos poderes do magistrado, não pensava apenas nos pobres, senão em todos. Para Cipriani, Klein nutria uma concepção publicista, anti-liberal e moralista.

¹⁰¹ Repercutindo, a título de ilustração, no CPC alemão, no CPC italiano de 1940, e em nossos códigos de 39 e 73, como bem anotado por Glauco Gumerato Ramos em dois importantes ensaios: Aspectos semânticos de

comunistas ou totalitárias, sustente a inerência da verdade ao exercício da jurisdição –¹⁰² figure-se o exemplo da Constituição da Tchecoslováquia, de 1960, cujo art. 107 impelia os tribunais a conhecerem o “estado real das coisas sobre as quais deliberam” –,¹⁰³ é possível acreditar que a atividade do juiz possa se mesclar com a da parte mais fraca (mais fraca na concepção do julgador, insista-se, por acreditar que ela não explorou toda as situações jurídicas possíveis), seja no intento de auxílio, seja tencionando desvelar o “estado real das coisas” para fazer justiça. Registrando

uma contradição pragmática: ativismo judicial *versus* ampla defesa. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem (**Justicia**, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, n. 21, p. 38-46, jun. 2012) & A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade? (**Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro**, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010. Direto ao Ponto. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?PdiCntd=67221>>. Acesso em: 23 set. 2016.). Para uma abordagem das linhas gerais do pensamento de Menger e Klein, ver: AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no processo civil: contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In: **Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014, p. 413-426. Sobre as bases ideológicas e, para alguns, fascistas, do Código de Processo Civil italiano de 1940: AROCA, Montero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 324-326.

¹⁰² Verdade objetiva, material etc. Nessa linha, ver: AROCA, Montero. Sobre el mito

que, quando o consumidor ou um trabalhador está em juízo, os espaços à concretização da isonomia/paridade já foram previamente delineados por lei.

Para quem – ainda – sustém essa simbiose dentre jurisdição e justiça, torna-se defensável a tese de atribuição de poderes de iniciativa probatória ao juiz, o qual irromperá em circunstâncias de fato não alegadas pelas partes, bem como à alteração das cargas probatórias, sempre que medidas tais sejam “necessárias” para desnudar o – pretensamente objetivo e inalterável – “estado real das coisas”.¹⁰⁴ Então,

autoritario de la “buena fe procesal”. In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 314.

¹⁰³ É o que informa Juan Montero Aroca, reproduzindo o texto desse artigo, que ora vertemos ao português. De sua obra: “Los tribunales realizarán el proceso de modo tal que se conozca el estado real de las cosas sobre las cuales deliberan.” **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 38.

¹⁰⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade. **Revista Consultor Jurídico**, 20 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/direito-avancar-sempre-meio-relacao-entre-prova-verdade>. Acesso em: 21 dez. 2016; VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La prueba judicial**: notas críticas sobre la confirmación procesal. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2015. Em sentido contrário, defendendo que a iniciativa probatória não guarda relação com a imparcialidade, Jordi Nieva Fenol afirma o seguinte: “Tradicionalmente, se ha inculcado en los jueces, normalmente de forma tácita, que el silencio y la pasividad en las vistas acrecentaba sua imagen de imparcialidad. No se ha dicho normalmente con estas palabras, pero esta idea existe en el

sabemos que essa é a crença ou tese partilhada por arautos de fins/escopos alheios à jurisdição, e que agora aduzem a *cooperação* como pressuposto a uma decisão justa.¹⁰⁵ Dito isso, é o momento

de consignar uma importante advertência.

No horizonte de compreensão *garantista*, verdade e justiça não são indiferentes ao processo, o que se

imaginario colectivo judicial.” FENOL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2010, p. 193. O mesmo autor conclui, adiante, que seria ilegítimo o magistrado aplicar as regras atinentes aos ônus probatórios se, por um lapso de todos os sujeitos processuais, algum ponto restou sem esclarecimento. Daí porque o juiz não deveria se quedar inerte diante da produção da prova, senão de formular perguntas às partes e testemunhas, por exemplo, quando de sua produção, sempre que lhe subsistisse alguma dúvida após a atuação dos sujeitos parciais (p. 196). De nossa parte, observamos que, no ponto em análise, sobre não embasar suas afirmações em pesquisas e/ou doutrina, o autor invoca a boa-fé para justificar o que seria um lapso legítimo das partes em suas iniciativas probatórias, o que nos soa como uma argumentação puramente retórica.

¹⁰⁵ Em tom de censura à cooperação, ao qual aderimos, ver o irretocável ensaio de Lúcio Delfino: *Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina*. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016. No tocante à sua origem, segue o magistério de Juan Montero Aroca: “Uma das diretrizes constantes na doutrina comunista sobre o processo civil é a ideia relativa a que o respectivo processo não se apresenta como uma sorte de contenda entre partes, não é uma “luta” entre elas, de modo que a busca da verdade material se resolve em um princípio que se pode denominar de colaboração entre todos os que intervêm no processo, e assim se fala de uma “colaboração de confiança entre o juiz e as partes”. Desse modo se destacam: (i) o dever do juiz de assessorar as partes sobre os direitos e obrigações que lhes correspondem, o que supõe também a necessidade de estimular a atividade processual das partes e, a rigor, de todos os demais sujeitos que intervêm no processo, chegando-se a falar de uma sorte de funções assistenciais encomendadas ao juiz para que possa operar mesmo quando as partes comparecem assistidas por seus advogados; e (ii) correlativamente o dever das partes não é aportar os fatos ao processo informando-os ao juiz, mas

sim fazê-lo de modo a não esconder fato algum, fazendo-o sempre de maneira veraz, de modo que há de chegar ao processo tudo aquilo sobre o que as partes têm conhecimento. Trata-se de um dever de veracidade e integridade, de muito maior alcance que o dever de lealdade e probidade.

“Taruffo tem sustentado que esta concepção deve se referir a um contexto ideológico e filosófico absolutamente peculiar, já que determinou a ortodoxia da cultura processualista dos países socialistas e hoje não merece nada mais do que ser mencionada por razões apenas de exigências historiográficas. Contudo, não se deveria esquecer que alguns de seus mais relevantes aspectos (por exemplo, a prova de ofício, ou os deveres de boa-fé e veracidade) continuam dando suporte às construções teóricas que pedem suas inclusões em diplomas legais concretos, sem que tais construções esclareçam quais são as bases ideológicas de umas (=teorias) e de outros (= diplomas legais concretos). Parece-nos muito razoável exigir, ao menos, que se ponham às claras quais são as bases dogmáticas ideológicas daqueles que sustentam aquelas construções e daqueles que insistem que as incluam nos códigos, de *lege lata* ou de *lege ferenda*. Não é legítimo, portanto, seguir sustentando que tudo isso não passa de meras questões técnicas.” Prova e verdade no processo civil: contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In: **Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014, p. 421. Em outra obra, Montero Aroca destaca, não apenas a pretensa moralização do processo por meio da cooperação, mas também sua concorrência à obtenção da verdade objetiva. AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 315-316.

consigna não apenas para coibir críticas inoportunas, mas para desfazer um aparente paradoxo:¹⁰⁶ se a lei impõe que os arrazoados das partes sejam expostos com clareza e coerência, além de respaldados em meios de prova e/ou presunções;¹⁰⁷ e a CF estabelece a obrigatoriedade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (art. 93, IX, CF), sindicáveis por meio de recursos, significa que a justiça poderá emergir no processo, malgrado nunca se possa afirmar, com grau de certeza ou

segurança oracular, que ela fora materializada.¹⁰⁸ Há, portanto, um abismo ideológico por parte de quem professa a justiça/verdade como um fim perseguido pela jurisdição, invocando o aumento dos poderes do magistrado à realização desse desiderato – tal como ocorreu em diferentes códigos autoritários ao longo da história –,¹⁰⁹ e por quem não entende o processo como um instrumento que se predestina aos fins estatais, senão aos dos cidadãos (direitos subjetivos, liberdade).¹¹⁰ Forte

¹⁰⁶ AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2011, p. 43 e ss.; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade. **Revista Consultor Jurídico**, 20 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/direito-avancar-sempre-meio-relacao-entre-prova-verdade>. Acesso em: 21 dez. 2016.

¹⁰⁷ “Dito isso, imediatamente deve-se afirmar – para evitar equívocos – que no processo e na prova necessariamente deve existir a intenção de se verificar, da maneira mais próxima possível da realidade, as afirmações fáticas feitas pelas partes, uma vez que a constatação dos limites impostos ao homem, bem como os princípios processuais que se lhe aplicam, simplesmente não pode levar a que se renuncie que a sentença se baseie num repertório de fatos provados que corresponda o mais adequadamente possível àquilo que realmente aconteceu.” AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no processo civil: contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In: **Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014, p. 413-426; AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2011, p. 46; AROCA, Juan Montero. **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)**. Valencia: Tirant lo

Blanch, 2014, p. 51.

¹⁰⁸ Quiçá esteja correta a seguinte observação de Lorca Navarrete: “Para que se me entienda mejor: la garantía procesal a un 'proceso justo' no es garantía de la 'justicia' de la sentencia ['fallo']. Sólo es garantía de que se han respetado las garantías procesales. Y, por ello, que ha existido un 'proceso justo'. Pero, nada más.

“Me mostraría pretencioso y, como no, extremadamente pedante si trasladara, a quien lea estas ideas de cosecha propia, la creencia de que cuando un Tribunal 'falla', con ocasión de la sentencia que pronuncia, hace 'justicia'. Muy al contrario. La manoseada 'justicia' de los Tribunales se compendia siempre en un 'fallo'. La 'justicia' siempre 'falla'.” ¿“Justicia” “Verdade judicial” o proceso justo? **Ius 360**°. Disponível em:

<http://www.ius360.com/publico/procesal/justicia-verdad-judicial-o-proceso-justo/>. Acesso em: 20 dez. 2016.

¹⁰⁹ Recaindo em um autoritarismo denunciado por muitos autores, com destaque para Franco Cipriani, o qual travou famosa polêmica com Taruffo sobre o assunto. Nesse contexto, ver: CIPRIANI, Franco. El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales). **Revista Ius et Praxis**, año 13, nº 2, 2007.

¹¹⁰ “Se permite además Taruffo hacer afirmaciones, aparte de carentes de demostración, radicalmente contrarias a los sistemas jurídicos occidentales; por exemplo: «Es notorio y está historicamente confirmado que el modo menos eficiente para descubrir la

nessas razões, acreditamos ser imprescindível uma mudança paradigmática para que o processo seja enxergado como instituição de garantia – garantia substantiva (autônoma), cujo fundamento repousa no texto constitucional –,¹¹¹ o que está em seu DNA,¹¹² razão bastante para não ser tolerável, quiçá possível, *actuar de espaldas al garantismo*.¹¹³

Concepções ideológicas de justiça são atraentes aos iniciantes,¹¹⁴ mas não aos iniciados. Em tempo, os ativistas brasileiros não se deram conta que a motivação das sentenças entendida como o direito a obter respostas,¹¹⁵

somente será respeitada quando o juiz, efetivamente, tomar os argumentos fático-jurídicos das partes em consideração; quando não sendo o caso de aceitar as razões de uma parte, tenha o cuidado de rechaçá-las detidamente em seu pronunciamento, em atenção à dialeticidade ínsita ao ambiente processual e, sobretudo, à intersubjetividade do conhecimento. Todavia, continuando a encarar os juízes como oráculos da verdade/justiça, hipertrofiando a sua atividade (cooperação, poderes instrutórios, livre convencimento do julgador etc.)¹¹⁶ na contramão das garantias constitucionais

verdad de los hechos en el proceso es el de confiarse exclusivamente en las iniciativas probatorias de las partes»; si esta afirmación fuera cierta es obvio que todos los Ordenamientos jurídicos del mundo occidental deberían reformarse de raíz, especialmente en lo relativo al proceso penal, pues en éste deberían atribuirse completos, aunque no exclusivos, poderes probatorios al jurado y al magistrado que lo preside, o, en su caso, sólo al juez del juicio penal. El sistema occidental de justicia se ha basado, por el contrario, en algo elemental: «Las partes son los mejores jueces de su propia defensa». AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2011, p. 47.

¹¹¹ Sobre o assunto, ver: NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. **Tratado de derecho procesal civil, parte general**: el nuevo proceso civil. Madrid: Dykinson, 2000, p. 12-35; COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processualista-procedimentalista, tal como o conhecemos hoje, deixará de existir. **Revista Consultor Jurídico**, 29 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/eduardo-fonseca-costa-renovacao-ciencia-processual>. Acesso em: 29 dez. 2016.

¹¹² COSTA, Eduardo J. da Fonseca. Processo como instituição de garantia. **Revista Consultor Jurídico**, 16 nov. 2016. Disponível

em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹¹³ NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. **Tratado de derecho procesal civil, parte general**: el nuevo proceso civil. Madrid: Dykinson, 2000, p. 30.

¹¹⁴ Ideologia, no ponto, em sentido estrito (compromissa com o poder ou sua luta), e não em sentido lato, da qual nenhuma manifestação cultural está indene. No ponto, seguimos a lição de Nelson Saldanha. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 81.

¹¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 152.

¹¹⁶ No Brasil há um interessante debate acerca do livre convencimento motivado, isto é, se o legislador teria expurgado a ideia de livre convencimento de nosso sistema, haja vista a (re)valorização do contraditório. Sobre o fim do livre convencimento motivado, ver: STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do CPC. In: **Coleção Novo CPC, doutrina selecionada**: provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3, p. 369-376; BRUM, Guilherme Valle. Réquiem para o livre convencimento motivado. **Empório do Direito**.

– hipertrofiando, igualmente, seu papel/responsabilidade social –, não teremos uma adequada (constitucional) motivação das decisões, pois as janelas continuarão abertas ao “decisionismo”.¹¹⁷ Aliás, o próprio contraditório, outra importantíssima garantia à contenção do poder, continuará a ser alvo de sistemáticos ataques, consoante já se tem notícia.¹¹⁸

Algumas considerações sobre a mixagem ideológica presente no texto do CPC/15: premissas filosófico-epistemológicas

A mixagem ideológica dantes

mencionada resulta da combinação de características de um sistema dispositivo/garantista às características de um sistema inquisitivo, donde teríamos um suposto sistema ideal, misto. Esta suposta síntese foi censurada por muitos autores estrangeiros,¹¹⁹ cujas ideias, infelizmente, não repercutiram por estas terras. Assim, sob um viés inquisitivo, suficiente pensar na cooperação (art. 6º), na determinação do comparecimento das partes para interrogatório (art. 139, VIII), na iniciativa probatória de ofício (art. 370), na dinamização dos encargos probatórios (art. 373), no julgamento com base em regras de experiência (art. 375), assim

Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado-por-guilherme-valle-brum/>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹¹⁷ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El garantismo procesal**. Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999. Disponível em: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>. Acesso em: 20 jan. 2016; TORRES, Amanda Lobão. Até quando vamos permanecer na defesa de um modelo decisionista? **Revista Consultor Jurídico**, 24 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/amanda-torres-quando-vamos-defender-modelo-decisionista>. Acesso em: 20 dez. 2016; Ainda sobre a temática da verdade no processo e alguns de seus efeitos colaterais, relacionando com a fundamentação, indispensável a leitura do seguinte ensaio: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões. **Revista de Processo REPRO**, São Paulo, vol. 250, dez. 2015, p. 91-117.

¹¹⁸ Referimo-nos aos Enunciados 01 e 03

da Enfam, os quais se fundam em uma crença solipsista que, se não é embasada pelas correntes ativistas em vigor, decerto que delas também retira algum substrato. Sobre a temática, ver: GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA, Mateus Costa; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra. Fundamentação adequada: da impossibilidade de projetar a sombra de nossos óculos sobre paisagens antigas e de acorrentar novas paisagens em sombras passadas. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 175-201, jul./set. 2016.

¹¹⁹ CROSKY, Sebastián Irún. Derecho procesal e ideología: Hegel y el origen de la escuela “moderna” de derecho procesal (o del “activismo judicial”). In: **Proceso Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014, p. 398; MEROI, Andrea. Algunas perspectivas del proceso civil y garantismo. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 5, dez. 2015.

como o código atribuiu um indevido protagonismo ao magistrado na condução de determinados meios de prova (art. 456 c/c 459, § 1º e art. 464, § 3º), para ficarmos com poucas, mas eloquentes ilustrações. Lado outro, o mesmo código enalteceu as garantias processuais e a liberdade dos litigantes, sublinhando o contraditório (art. 9º, 10), enunciando uma cláusula à elaboração de negócios processuais atípicos (art. 190), eliminando o livre convencimento motivado (art. 369), quebrando o sistema presidencial de oitiva das testemunhas (art. 459) e estruturando o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, § 1º).¹²⁰ Lamentavelmente, a presença dessas características no texto codificado, nitidamente antagônicas –¹²¹ a que se soma a dificuldade dos

operadores do direito (em geral) de se desvencilhar do discurso processual hegemônico e proceder a uma leitura constitucional do processo, para que o modelo semântico previsto na CF deixe de ser apequenado pelo modelo pragmático, na lição de Glauco Gumerato Ramos –,¹²² prestar-se-á como um substrato retórico a toda sorte de voluntarismos, ao sabor da ideologia de plantão.¹²³

Adicionalmente, para além do ambiente judicial não ser orientado epistemologicamente, sendo difícil crer que um cenário conflitivo seja o mais apropriado à “descoberta” da verdade, tampouco nos cursos de formação de magistrados consta uma sólida formação probatória de cunho epistemológico; não bastasse isso, ainda que a formação

¹²⁰ Na síntese de Croskey: “Asistimos, pues, a un combate ideológico entre dos visiones antagónicas del Poder y del Derecho: el garantismo, que concibe al Derecho como límite ante el Poder del Estado y como Garantía de la Libertad; y la escuela “moderna” o del “activismo judicial”, que circunscribe al Derecho como una herramienta del Poder del Estado. De estas dos perspectivas de Estado, Derecho, Poder y Libertad se desprenden, lógicamente, dos nociones radicalmente opuestas de Proceso. Una garantista, liberal y humanista; y otra tendencialmente publicista, inquisitiva y estatista.” CROSKEY, Sebastián Irún. Derecho procesal e ideología: Hegel y el origen de la escuela “moderna” de derecho procesal (o del “activismo judicial”). In: **Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014, p. 393.

¹²¹ Não se trata de alimentar um ideal de pureza, consoante analisaremos em outro ensaio.

¹²² Aspectos semânticos de uma contradição pragmática: ativismo judicial *versus* ampla defesa. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem. **Justicia**, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, n. 21, p. 38-46, jun. 2012.

¹²³ Ainda sobre o tema, ver a crítica de Glauco Gumerato Ramos: Expectativas em torno do Novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 213225, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232552>>. Acesso em: 28 jun. 2016. Decerto que a questão não está encerrada, pois é preciso saber se, e até que ponto, mudam as regras do jogo em se tratando de direitos indisponíveis.

existisse, as garantias constitucionais se desdobram em diferentes regras condicionantes não apenas do que será objeto da cognição judicial (v.g., demanda, congruência),¹²⁴ como fixam limites à perquirição (a exemplo das presunções legais de veracidade em caso de revelia ou na recusa de exibição de documento), além de outras disposições que, por suposto, teriam função *contraepistêmica* (v.g., recusa fundada da testemunha ou da parte em responder a determinadas perguntas ou de exibir algum documento; proibição da prova obtida por meios ilícitos),¹²⁵ mas que, verdadeiramente, são denotativas da índole não epistêmica (e neste sentido, não *instrumentalista*) do próprio processo, como bem sustentado por Eduardo Costa.¹²⁶

Mas o embate não é apenas ideológico (em sentido estrito), pois a

corrente ativista também esbarra em problemas epistemológicos e filosóficos que nos parecem intransponíveis. Nesse sentido, Edgar Morin ensina que o cérebro é um órgão encerrado numa caixa-preta: a mensagem que lhe chega pelos sentidos nunca é direta, sendo codificada, traduzida; o “cérebro interpreta estas mensagens traduzidas para reconstruir, à sua maneira, a imagem do original”.¹²⁷ Logo, uma condição que não pode ser “evitada” por quaisquer dos sujeitos processuais (parciais ou imparciais), bem como por qualquer outro sujeito que, de algum modo, participe do processo (ex. auxiliares, testemunhas, etc.). Conforme os estudos desenvolvidos pelo filósofo francês, o ato de conhecimento é, a um só tempo, biológico, cerebral, espiritual, lógico, linguístico, cultural, social e histórico, não podendo ser dissociado da

¹²⁴ Como diria Cipriani ao refutar a ideia de que o processo seja um «assunto das partes», tal como difundida por alguns publicistas na tentativa de diminuir o garantismo: “De todas formas, desde el momento en que el proceso civil nace por voluntad de una partes y puede siempre ser abandonado por las partes, no es seguramente absurdo considerarlo una asunto que interesa esencialmente a las partes y regularse conforme a ello.” En el centenario del reglamento de Klein: el proceso civil entre libertad y autoridad. Academia de Derecho. Disponível em: <http://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/Links/ordenanzaautriaca.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹²⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 161 e ss.

¹²⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca.

Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade. Consultor Jurídico – Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/direito-avancar-sempre-meio-relacao-entre-prova-verdade>. Acesso em: 21 dez. 2016. Do mesmo autor, indispensável a leitura do seguinte trabalho, no qual a temática probatória é refletida amiúde: COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, Ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015.

¹²⁷ MORIN, Edgar. Problemas de uma epistemologia complexa. In: **O problema epistemológico da complexidade**. Portugal: Publicações Europa América, 2002, p. 25.

vida humana e da relação social.¹²⁸ Assim, não bastasse o “filtro” constitucional do processo como *garantia*, a eventual associação do processo à investigação da verdade esbarra num segundo óbice, desta feita, que não de cunho político-normativo: a partir da *epistemologia da complexidade*, desenvolvida por Morin em rechaço ao *paradigma da simplificação*,¹²⁹ também é possível revolver o lugar-comum de fala das correntes ativistas, colocando algumas de suas premissas em xeque.

O - mau - exemplo da distribuição dinâmica das cargas probatórias

À margem de autorização legislativa de nossa ordem jurídica, calcados na necessidade de esclarecimento dos fatos e num suposto

tratamento isonômico às partes (para evitar a *probatio diabolica*), há alguns anos surgiram julgados, incorporando a doutrina das cargas probatórias dinâmicas para modificar os ônus probatórios fora de relações contenciosas de consumo; além dos argumentos anteriores, não era incomum a menção aos poderes instrutórios do magistrado para embasar a mudança dos encargos.¹³⁰ É importante frisar o que foi dito: malgrado não estivesse institucionalizada em nossa ordem jurídica, vários arestos passaram a encampar a dinamização dos ônus probatórios nos moldes professados por Jorge W. Peyrano. Mas essa doutrina, muito difundida por Peyrano, não é uma unanimidade na doutrina argentina, onde já recebeu acerbas críticas,¹³¹ sendo censurada em outros países,¹³² assim como não restou imune de ataques em

¹²⁸ MORIN, Edgar. **O método**, v. 3: o conhecimento do conhecimento. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 26.

¹²⁹ cf. MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 11 e ss.

¹³⁰ Sobre o tema, com amplas referências: PEREIRA, Mateus Costa; DUARTE, Ronnie Preus. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o Novo CPC. **Revista do Advogado**, v. 126, p. 182-191, 2015.

¹³¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. Proceso y República. Crítica a las tendencias actuales del Derecho Procesal. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 1, ago. 2014; CALVINHO, Gustavo. Cargas probatorias dinâmicas: exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso. In: **Proceso Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**.

Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014, p. 46-55.

¹³² É o caso de Taruffo, na Itália (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o Juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012); de Francisco Pinochet Cantwell, no Chile (Como se derrotó en Chile a las cargas probatorias dinámicas. Su diferencia con el principio de facilidad de la prueba. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 4, set. 2015); de Alejandro Abal Oliú, no Uruguai (Iniciativa probatoria de oficio. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 4, 2015); dos argentinos citados na nota anterior. Entre tantos outros que, se não em

nosso país.¹³³ Não que a unanimidade em torno a uma doutrina seja determinante ou indispensável à sua institucionalização; de toda sorte, é inegável que o cenário legislativo restaria enriquecido se tivéssemos aguardado o, por assim dizer, “tempo de colheita”, um escrutínio doutrinário da teoria.¹³⁴

Há mais de vinte e cinco anos temos um código à proteção e defesa dos consumidores que autoriza o magistrado a inverter as cargas probatórias perante as relações de consumo, desde que demonstrada a hipossuficiência técnica ou econômica pelo consumidor ou a verossimilhança da alegação (*id quod plerumque accidit*; art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor). Aplicado com muito cuidado, podemos dizer que esse dispositivo, restrito às relações de consumo (justificável pela proteção do vulnerável, e previsto em lei),¹³⁵ era um meio de garantir a paridade de armas.¹³⁶ Assim como as demais leis de proteção estabelecem

presunções relativas de veracidade em prol dos vulneráveis, que também repercutem no sistema de autorresponsabilidade probatória. Todavia, diante de uma relação de consumo, muito antes de entrar em juízo, o fornecedor já está consciente da possível alteração do ônus de provar, o que lhe outorga previsibilidade e vela por seu direito de defesa, não olvidando a necessidade de iniciativa (requerimento) do consumidor e o filtro constituído pelos requisitos (alternativos) indicados em lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o direito brasileiro, a atuação do juiz à igualdade/paridade de armas, sem violação ao devido processo legal, assim nos parece, somente poderia ser assegurada quando o legislador já tivesse previsto a exata situação em que o juiz deveria atuar para tanto.¹³⁷ Seguramente, não como uma forma de justiça social, senão de um reforço à

ensaios específicos, de passagem em algum trabalho, também censuram a doutrina da distribuição dinâmica.

¹³³ Por todos, ver o já citado ensaio de Eduardo José da Fonseca Costa: “Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias, **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, Ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015.

¹³⁴ Quicá destacando alguns dos principais pontos do projeto do código e conclamando juristas de diferentes matizes ideológicas para

discutir.

¹³⁵ Não ignoramos a divergência quanto ao seu âmbito de aplicação. Marinoni, por exemplo, antes mesmo do novo CPC, entendia que a inversão do ônus da prova não estava restrita às relações de consumo.

¹³⁶ Diálogo mantido com o autor via Telegram.

¹³⁷ Diálogo mantido com o autor via Telegram.

paridade de armas no processo, sem estabelecer preferências ou privilégios a um dos contendores em detrimento do outro, como é da exigência da igualdade.¹³⁸ Fora dessas situações, excepcionais, cremos que a paridade de armas seja “melhor” compreendida como a igualdade de oportunidades e de audiência.¹³⁹ É necessário insistir que a garantia de igualdade não pode comprometer os demais direitos constitucionais, tampouco a função do juiz, no caso concreto, como o último *garante* desses direitos.¹⁴⁰ Em outras palavras, limitando a atuação do julgador, as garantias também protegem as partes contra os poderes do Estado-juiz.¹⁴¹

Por tudo isso, a proteção de sujeitos vulneráveis e sua repercussão no processo judicial (paridade de armas) é uma tarefa que toca ao legislador mais que ao julgador. Longe de sugerir uma

novel visão da paridade, buscamos demonstrar que a sua compreensão não é afetada pelo ideal cooperativo, já que a adequada reflexão do tema desemboca no texto do código; nele, por assim dizer, não encontra seu ponto de partida. Mesmo porque, sob o arrojado título de normas fundamentais, alguns desses artigos matriciais reproduzem normas constitucionais que albergam garantias individuais fundamentais, como é o caso do acesso à justiça (art. 3º, CPC ressoa o art. 5º, XXXV, CF), a razoável duração do processo (art. 4º, CPC replica o art. 5º, LXXVIII, CF), a isonomia (art. 7º, CPC contém o mesmo preceito do art. 5º, *caput*, CF, contextualizado ao processo) e o contraditório (os arts. 7º, parte final, 9º e 10º, CPC, reluzem o art. 5º, LV, CF). O mesmo não sucede com a cooperação, carecendo do substrato garantístico constitucional de liberdade.¹⁴² É sob a perspectiva constitucional, como sói,

¹³⁸ CALVINHO, Gustavo. Las características democráticas del proceso dispositivo-acusatorio. **Gustavo Calvino-Blog Académico de Derecho Procesal**. Disponível em: <http://gustavocalvinho.blogspot.com.es/2012/11/las-caracteristicas-democraticas-del.html>. Acesso em: 20 ago. 2016.

¹³⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In: **Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014, p. 18-30.

¹⁴⁰ AROCA, Juan Montero. El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**,

v. 32, n. 32, 2006. Disponível em: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revista-s-icdp/article/view/26>. Acesso em: 10 jun. 2016.

¹⁴¹ COSTA, Eduardo J. da Fonseca. Processo como instituição de garantia. **Revista Consultor Jurídico**, 16 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁴² Em sentido contrário, Fredie Didier Jr. sustenta que a cooperação seria extraída do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. Assim, do autor, ver: 1. Princípio da cooperação. In: **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77.

que se funda a compreensão do tema analisado e de toda a conformação da atividade do julgador,¹⁴³ sendo o manancial teórico da corrente que se convencionou chamar de *garantista*.¹⁴⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, versão digital, dez. 2008.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, v. 32, n. 32, 2006. Disponível em: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/26>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

_____. **La prueba en el proceso civil**. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2011.

_____. Prova e verdade no processo civil: contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. Trad. Glauco

Gumerato Ramos. In: **Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014.

_____. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BRUM, Guilherme Valle. Réquiem para o livre convencimento motivado. **Empório do Direito**. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado-por-guilherme-valle-brum/>. Acesso em: 02 set. 2016.

CALVINHO, Gustavo. Cargas probatorias dinâmicas: exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso. In: **Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014.

CALVINHO, Gustavo. Las características democráticas del proceso dispositivo-acusatorio. **Gustavo Calvino-Blog Académico de Derecho Procesal**. Disponível em: <http://gustavocalvinho.blogspot.com.es/2012/11/las-caracteristicas-democraticas-del.html>. Acesso em: 20

¹⁴³ A temática, assim, nos parece, vai além da reflexão quanto aos poderes de iniciativa probatória, seu uso e consequências, malgrado este seja um ponto bastante delicado do tema. Sobre o assunto, ver: OLIÚ, Alejandro Abal. Iniciativa probatoria de ofício. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 4, 2015.

¹⁴⁴ Conforme leciona Adolfo Alvarado Velloso, em lição inteiramente aplicável entre

nós, o garantismo processual postula o irrestrito acatamento da Constituição e daquela que é a sua máxima garantia: o processo. **El garantismo procesal**. Conferencia pronunciada en el *I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista*, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999. Disponível em: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>. Acesso em: 20 jan. 2016.

ago. 2016.

CANTWELL, Francisco Pinochet. Como se derrotó en Chile a las cargas probatorias dinámicas. Su diferencia con el principio de facilidad de la prueba. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 4, set. 2015.

CIPRIANI, Franco. El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales). **Revista Ius et Praxis**, año 13, n° 2, 2007.

_____. En el centenario del reglamento de Klein: el proceso civil entre libertad y autoridad. **Academia de Derecho**. Disponível em: <http://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/Links/ordenanzaautriaca.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias, **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, Ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015.

_____. Comenda Prof. Edson Prata – Congresso de Direito Processual de Uberaba, 10 edição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 97, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247007>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade. **Revista Consultor Jurídico**, 20 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/direito-avancar-sempre-meio-relacao-entre-prova-verdade>. Acesso em: 21 dez. 2016.

_____. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de modelo**

interseccional entre direito processual, economia e psicologia (Tese de Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016, 187 p.

_____. O processualista-procedimentalista, tal como o conhecemos hoje, deixará de existir. **Revista Consultor Jurídico**, 29 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/eduardo-fonseca-costa-renovacao-ciencia-processual>. Acesso em: 29 dez. 2016.

_____. Processo como instituição de garantia. **Revista Consultor Jurídico**, 16 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CROSKEY, Sebastián Irún. Derecho procesal e ideología: Hegel y el origen de la escuela “moderna” de derecho procesal (o del “activismo judicial”). In: **Proceso Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. “A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC-Minas Serro)**, Belo Horizonte, n. 1, 2010.

DIDIER JR., Fredie. 1.3 Dever de o juiz

zelar pelo efetivo contraditório, princípio da cooperação e dever de auxílio. In: **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FENOL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA, Mateus Costa; ALVES, Pedro Spindola Bezerra. Fundamentação adequada: da impossibilidade de projetar a sombra de nossos óculos sobre paisagens antigas e de acorrentar novas paisagens em sombras passadas. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 175-201, jul./set. 2016.

IRANZO, Virginia Pardo. La imparcialidad y los poderes del Juez según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 5, dez. 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MEROI, Andrea. Algunas perspectivas del proceso civil y garantismo. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 5, dez. 2015.

_____. **El principio de imparcialidad del juez (las opiniones precursoras de Wener Goldschmidt y los desarrollos actuales del tema)**. Texto gentilmente cedido pela autora.

_____. Iura novit curia y decisión imparcial (Ponencia presentada al XIX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Asunción del Paraguay, 16 y 17 de noviembre de 2006). **Revista Ius et Praxis**, año 13, n° 2 379. Disponível

em:
<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/download/475/351>. Acesso em: 08 set. 2016.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

_____. **O método, v. 3: o conhecimento do conhecimento**. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005,

_____. Problemas de uma epistemologia complexa. In: **O problema epistemológico da complexidade**. Portugal: Publicações Europa América, 2002.

NAVARRETE, Antonio María Lorca. **Tratado de derecho procesal civil, parte general: el nuevo proceso civil**. Madrid: Dykinson, 2000.

OAKLEY, Hugo Botto. El Proceso: ¿Método de Debate o Juego Colaborativo? Su relación con la Imparcialidad Sicológica. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 3, mai. 2015.

OLIÚ, Alejandro Abal. Iniciativa probatoria de oficio. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 4, 2015.

PEREIRA, Mateus Costa; DUARTE, Ronnie Preus. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o Novo CPC. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 126, p. 182-191, 2015.

PICÓ I JUNOY, Joan. El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. **Cuestiones Jurídicas**, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, v. VI, n° 1, jan.-jun. 2012.

RAMOS, Glaucio Gumerato. Aspectos

semânticos de uma contradição pragmática: ativismo judicial *versus* ampla defesa. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem. **Justicia**, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, n. 21, p. 38-46, jun. 2012.

_____. A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade? **Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro**, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010. Direto ao Ponto. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?PdiCntd=67221>>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Expectativas em torno do Novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 213225, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232552>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões. **Revista de Processo REPRO**, São Paulo, vol. 250, dez. 2015, p. 91-117.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do CPC. In: **Coleção Novo CPC, doutrina selecionada**: provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, v.

3.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o Juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TORRES, Amanda Lobão. Até quando vamos permanecer na defesa de um modelo decisionista? **Revista Consultor Jurídico**, 24 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/amanda-torres-quando-vamos-defender-modelo-decisionista>. Acesso em: 20 dez. 2016.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El garantismo procesal**. Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999. Disponível em: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **La prueba judicial**: notas críticas sobre la confirmación procesal. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2015.

_____. O garantismo processual. Trad. Glaucio Gumerato Ramos. In: **Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana**. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (coords.). Florianópolis: Conceito, 2014.

_____. Proceso y República. Crítica a las tendencias actuales del Derecho Procesal. **Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, n. 1, ago. 2014.

**DA TEORIA «GERAL» À TEORIA
«UNITÁRIA» DO PROCESSO: UM
DIÁLOGO COM EDUARDO
COSTA, IGOR RAATZ E
NATASCHA ANCHIETA; EM
RESPOSTA A FREDIE DIDIER
JR¹⁴⁵**

Mateus Costa Pereira¹⁴⁶

A ciência é um movimento/combate rumo à verdade que se realiza por meio da vigilância constante quanto ao risco de erro ou *verificação*. Disso resulta esta verdade: não podemos ter prova absoluta da verdade, mas devemos procurar encontrar e provar o erro. Podemos, então, conhecer «verdades» sobre o erro. Podemos também reconhecer as «verdadeiras» mentiras. *Isso quer dizer que a problemática da verdade é ineliminável, mas se transforma radicalmente.*¹⁴⁷

Proêmio

¹⁴⁵ Texto revisado da versão originalmente publicada na Revista Brasileira de Direito Processual nº 105.

¹⁴⁶ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor de Processo Civil e Coordenador do Núcleo de Inclusão e Acessibilidade da Unicap. Diretor de Assuntos Institucionais da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro).

Esta é uma breve narrativa da vida de alguém que encantou por sua invulgar capacidade de pensar em abstrato, nutrindo desapeço pela funcionalidade do pensamento; «ser» marcado por notável inquietação de ordem sistemática e, ademais, excessiva preocupação conceitual; que pregava a justeza no tratamento dos semelhantes, mas sempre teve (e nunca conseguiu esconder) um «filho» favorito. Não raro, sequiosa do poder. Em resumo, com virtudes e defeitos. Mais virtudes que defeitos, afirmariam alguns. Defeitos que excediam as virtudes, dizemos nós. Falecida. Porém, aqui e acolá, rondando como um zumbi. Seu nome: Teoria Geral do Processo (TGP). Parafraseando a citação de Morin (epígrafe): essa é a «verdadeira» história de alguns (de seus erros).

Antes, que o leitor me permita fazer uma recomendação: em outro trabalho foi demonstrada a importância do fenômeno processual/procedimental como um todo ser refletido, minimamente, nas duas dimensões ideológicas preconizadas por Nelson

Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (Annep) e do Conselho Editorial da RBDPro. Advogado. mateuspereira@abdpro.com.br

¹⁴⁷ MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Trad. Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 199.

Saldanha «*Processo e Ideologia (em sentido amplo e em sentido estrito): um novo horizonte à compreensão do direito processual*», sob pena de reducionismos ou simplificações (aliás, já detectadas); em ensaio ainda anterior, «*Da Teoria Geral do Direito à Teoria Geral do Processo: um ensaio sobre possíveis formas de pensar o fenômeno processual brasileiro e seus vínculos ideológicos*», foram desnudados os tentáculos da ciência moderna na TGP.¹⁴⁸ Muito bem. Posto que qualquer um dos ensaios referidos – tanto quanto o presente – possam ser lidos isoladamente, em tema de epistemologia processual, compõem tríade que não merece ser descurada.

A Teoria Geral do Processo e as falácias do tripé fundamental: escrutínio do tema nas dimensões da ideologia em sentido amplo e estrito

Com alguma insistência, alunos de graduação «aprendem» que ação, jurisdição e processo (con)formariam uma Teoria Geral do Processo (TGP); por isso a alusão ao tripé fundamental ou

trilogia estrutural; eventualmente, com o cuidado em inserir a defesa nesse rol (direito de exceção). Todos os demais assuntos da disciplina de caráter propedêutico ao direito «processual» gravitariam em torno desses institutos.¹⁴⁹ Pura falácia.

A imaturidade de boa parte dos graduandos em Direito (de cuja regra não fui exceção), potencializada pela ausência de trabalhos que desafinem (e desafiem) do coro doutrinário sobre o tema, dificulta a percepção do equívoco enraizado no tripé fundamental: em existindo uma TGP, porquanto depositária do racionalismo iluminista que conduziu à Teoria Geral do Direito (TGD), tendo na última sua inspiração – em última instância, no racionalismo e na busca de unidade sistemática –, outro seria seu assento. Foi o que aprofundi em obra específica, enunciando seus pilares no subtítulo formulado: *A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo*.¹⁵⁰

Em maior ou menor medida, a doutrina incorre na barafunda de

¹⁴⁸ Textos que foram publicados na Revista Brasileira de Direito Processual nº 103 e nº 93, respectivamente, os quais disponibilizei em: <https://unicap.academia.edu/MateusPereira>.

¹⁴⁹ Cf. a crítica desenvolvida em outra sede: COSTA, Eduardo J. da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos. **Revista Consultor Jurídico**, Coluna Opinião, 26 jul.

2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2IOky9R>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁵⁰ **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental:** racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

negligenciar os verdadeiros alicerces («pés») da TGP. As críticas de Ovídio A. Baptista da Silva ao paradigma da ciência moderna (racionalista) enunciam o caráter falacioso da trilogia estrutural, de cuja obra é possível extrair que a Teoria Geral do Processo atua como uma espécie de sentinela da «ordinariedade»,¹⁵¹ é dizer, do ideal cientificista projetado pelo Renascimento e que atingiu seu ápice com o Iluminismo («da fé no método ao método como fé»).¹⁵² Em resumo, o aluno de graduação enceta o estudo do direito processual/procedimental com lentes que, paradoxalmente, obscurecem em lugar de esclarecer/iluminar. Ei-la, a falácia. Ao menos em parte. Há outro aspecto a atentar, furtivo à própria doutrina ovidiana.

Sob outro prisma, tal como pontuado por Eduardo J. da Fonseca Costa, a construção teórica da TGP no Brasil, e sua transformação em disciplina obrigatória curricular, serviu (serve) ao «projeto catequista» da instrumentalidade,¹⁵³ ou seja, à disseminação da tese do processo como «instrumento político» da jurisdição, entre outros desdobramentos.¹⁵⁴ É o que se constata na obra de Cândido Rangel Dinamarco,¹⁵⁵ o qual situa a jurisdição no centro da TGP, visto considerar o «poder» como a seiva que nutre as ramificações processuais.¹⁵⁶ Para ele, o emprego do método indutivo teria descortinado a instrumentalidade como nota central do sistema processual; supostamente, tendência do direito processual contemporâneo.¹⁵⁷ E como o

¹⁵¹ Ordinarietàade entendida como os reflexos do pensamento jurídico moderno no processo civil. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de sua *opus magnum*: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁵² SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 25.

¹⁵³ COSTA, Eduardo J. da Fonseca. "Apresentação". PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental**: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

¹⁵⁴ Desnudando todos os problemas da instrumentalidade, indispensável a leitura dos seguintes trabalhos: PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal". In: **Ensaio e artigos**. Salvador: JusPodivm, v. I. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em**

crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 166, versão digital, dez. 2008. CARVALHO, Antonio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://bit.ly/2xgsG1M>>. Acesso em: 11 out. 2017.

¹⁵⁵ É como José Roberto dos Santos Bedaque se refere a Dinamarco. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27, nota 18.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 89.

processo é tratado por ferramenta da jurisdição em sua doutrina, no mínimo «interessante» meditar os frutos em âmbito criminal. Verdadeiramente, a assunção do modelo acusatório (CF/1988) rechaça o núcleo da instrumentalidade (redução do processo a instrumento político) e, por conseguinte, elimina o arrimo (sistemático) dessa concepção de TGP. É preciso fixar o ponto: a CF/1988 é incompatível com a redução do processo a simples utensílio jurisdicional, pois uma garantia constitucional (processo) não pode, em simultâneo, ser considerada adendo do poder (jurisdição).

Em rigor, a redução do processo à mera ferramenta da jurisdição esgarça a trilogia estrutural, descortinando sensível problema que alcança tanto o «processo» quanto a «ação». Quando o processo é «qualificado» (esvaziado) de instrumento a cargo do Estado-juiz, sua compreensão assume caráter mera ou

marcadamente formal, baralhando-se a procedimento ou mesmo permeável a autos;¹⁵⁸ nessa linha, a compreensão do processo em si tem pouca ou nenhuma relevância, restando à sombra do poder (jurisdição). No mesmo diapasão, ocorre a corruptela da ação (= ação processual; pretensão à tutela jurídica), pois tão logo acionada a jurisdição, longe de ser encarada como autêntico direito do cidadão, situações jurídicas ativas dela decorrentes¹⁵⁹ são “alquimicamente” transformadas em deveres (dever do jurisdicionado em colaborar com o juízo, em proceder com veracidade etc.); tudo em nome da viabilização da tutela do direito objetivo e salvaguarda do interesse público, tal como sucedeu no modelo de processo da União Soviética, como se também fossem o *desideratum* do procedimento judicial na ordem jurídica brasileira.¹⁶⁰⁻¹⁶¹ Isso explica a gradual diminuição do papel (importância) atribuído às partes no procedimento, arrefecendo-se a

¹⁵⁸ No particular, ver a crítica de Lúcio Delfino: Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2IRlv17>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

¹⁵⁹ Vale o mesmo raciocínio ao direito de defesa/exceção.

¹⁶⁰ Em crítica assimilada, ver: AROCA, Juan Montero. **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a**

los poderes del juez civil (dinero). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 52-53.

¹⁶¹ Na observação de Girolamo Monteleone, por coerência, em vista desse interesse público, a própria atividade jurisdicional não deveria ser inerte, mas ter início da simples notícia da parte. "El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil." In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 173-198.

repartição de funções (noção consubstancial ao processo e indispensável à limitação da atividade judicial); ao revés, em prol de uma «comunidade de trabalho». Nova falácia. Onde há «comunidade», não existe processo! Ei-los, instrumentalistas e (neo)instrumentalistas, atávicos ou atados.

O desvelar do conteúdo ideológico presente na TGP revela os enganos/falácias acima. Para tanto, socorre-nos a análise do tema nas dimensões da ideologia preconizadas por Nelson Saldanha (em sentido amplo e em sentido estrito).¹⁶² A crítica ovidiana iluminou os tentáculos do racionalismo iluminista, isto é, da ideologia em sentido amplo na ciência processual e, pois, na TGP – em Nelson Saldanha, entendida como o(s) reflexo(s) do paradigma científico sobre o conhecimento, presente em quase toda manifestação cultural. De seu turno, a censura de Eduardo Costa alumia o ranço ideológico em sentido estrito, seu DNA autoritário – compromisso com o poder ou com a sua luta, contextualizando à preleção de Saldanha.¹⁶³ Os fautores da

Teoria Geral do Processo transitam sob essas influências, fazendo metafísica e/ou teoria da jurisdição.

Decerto que nossa compreensão também é ideologicamente orientada. Sucede que não insistimos no paradigma da modernidade (paradigma da simplificação, na expressão de Edgar Morin), largamente denunciado por pressupor a dualidade ao conhecimento (como se fosse relação travada apenas entre sujeito-objeto); nessa linha, paradigma que mutila o sujeito ao situá-lo em “metaponto” observacional, isto é, fora da tradição e livre de pré-juízos e, não bastasse isso, fabrica um sujeito cognoscente estritamente racional (*homo sapiens sapiens*), manifesta impossibilidade teórica; outrossim, também o objeto é retirado da tradição para ser encarado como entidade abstrata, autônoma ou completamente independente do sujeito. Em resumo, um paradigma refratário à intersubjetividade, à virada linguística e ao giro hermenêutico.

Por outro lado, à luz da Constituição Federal (art. 5º, LIV) e do artigo 8 do Pacto de San José da Costa

¹⁶² SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia:** secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 81.

¹⁶³ A aplicação dessas perspectivas na processualística foi objeto do seguinte trabalho:

PEREIRA, Mateus Costa. Processo e Ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 103, p. 283-296, 2018.

Rica (Dec. nº 678/92), concebemos o processo como autêntica garantia fundamental do cidadão, limitadora do poder (garantia contrajurisdicional), não lhe atribuindo a condição servil de instrumento, seja «técnico» (processualismo científico), seja «político» (instrumentalidade ou fase teleológica) ou mesmo «ético» (cooperação/formalismo-valorativo) – a despeito das roupagens diversas, essas correntes persistem na visão apegada do processo, gestada no seio do processualismo científico, incompatível à ordem jurídica brasileira.¹⁶⁴

Também aqui, atavismo ou atamento.

Logo, não se trata de crer (ou fomentar a crença) em construções teóricas ideologicamente indiferentes («instituições técnicas»), de pretensa validade universal, tal como propugnava Alfredo Buzaid.¹⁶⁵ Todavia, no mínimo curiosa, a hipertrofia da jurisdição em uma «teoria geral do processo», sem que a noção de processo-garantia se estabeleça ou sequer exista.¹⁶⁶ A Teoria Geral do Processo foi engendrada no seio

da Escola Sistemática italiana, espécie de braço «aperfeiçoado» do processualismo científico germânico e, portanto, caudatária de ranços da época; em especial, a circunstância da doutrina (pretérita e atual) admitir que a orquestra do PROCESSO seja regida pela jurisdição.¹⁶⁷ Um paradoxo. Sem perder de vista a já mencionada confusão estabelecida entre processo e procedimento, deveras perniciosa à compreensão do primeiro como garantia. Permita-se algumas palavras adicionais sobre a ambiência de gestação e o caldo teórico da TGP.

A emergência científica do «direito processual» e o rescaldo teórico – nem sempre lembrado – da TGP

Com a publicação da obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868), Oskar Büllow demonstrou que a relação jurídica processual se configura(va) à vista de requisitos próprios (os «pressupostos processuais»), verdadeiro

¹⁶⁴ Alguns dos problemas ou consequências do instrumentalismo são tratados por Júlio Rossi em ensaio inédito, por ele gentilmente cedido: **Qual é o papel da doutrina brasileira?**

¹⁶⁵ Sustentando que o processo civil seria uma "instituição técnica": BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 34.

¹⁶⁶ Também nesse sentido: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 74.

¹⁶⁷ Uma teoria que carrega o autoritarismo em seu DNA, em recente censura doutrinária. RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma “teoria do processo” sem processo?: a breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 173-192, jul./set. 2018.

entrelace de autor-juiz-réu,¹⁶⁸⁻¹⁶⁹ o que passou a constituir o objeto da ciência processual.¹⁷⁰ Além de fazê-la triádica, a presença do Estado-juiz ditava o caráter público da «relação processual», sendo outro fator de dessemelhança das relações jurídicas contratuais (bimembres).¹⁷¹ Resumidamente, por perceber o processo como continente da relação de direito material nele deduzida (conteúdo),¹⁷² dela se apartando não apenas quanto ao conteúdo, causas de nascimento, de desenvolvimento e de término.¹⁷³⁻¹⁷⁴ Na

esteira da polêmica travada entre Windscheid e Müther (1856-1857), à referida obra de Oskar Bülow (1868) é tributada a certidão de nascimento da ciência processual («processualismo científico»), não negligenciando a contribuição posterior de Adolf Wach (1888). Mas não só.

Contrapondo-se à primeira fase metodológica do direito processual, procedimentalismo – fase em que o processo era tratado como «duelo privado»,¹⁷⁵ já que aos litigantes cabia dar o primeiro passo e marcar o

¹⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. I, p. 04-11; RAATZ, Igor. Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://bit.ly/2k5biU7>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

¹⁶⁹ No ponto, ver: RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma “teoria do processo” sem processo?: a breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 173-192, jul./set. 2018.

¹⁷⁰ BÜLOW, Oskar Von. **A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005, p. 06 e ss. AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 27 e 60.

¹⁷¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 154 e ss.

¹⁷² GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 39.

¹⁷³ WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, v. I, p. 67-68; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense,

2008, v. 1, t. I, p. 04-11; RAATZ, Igor. Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://bit.ly/2k5biU7>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

¹⁷⁴ Essa distinção perdeu seu caráter absoluto quando se percebeu que direitos processuais podem ser objeto (mérito) do procedimento judicial. Suficiente pensar na exceção de suspeição e/ou impedimento, em que a garantia do juiz natural constitui o mérito do incidente. Outrossim, não raro o mérito diz respeito à aplicação de garantias processuais (v. g., contraditório); para ilustrar essas palavras, imagine-se o caso de uma pessoa expulsa de seu condomínio residencial sem que, antes, pudesse exercer seu direito de defesa.

¹⁷⁵ Sobre o tema, ver: CAPPELLETTI, Mauro. **El proceso civil en el derecho comparado**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 46-52; CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 16-17 e 35-44; GÁLVEZ, Juan F. Monroy. **Teoría general del proceso**. 3. ed. Lima: Comunitas, 2009, p. 155-160; CARRATA, Antonio. **Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo**. Disponível em:

compasso, o que ficou conhecido por «privatismo» –, ¹⁷⁶⁻¹⁷⁷ Büllow se notabilizou pela retomada de esforços encontráveis no direito romano, por sua proposta de «revalorização» do papel do magistrado («princípio da autoridade»), ¹⁷⁸ eis que lídimo representante do Estado. ¹⁷⁹ Antagonizando o «privatismo» (nota ideológica marcante da primeira fase),

<<https://bit.ly/2GAVj9c>>. Acesso em: 03 dez. 2017. Como exemplo de legislações processuais marcadas por essa perspectiva, suficiente pensar no Código napoleônico de 1806 (de especial relevo, em vista de sua exemplaridade), no Código italiano de 1865 e na ZPO (CPC alemão) de 1877. Nesse sentido: RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil:** negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 61-62.

¹⁷⁶ Às partes cabia dar início ao procedimento, apresentar os enunciados de fato e de direito, aportar os meios de prova e manter o procedimento em marcha, enquanto o juiz estava adscrito ao julgamento). Assim, ver: BARBI, Celso Agrícola. Os poderes do juiz e a reforma do Código do Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 5, p. 169-179, 1965. Disponível em: <<https://bit.ly/2J5R3Rj>>. Acesso em: 12. fev. 2018; COUTURE, Eduardo. **Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano**. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 35-38; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 202.

¹⁷⁷ Calamandrei noticiava esse poder das partes ao tempo do CPC italiano de 1865, registrando que a lei permitia que o procedimento ficasse parado por anos em razão de sua inércia; e o juiz não podia fazer nada. Para impedir que o procedimento ficasse paralisado por tempo indeterminado, a lei fixava o período limite de três anos; a ausência de qualquer movimentação nesse prazo levava à sua extinção. Entretanto, anotava o mesmo autor, suficiente que qualquer uma delas praticasse um ato processual no último

essa emancipação «política» do processo – desde então ramo do direito público – ficou conhecida por *publicização*.

Os primeiros capítulos da história (autônoma) do processo foram escritos em atenção ao cientificismo (ideologia em sentido amplo), manifesto na busca de superação do empirismo vigente ao tempo do praxismo ou procedimentalismo, ¹⁸⁰ em simultâneo ao

dia do terceiro ano para assegurar a sobrevivência do procedimento por outros três. **Instituciones de derecho procesal civil:** según el nuevo código. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, v. I, p. 397-403.

¹⁷⁸ O movimento de publicização é anterior ao pensamento de Büllow. Com esse autor o direito processual civil ganha seu apelo sistemático na esteira do reconhecimento de uma relação jurídica pública e autônoma em relação aos direitos materiais nela discutidos. Sobre esses passos iniciais já existentes no direito romano no período da *extraordinaria cognitio*, operando-se a paulatina transformação da justiça civil em pública: CASTRO, Leonardo Prieto. **Derecho Procesal Civil**. Zaragoza: Librería General, 1949, t. I, p. 28; SIDOU, J. M. Othon. **Proceso civil comparado (histórico e contemporâneo):** à luz do Código de Processo civil brasileiro, modificado até 1996. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 45; ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavala Editor, 1970, t. I, p. 57; SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder:** reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29 e ss.

¹⁷⁹ *Rectius*: presente; faz ou torna presente.

¹⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 277. No mesmo sentido: GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 34; MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano XXXV, n. 183, maio 2010, p. 165-194.

fortalecimento do Estado-juiz, na relação processual mediante a intensificação do «princípio da autoridade» (ideologia em sentido estrito). A conexão transparece em obras de Büllow (1868, 1885 e 1903),¹⁸¹ tido como o principal artífice do processualismo científico alemão, predicando o processo como instrumento do Estado e um direito livre da lei; mas a conexão foi redimensionada com a «socialização» entabulada por Franz Klein e Giuseppe Chiovenda. É o que veremos na sequência. Antes, necessário discorrer sobre o «paradoxo de Büllow» e seus reflexos na TGP.

Sobre ser considerada o marco da gênese científica do processo, a

doutrina büllowiana não foi além de uma «tecnologia da jurisdição». Conquanto a processualística tenha se esmerado em apontar a decisiva contribuição do autor germânico,¹⁸² com André Cordeiro Leal, não se pode olvidar que sua teoria se centrava no juiz (protagonismo judicial), assimetricamente posicionado ao escudo de um pressuposto privilégio cognitivo e de aplicação isolada (solipsista) do direito¹⁸³ (aliás, em nítido estímulo ao decisionismo);¹⁸⁴ via de consequência, relegando-se a atividade dos sujeitos parciais a patamar de somenos importância.

A censura de Cordeiro Leal retira fundamento da ausência de

¹⁸¹ Sobre o tema, ver: RAATZ, Igor. Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://bit.ly/2k5biU7>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

¹⁸² Tudo isso sem negligenciar os frutos hauridos da polêmica Windscheid x Müther (1856-1857). E alguns ainda apontam a consolidação das bases científicas pela pena de Adolf Wach (1888), mediante a publicação de *A pretensão de declaração: um aporte para a teoria da pretensão e da proteção do direito*. No particular, ver: AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 27; RAATZ, Igor. Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://bit.ly/2k5biU7>>. Acesso em: 08 nov. 2017. PIMENTEL, Alexandre Freire. "Notas sobre a evolução da técnica e da teoria processual: das origens gregas ao advento do processo civil liberal." In: **História do processo**. Alexandre Freire Pimentel, Eduardo José da Fonseca Costa, Jaldemiro Rodrigues

Ataide Jr. e Venceslau Tavares Costa Filho (coords.). São Paulo: Exegese, 2018, p. 54.

¹⁸³ Problemas que estão na raiz do instrumentalismo. À compreensão da crítica, ver: STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 63; RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma "teoria do processo" sem processo?: a breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 173-192, jul./set. 2018.

¹⁸⁴ O que André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau rotularam de «compromisso büllowiano com a exceção». A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015. RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma "teoria do processo" sem processo?: a breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 173-192, jul./set. 2018.

controle da atividade judicial no pensamento bülloiano, o que inviabilizaria sua adoção fora do paradigma do Estado social – Estado em que os «cidadãos» eram simples destinatários das políticas públicas, não se lhes reconhecendo autonomia (pública e privada), tampouco direito de participação.¹⁸⁵ Por esse motivo, toda construção teórica intencionada a limitar o poder (democrática) que tenha a teoria da relação jurídica como «pedra fundamental», estaria fadada ao fracasso; meditações em derredor da legitimidade das decisões ou de controle do poder não tiveram relevância no pensamento do «fundador» da fase científica. Essa problemática foi designada por «paradoxo de Bülow», desnudando a impossibilidade de o processo ser instrumento da jurisdição

(teoria da relação jurídica) e, em simultâneo, instituto eficaz ao seu controle.¹⁸⁶

O mencionado paradoxo passou infenso aos continuadores do processualismo científico e do movimento de «publicização» do processo em geral. Não se detectam ressalvas de Chiovenda e seus contemporâneos, nem dos principais nomes da(s) geração(ões) seguinte(s), às bases que teriam forjado o direito processual.¹⁸⁷ Ao contrário, o apelo científico foi acentuado com a Escola Sistemática italiana, pouco a pouco, orientado pela bússola da «socialização» (busca da efetiva igualação entre as partes no procedimento) e da «moralização», ambas produto da exacerbação/deturpação da natureza pública.¹⁸⁸ Para tanto, o precursor do

¹⁸⁵ cf. RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 92 e ss. A crítica deve ser tomada com temperamentos, haja vista sua abrangência.

¹⁸⁶ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 64-65; p. 110-118; p. 130-136.

¹⁸⁷ Vívido entre os contemporâneos de Chiovenda (Betti, Carnelutti, Calamandrei, Segni e Calgano), tendo continuidade na segunda geração italiana de representantes da processualística moderna (Cristofolini, Liebman, Allorio, Andrioli e Garbagnati) – apenas Salvatore Satta destoaria desse coro –, o apelo publicístico fora acentuado por Vittorio Denti e Mauro Cappelletti, carreando o ideário de «função social» do processo. CARRATA,

Antonio. **Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo**. Disponível em: <<https://bit.ly/2GAVj9c>>. Acesso em: 03 dez. 2017. PISANI, Andrea Proto. Público e Privado no Processo Civil na Itália. Trad. Myriam Filippis. **Revista da EMERJ**, v.4, n.16, p. 23-42, 2001. Disponível em: <<https://bit.ly/2IAmrHh>>. Acesso em: 20 jan. 2012. Mais tarde a função social foi elevada à categoria de princípio. GÁLVEZ, Juan F. Monroy. **Teoría general del proceso**. 3. ed. Lima: Comunitas, 2009, p. 207-211.

¹⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **El proceso civil en el derecho comparado**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 43 e ss. CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 18.

processualismo científico italiano, Giuseppe Chiovenda, encontrou inspiração em Franz Klein.

Ministro do Império Austro-Húngaro, Klein se imortalizou com a Ordenança Processual Civil austríaca (ZPO/1895),¹⁸⁹ considerada um divisor de águas no «formalismo moderno».¹⁹⁰ Larga e acriticamente festejada pela processualística ao longo do tempo, a nota central desse código foi o aumento dos poderes judiciais (faculdades formais e materiais) correlato à diminuição da liberdade das partes.¹⁹¹ Mesmo porque, Franz Klein entrevia o processo como «mal social»,¹⁹² eis que conducente à perda de tempo e de

dinheiro, responsável por fomentar o ódio e a ira entre os litigantes – reflexos e paixões fatais ao convívio social.¹⁹³ A pretexto de combatê-lo (processo), supondo o descompromisso dos envolvidos ao encerramento dos feitos com brevidade e justiça, o então ministro vislumbrou diferentes soluções, nomeadamente a reconfiguração da função judicial. Além dessa visão, que podemos chamar de pessimista (mas que, sobretudo hoje, também é reducionista), a perspectiva kleiniana incorporava o processo à engrenagem de concretização do «Welfare State», por isso concebido como instrumento político.¹⁹⁴ Nessa ordem de ideias, o protagonismo judicial

¹⁸⁹ Assim: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, t. II, p. 21; PRATA, Edson. **História do processo civil e sua projeção no direito moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 177.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos A. Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48-51. Em sentido similar, também destacando a ruptura paradigmática face ao advento da codificação austríaca: TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, RT, v. 1, p. 293-304, jan.-jun. 2015; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 99, p. 141-150, jul.-set. 2000.

¹⁹¹ CIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein: el proceso civil entre libertad y autoridad. **Academia de Derecho**. Disponível em: <<https://bit.ly/2rNMIRy>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹⁹² Não são poucos os autores que partem de premissa semelhante, considerando o conflito como uma chaga ou problema de interesse social, sustentando um interesse de toda a comunidade em sua solução, o que arrima a perspectiva publicista. Assim, ver: TROLLER, Alois. **Dos**

fundamentos do formalismo processual civil. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 2009, p. 94.

¹⁹³ CIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein: el proceso civil entre libertad y autoridad. **Academia de Derecho**. Disponível em: <<https://bit.ly/2rNMIRy>>. Acesso em: 10 jan. 2017; AROCA, Juan Montero. **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 41-44; MEROI, Andrea. Problemas y límites de la oralidad en el proceso civil. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, Peru, Pontificia Universidad Católica del Peru, v. 3, n. 1, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2sfEyft>>. Acesso em: 10 nov. 2017; CARRATA, Antonio, *op. cit.*

¹⁹⁴ GARTH, Bryant. Franz Klein, Mauro Cappelletti y la misión de los cultores del Derecho Procesal Comparado. **Revista de la Facultad de Derecho**, Peru, Pontificia Universidad Católica del Peru, n. 52, p. 555-563, 1999. Tal como anotado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na mesma linha, o processo é um "indispensável instituto de bem-estar social."

era fundamental para minorar o desequilíbrio entre as partes (eventualmente, baralhando a ideologia do direito material à ideologia do direito processual); mesmo porque, aos olhos de seu idealizador, fruto da tese do «fenômeno social das massas»,¹⁹⁵ o processo devia ser um «instituto per il benessere sociale»¹⁹⁶ – razão do modelo processual ter se pautado na colaboração entre os sujeitos processuais (*Kooperationsmaxima*), assumindo-se que todos partilhariam a missão de resolver o conflito aos auspícios da verdade e, pois, da justiça.¹⁹⁷ Daí, igualmente, a onda de moralização das condutas das partes ao longo do procedimento judicial (reflexão ética), a

qual, antes da ZPO/1895, foi afirmado que jazia em zona de penumbra.¹⁹⁸

Se a memória de Franz Klein foi eternizada pela ZPO/1895, Chiovenda é lembrado por sua contribuição tanto no plano doutrinário quanto no «legislativo», dada a importância alcançada por seu projeto de código; a originalidade de sua contribuição científica foi afiançada pela doutrina, mesmo em temas que os alemães pareciam ter esgotado.¹⁹⁹ Chiovenda requintou e difundiu a proposta de «socialização» processual, quando ela ganhou parte do «mundo ocidental».²⁰⁰ Tendo fundado a ciência processual na

Do formalismo no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 137.

¹⁹⁵ FASCHING, Hans W.. Evolución de las tendencias en el proceso civil moderno. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, [S.l.], jan. 1975. ISSN 2448-4873. Disponível em: <<https://bit.ly/2IPsqrO>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

¹⁹⁶ PICARDI, Nicola. Le riformi processuali i sociali di Franz Klein. **Historia et ius**: rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, n. 2, 2002. Disponível em: <www.historiaetius.eu>. Acesso em: 10 jun. 2017; TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 2009, p. 63.

¹⁹⁷ RAGONE, Álvaro Pérez. El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, Chile, 1º Semestre, p. 523-551, 2014.

¹⁹⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)**. México: Universidad

Nacional Autónoma de México, 1992, t. II, p. 139-140. Entre nós, na Exposição de Motivos do CPC/73, Buzaid apontou o art. 14 como uma das inovações do código, alinhado a razões ético-jurídicas, idôneo a reprimir condutas das partes acintosas ao "dever de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos."

¹⁹⁹ Por todos, cf. BUZOID, Alfredo. **Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 03-04.

²⁰⁰ Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, o pensamento de Chiovenda emergiu da fusão de Wach e Klein: o primeiro como investigador e o segundo como codificador; a concepção liberal do primeiro à autoritária do segundo. Por óbvio, sem se restringir aos doutrinadores alemão e austríaco. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, t. II, p. 553. Registrando que o próprio Chiovenda havia reconhecido que Wach era seu "segundo formador": AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX...**, p 28.

Itália,²⁰¹⁻²⁰² ele forjou as bases à «Teoria Geral do Processo»;²⁰³ no ponto, foi criticado pelo insulamento no processo civil, perdendo de vista o «continente» do direito processual; e fê-lo mesmo ao tratar de conceitos ou instituições que seriam atinentes à Teoria do Processo.²⁰⁴ Anterior ao Constitucionalismo Contemporâneo (e à Constitucionalização do Processo...), essa gênese da TGP foi marcada pela pretensão sistemática de encontrar as categorias e conceitos comuns ao fenômeno processual, indutivamente a partir do exame infraconstitucional (penal e extrapenal), mas que não escondeu a busca de civilizar os demais

ramos; uma teoria desfocada do verdadeiro objeto do processo, conforme lição de Eduardo Costa, enaltecida por Raatz e Anchieta: a Constituição.²⁰⁵ Não bastasse ser anterior, anote-se que ela também lhe é avessa.

Chiovenda preparou o terreno. Coube a Francesco Carnelutti, autor que transitava com propriedade pelos diferentes campos procedimentais, incutir seu DNA à consolidação da Teoria Geral do Processo. Mais radical, em um primeiro momento defendeu a unificação do direito processual (em verdade, do direito procedimental, consoante a compreensão que temos do processo e do procedimento),²⁰⁶

²⁰¹ GRANDI, Dino. *Exposición a la majestad del Rey Emperador del Ministro Guardasellos (Grandi)*. Presentada en la audiencia del 28 de octubre de 1940-XVIII para la aprobación del tecto del Código de procedimiento civil. Trad. Aixa Zlatar. In: **Código de procedura civile con la relazione al Re**: a cura de Franco Cipriani, Daniele D'Delia e Gianpaolo Impagnatiello. Bari: Cacucci Editore, 1997.

²⁰² CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**: según el nuevo código. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, v. I, p. 85-86; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, t. II, p. 549; MECCARELLI, Massimo. "Chiovenda, Giuseppe." In: **Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto (2012)**. Disponível em: <<https://bit.ly/2IrLYq6>>. Acesso em: 03 dez. 2017; DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, vol. 119, jan. 2005.

²⁰³ RAATZ, Igor. Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro. Disponível em:

<<https://bit.ly/2k5biU7>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

²⁰⁴ É o que apontava Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, aduzindo que mesmo tratando da ação ou da natureza do processo, Chiovenda teria desenvolvido seu raciocínio sob a óptica do processo civil. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, t. II, p. 558.

²⁰⁵ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **O garantismo processual como condição de possibilidade para uma Teoria Unitária do Processo**. Texto ainda inédito, gentilmente cedido pelos autores.

²⁰⁶ Sobre o tema, consultar os ensaios de Eduardo Costa publicados no *Empório do Direito*, além dos já citados neste ensaio. Outrossim, o seguinte artigo de Diego Crevelin e Marcelo Pichioli, os quais aplicam as ideias do primeiro em tema de competência legislativa: Entre a alma e o corpo: o que diz o garantismo processual sobre as competências legislativas dos arts. 22, I e 24, XI, CRFB. **Empório do Direito**, Coluna ABDPro nº 65, Florianópolis, 02 jan. 2019. Disponível em:

sugerindo a mudança curricular necessária para que fosse ministrado como disciplina única. Sua proposta teve ressonância em diferentes países, bem ilustrada pelos seguintes autores: Wilhelm Sauer e James Goldschmidt, na Alemanha; Rende e D'Agostino, na Itália.²⁰⁷ Ainda na Itália, Zanzucchi tributava a então ausência de construção da Teoria Geral do Processo ao ensino apartado do processo civil, penal e administrativo (e por diferentes professores).²⁰⁸

No auge da maturidade intelectual, Carnelutti abandonou a proposta em questão. Sobre o assunto, impende registrar que a sistematização originária se calcava na concepção de «lide» (conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida), noção idealizada pelo doutrinador e admitida tanto em âmbito civil, quanto criminal.²⁰⁹ Superada a

configuração de uma «lide penal», deixou de admitir a TGP.²¹⁰ A reviravolta no pensamento lhe rendeu censuras. Pior. Fomentou a desconfiança científica quanto aos seus trabalhos posteriores.²¹¹ E, posto que o principal cultor da disciplina a tivesse abandonado, tantos outros autores se conservaram fiéis, não à proposta de unificação – alvo de conhecido ataque de Bueno Vidigal –,²¹² mas de necessidade/existência de uma disciplina propedêutica ao «processo» em geral (ao estudo da plataforma comum, mas com os problemas já consignados). Suficiente lembrar o pensamento de Dinamarco, com larga adesão doutrinária no Brasil; outrossim, a reformulação da disciplina na obra de Fredie Didier Jr. Em síntese, persiste a defesa da TGP, em maior ou menor medida, palmilhando a vereda da ideologia em sentido estrito e/ou em sentido amplo, tal como visto alhures.

<<https://bit.ly/2J28XbT>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

²⁰⁷ Quanto aos alemães, sustentava que estaria implícito em suas obras. CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora Y. **Estudios de Derecho Procesal**. Madrid: Centro Editorial Góngora, 1934, p. 85, nota 12.

²⁰⁸ ZANZUCCHI, Marco Tulio. **Diritto Processuale Civile**: introduzione e parte generale. Milano: Giuffrè, 1947, p. 81.

²⁰⁹ “Introduzir um estudo ao pensamento de CARNELUTTI não só exige chamar-se a atenção sobre o ponto nodal a ser perseguido, como também que se ressalta a razão que levou o autor a sustentar a noção de **lide**, no início, com veemência, para o processo penal, dando a ela, desse modo, um significado geral, amplo,

abarcante de todo o direito processual. Estava plantada a semente de uma Teoria Geral do Processo”. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 19.

²¹⁰ Sobre a importância do conceito de lide no pensamento carneluttiano, ver: CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992, p. 77 e ss.

²¹¹ COUTINHO, Jacinto N. de Miranda, op. cit., p. 21.

²¹² VIDIGAL, Luis Eulálio Bueno de. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**, São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982, p. 40-48.

Da Teoria Geral à Teoria Unitária do Processo: processo como garantia (constitucional e fundamental)

Malgrado não tenham sido assimiladas pela processualística, a(s) falácia(s) da Teoria Geral do Processo já foram derribadas. Sua não assimilação pode ser tributada à blindagem ideológica de qualquer doutrina às informações que a contradizem, pois «uma convicção bem arraigada destrói a informação que a desmente.»²¹³ Noutros dizeres, informações contrárias a um determinado sistema de ideias são percebidas apenas como ruídos.

No que respeita ao problema da ideologia em sentido amplo, pós giro linguístico e hermenêutico, a reconhecimento da linguagem como «condição de possibilidade»²¹⁴ importa que, ao buscar entender algo, o sujeito persegue «um ser

que já é linguagem e que pode, então, ser entendido.»;²¹⁵ faz isso, necessariamente, no horizonte da linguagem. Em outros dizeres, sujeito e objeto estão inseridos na dimensão linguística —²¹⁶ a linguagem se articula pela tradição —, inexistindo “metaponto” observacional em que o sujeito cognoscente esteja posicionado,²¹⁷ livre de pré-juízos («uma espécie de grau zero de sentido»). De maneira oposta, reconhecendo-se a importância dos pré-juízos para enraizar toda atividade de conhecimento em uma tradição.²¹⁸ Mesmo porque, somente «através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos.»²¹⁹

Para ilustrar as problemáticas anteriores, suficiente a consulta da resposta de Fredie Didier Jr. aos comentários que enderecei à sua tese de livre-docência.²²⁰ Ao prefaciар a obra em

²¹³ MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Trad. Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 44.

²¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 113.

²¹⁵ GRONDIN, Jean, *op. cit.*, p. 77.

²¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. 4. ed. Trad. Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1991, v. I, p. 531; ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Unisinos, São Leopoldo, v. 9, n. 2, p. 136-150, mai.-ago. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2shcSpJ>>. Acesso em: 08 abr. 2018. Ainda sobre o tema, ver: STEIN, Ernildo. "Gadamer e a consumação da hermenêutica." In: **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método**.

Ernildo Stein e Lenio Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 09-24.

²¹⁷ STRECK, Lenio. "Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas." In: **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Ernildo Stein e Lenio Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.

²¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Trad. Manuel Olasagasti. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1992, v. II, p. 65-69.

²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. Pierre Fruchon (org.). Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 12-13.

²²⁰ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012.

que tive o cuidado de dialogar com seu pensamento, no ímpeto de defesa, o autor:

i) invoca um pioneirismo no estudo das cláusulas gerais (na processualística brasileira) e seus trabalhos sobre precedentes judiciais, para afastar a pecha que lhe atribuí de indiferença à hermenêutica. Contudo suas palavras ribombam a doutrina que baralhava hermenêutica à atividade de interpretação (ao gosto dos métodos desenvolvidos por Escolas do séc. XIX) e sua posição sobre a vinculação das decisões judiciais dista, radicalmente, da posição dos hermeneutas sobre o mesmo tema;²²¹

ii) ao mesmo tempo em que prega os conceitos lógico-jurídicos, aduzindo sua indispensabilidade à compreensão do fenômeno processual em qualquer superfície do globo terrestre, Didier Jr. aduz não ter despreço pelo historicismo (no sentido de Saldanha). Todavia em seu pensamento o sujeito (e o conhecimento) não são enraizados em uma tradição, o que desponta de sua pretensão

universalista de cunho moderno (abstrata e a-histórica). Subjacente a sua obra está o sujeito da modernidade, em cujas veias não corriam sangue, para lembrarmos a crítica de Dilthey;

iii) por último, acusou-me de preconceito com a analítica («má vontade...», nas palavras dele), quando foram justamente meus pré-juízos ou preconceitos com o trabalho, em sentido gadameriano,²²² que me permitiram determinar as raízes de suas ideias nos sécs. XVII e XVIII (racionalismo iluminista), à sombra de um paradigma científico, no mínimo, enfraquecido. Diferente do autor, não parto de uma «subjetividade isolada e separada da história», pois assumo que os preconceitos são condições de possibilidade ao próprio conhecimento.²²³ Daí a importância de Gadamer para refletir os ranços cartesianos e kantianos presentes na doutrina de Fredie Didier Jr., na profunda imersão do último na «filosofia da consciência».

Sob outro ângulo, também para demonstrar a blindagem ideológica, a

²²¹ Suficiente confrontar o pensamento de Didier Jr. com as ideias alinhavadas no seguinte trabalho: CREVELIN, Diego. O que deve ser dito sobre (e enfrentado) na compreensão de precedentes dos hermeneutas? **Empório do Direito**, Florianópolis, 27 dez. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2M1EJIF>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

²²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Trad. Manuel Olasagasti. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1992, v. II, p. 65-69.

²²³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 227.

CF/1988 interditou o debate acerca da instrumentalidade (processo como instrumento da jurisdição) ao consagrar o «devido processo» no rol das garantias fundamentais, resgatando-lhe a feição histórica de garantia (limitação) contra o poder.²²⁴ A mesma Constituição que fala em «devido processo» sem entabular ramificações (ausentes no patamar constitucional ou processual, presentes apenas em nível infraconstitucional ou procedimental). Por tudo isso, aderimos à concepção do processo como «instituição de garantia» («garantia contrajurisdicional»), entabulada por Eduardo Costa, o que atravessa todos os procedimentos (civil, penal, administrativo, tributário etc.), enaltecendo-lhes a essência de liberdade.²²⁵ Nesse orbe, a repartição de funções é ínsita à noção de processo, sendo uma garantia contra o poder que inibe o abandono da condição de terceiro pelo julgador; conseqüentemente, não há processo (garantia) onde se pretenda instituir «comunidades...», vale dizer, onde não haja imparcialidade e imparcialidade (incompatibilidade de funções). O *reparto de papeles* (divisão

de funções) é consubstancial ao processo.

Acaso se pretenda construir uma teoria alinhada ao novo paradigma científico (paradigma da complexidade), enfeixada pela normatividade constitucional brasileira («devido processo»), não parece ser possível insistir no discurso da TGP. Aos que perseverarem no tema, resta a difícil (e honesta) tarefa de driblar as falácias detectadas.

A par dessas considerações, defendemos a Teoria Unitária do Processo (TUP), inconfundível à proposta de ramificação ou de direito processual único, a qual contou com poucos adeptos no passado e da qual não se tem mais notícia. No ponto, aos fins deste trabalho, fazendo um recorte no procedimento judicial e em outros procedimentos não-estatais de formação de provimentos, sem perder de vista que as garantias se espalham por todo o fenômeno jurídico para contrastar qualquer exercício de poder.

Ao tratar das garantias individuais fundamentais, a CF fala em «devido processo». Imbuído do

²²⁴ COSTA, Eduardo J. da Fonseca. Processo como instituição de garantia. **Revista Consultor Jurídico**, 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2LA5K0n>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

²²⁵ COSTA, Eduardo J. da Fonseca. Notas para uma garantística. **Empório do Direito**,

Florianópolis, Coluna ABDPro, 04 jul. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2KwcWxK>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

propósito de compreender (desvelar) o modelo normativo de processo, o pensamento sistêmico e as construções doutrinárias não podem se afastar disso. Não por outro motivo, Eduardo Costa enxerga o garantismo como teoria «dogmático-constitucional do devido processo legal»,²²⁶ fazendo do garantista um estudioso avançado do devido processo.²²⁷ A concepção é ínsita ao fenômeno processual brasileiro (como um todo), eis que imposição (ôntica) constitucional, o que não impede sejam construídos princípios civil-procedimentais, penais-procedimentais etc.²²⁸

Daí porque a Constituição é tratada como autêntico código de processo ou estatuto processual, eventualmente, complementada por tratados internacionais de direitos humanos; razão pela qual existem

procedimentos civil, penal, eleitoral, trabalhista etc., enquanto o processo é uno. A premissa atrai os olhares à (des)importância atribuída à jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) em nosso país, vale dizer, em seu contributo à compreensão e desenvolvimento do processo e demais garantias processuais,²²⁹ tal como revelado por Natascha Anchieta em recentíssimo ensaio publicado nesta coluna.²³⁰

É sobre as bases encimadas que se erige a Teoria Unitária do Processo (TUP). Falar em TUP é o mesmo que tratar de Garantismo Processual, muito embora o garantismo possa ser entendido como condição de possibilidade à teoria unitária (em recorte jurisdicional);²³¹ e o estudo das garantias, como dantes mencionado, propague-se pelas demais funções do Estado (e não apenas por elas,

²²⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 129-144, out./dez. 2017.

²²⁷ COSTA, Eduardo J. da Fonseca. Breves meditações sobre o devido processo legal. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro, 10 jan. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2s9w0GQ>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²²⁸ *Idem, ibidem*.

²²⁹ Se se fala em um processo transnacional, no qual ocorre a gradual perda de importância das fronteiras nacionais e, dentre outros, tratados e convenções internacionais de interesse para a atividade jurisdicional se multiplicam, decerto que a interpretação/aplicação desses tratados por cortes responsáveis por sua defesa não pode ser ignorada (v.g., Corte Interamericana de Direitos

Humanos (CIDH)), deve ser tomada em consideração. Outrossim, os ordenamentos se tornam cada vez mais permeáveis a essas decisões. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, 1993, p. 282.

²³⁰ Breves reflexões acerca da garantia do “duplo grau”. **Empório do Direito**, Coluna Garantismo Processual, Florianópolis, 03 jun. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2KxumJ9>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

²³¹ É o que demonstram Raatz e Anchieta: **O garantismo processual como condição de possibilidade para uma Teoria Unitária do Processo**. Texto ainda inédito, gentilmente cedido pelos autores.

haja vista a evolução dos direitos fundamentais), sendo igualmente possível dissertar garantias “contra-administrativas” e contrajurislativas. Essa visão é inconfundível à professada pelos cultores do Direito Constitucional Processual, na esteira de Couture, Fix-Zamúdio e outros, quando foi pregada a análise dos temas (trilogia estrutural) sob dupla óptica, ora processual, ora constitucional.²³² Em verdade – e o discurso é construído tendo a ordem jurídica brasileira como referente –, o processo não pode ser arrancado da Constituição (a perspectiva processual já é a constitucional).

Postremo

Esta foi uma breve narrativa da vida de alguém que encantou por sua invulgar capacidade de pensar em abstrato, nutrindo despreço pela funcionalidade do pensamento; «ser» marcado por notável inquietação de ordem sistemática e, ademais, excessiva preocupação conceitual (a TGP sob a influência do apelo cientificista moderno, ideologia em sentido amplo); que não buscou a justeza no tratamento dos semelhantes, pois sempre teve seu

«filho» favorito (o direito procedimental civil, manancial do qual os estudiosos sempre partiram no afã de civilizar os demais ramos, gerando a fundada antipatia dos procedimentalistas penais). Não raro, sequiosa do poder (a TGP sob a influência da ideologia em sentido estrito, mormente pela ideia carregada pela instrumentalidade, na qual a jurisdição é hipertrofiada em detrimento do processo). Em resumo, com virtudes e defeitos. Mais virtudes que defeitos, afirmariam alguns. Defeitos que excediam as virtudes, dizemos nós. Falecida. De nossa parte, aliás, sem saudosismo. Aqui e acolá, rondando como um zumbi. Seu nome: Teoria Geral do Processo. Novamente com Edgar Morin, essa foi a «verdadeira» história de alguns de seus principais erros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 166, versão digital, dez. 2008.

ANCHIETA, Natascha. Breves reflexões acerca da garantia do “duplo grau”. **Empório do Direito**, Coluna

²³² FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. **Boletín Mexicano de Derecho**

Comparado, [S.l.], jan. 1977. Disponível em: <<https://bit.ly/2C2ax8L>>. Acesso em: 06 out. 2016.

Garantismo Processual, Florianópolis, 03 jun. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2KxumJ9>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. **La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

BARBI, Celso Agrícola. Os poderes do juiz e a reforma do Código do Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 5, p. 169-179, 1965. Disponível em: <<https://bit.ly/2J5R3Rj>>. Acesso em: 12. fev. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BÜLLOW, Oskar Von. **A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil: segun el nuevo codigo**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, v. I.

CAPPELLETTI, Mauro. **El proceso civil en el derecho comparado**. Trad.

Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.

_____. **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

CARRATA, Antonio. **Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo**. Disponível em: <<https://bit.ly/2GAVj9c>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

CARVALHO, Antonio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://bit.ly/2xgsG1M>>. Acesso em: 11 out. 2017.

CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora Y. **Estudios de Derecho Procesal**. Madrid: Centro Editorial Góngora, 1934.

_____. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, t. II.

CASTRO, Leonardo Prieto. **Derecho Procesal Civil**. Zaragoza: Librería General, 1949, t. I.

CIPRIANI, Franco. En el centenario del reglamento de Klein: el proceso civil entre libertad y autoridad. **Academia de Derecho**. Disponível em: <<https://bit.ly/2rNMIry>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

COSTA, Eduardo J. da Fonseca. "Apresentação". PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e**

conceitualismo. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. Breves meditações sobre o devido processo legal. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro, 10 jan. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2s9w0GQ>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Notas para uma garantística. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro, 04 jul. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2KwcWxK>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

_____. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 129-144, out./dez. 2017.

_____. Processo como instituição de garantia. **Revista Consultor Jurídico**, 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2LA5K0n>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____; PEREIRA, Mateus Costa. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos. **Revista Consultor Jurídico**, Coluna Opinião, 26 jul. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2IOky9R>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTURE, Eduardo. **Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano**. Buenos Aires: Depalma, 1999.

CREVELIN, Diego; SILVEIRA, Marcelo Pichioli. Entre a alma e o corpo: o que diz o garantismo

processual sobre as competências legislativas dos arts. 22, I e 24, XI, CRFB. **Empório do Direito**, Coluna ABDPro nº 65, Florianópolis, 02 jan. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2J28XbT>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CREVELIN, Diego. O que deve ser dito sobre (e enfrentado) na compreensão de precedentes dos hermenutas? **Empório do Direito**, Florianópolis, 27 dez. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2M1EJfF>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992.

DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2IRlv17>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

DIDIER JR., Fredie. "Prefácio". PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. **Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida**. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

_____. Liebman e a cultura processual brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, vol. 119, jan. 2005.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1970, t. I.

FASCHING, Hans W.. Evolución de las tendencias en el proceso civil moderno. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, [S.l.], jan. 1975. ISSN 2448-4873. Disponível em: <<https://bit.ly/2IPsqrO>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, [S.l.], jan. 1977. Disponível em: <<https://bit.ly/2C2ax8L>>. Acesso em: 06 out. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Trad. Manuel Olasagasti. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1992, v. II.

GÁLVEZ, Juan F. Monroy. **Teoría general del proceso**. 3. ed. Lima: Comunitas, 2009, p. 155-160.

GARTH, Bryant. Franz Klein, Mauro Cappelletti y la misión de los cultores del Derecho Procesal Comparado. **Revista de la Facultad de Derecho**, Peru, Pontificia Universidad Católica del Peru, n. 52, p. 555-563, 1999.

GRANDI, Dino. Exposición a la majestad del Rey Emperador del Ministro Guardasellos (Grandi). Presentada en la audiencia del 28 de octubre de 1940-XVIII para la aprobación del texto del Código de procedimiento civil. Trad. Aixa Zlatar. In: **Código de procedura civile con la relazione al Re**: a cura de Franco

Cipriani, Daniele D'Delia e Gianpaolo Impagnatiello. Bari: Cacucci Editore, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, 1993.

GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

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

_____; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MECCARELLI, Massimo. "Chiovenda, Giuseppe." In: **Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto (2012)**. Disponível em: <<https://bit.ly/2IrLYq6>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

MEROI, Andrea. Problemas y límites de la oralidad en el proceso civil. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, Peru, Pontificia Universidad Católica del Peru, v. 3, n. 1, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano XXXV, n. 183, maio 2010, p. 165-194.

MONTELEONE, Girolamo. "El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil." In: **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 99, p. 141-150, jul.-set. 2000.

_____. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". In: **Temas de direito processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 202.

MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Trad. Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

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

PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal". In: **Ensaio e artigos**. Salvador: JusPodivm, v. I.

PEREIRA, Mateus Costa. **A teoria geral do processo e seu tripé fundamental**: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. Processo e Ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 103, p. 283-296, 2018.

PICARDI, Nicola. Le riformi processuali i sociali di Franz Klein. **Historia et ius**: rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna,

n. 2, 2002. Disponível em: <www.historiaetius.eu>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire. "Notas sobre a evolução da técnica e da teoria processual: das origens gregas ao advento do processo civil liberal." In: **História do processo**. Alexandre Freire Pimentel, Eduardo José da Fonseca Costa, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Jr. e Venceslau Tavares Costa Filho (coords.). São Paulo: Exegese, 2018.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial. **Empório do Direito**, Florianópolis, Coluna ABDPro. Disponível em: <<https://bit.ly/2k5biU7>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

_____; ANCHIETA, Natascha. **O garantismo processual como condição de possibilidade para uma Teoria Unitária do Processo**. Texto ainda inédito, gentilmente cedido pelos autores.

_____; ANCHIETA, Natascha. Uma "teoria do processo" sem processo?: a breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 173-192, jul./set. 2018.

RAGONE, Álvaro Pérez. El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. precisiones sobre

eficiencia y derechos procesales. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, Chile, 1º Semestre, p. 523-551, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSI, Júlio. **Qual é o papel da doutrina brasileira?** Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado (histórico e contemporâneo)**: à luz do Código de Processo civil brasileiro, modificado até 1996. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. I.

_____; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, RT, v. 1, p. 293-304, jan.-jun. 2015

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 2009.

VIDIGAL, Luis Eulálio Bueno de. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**, São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982, p. 40-48.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977, v. I.

ZANZUCCHI, Marco Tulio. **Diritto Processuale Civile**: introduzione e parte generale. Milano: Giuffrè, 1947.

**!HOY ME LEO Y NO ME
RECONOZCO!
“BATALHAS DE EUGENIA”
PELO GARANTISMO
PROCESSUAL**

Glauco Gumerato Ramos²³³

INTRÓITO

Meu amigo RENZO CAVANI, da Pontifícia Universidade Católica do Peru (PUCP), convidou-me para escrever na coletânea “*La outra mirada del derecho procesal. Dialogando com Eugenia Ariano*”, por ele coordenada e que será publicada em Lima, pela casa editorial *Lus et Veritas*, ainda neste ano de 2020. Como se vê, a obra coletiva é uma homenagem à Professora *íto-peruana* EUGENIA ARIANO DEHO, reconhecidamente um dos maiores destaques da *processual-civilística* daquele país. Mas não é só. EUGENIA ARIANO é a **pioneira** do *Garantismo Processual* no Peru! Tão logo chegou-me o convite, disse a RENZO que minha ideia seria produzir um *ensaio*, descrevendo a importância de

EUGENIA em prol do movimento **processual-garantista**, a partir de sua tradução ao espanhol de parte significativa da obra de FRANCO CIPRIANI. A empreitada de EUGENIA ARIANO consistiu na **seleção**, na **compilação**, na **organização** e na **tradução** de textos de suma importância, produzidos pelo ex-Professor Ordinário de Processo Civil da Universidade de Bari, falecido em abril de 2010. O resultado desta tarefa *hercúlea*, que durou dois anos, redundou no livro intitulado *Batallas por la justicia civil – Ensayos*, publicado no ano de 2003 em Lima, pela *Editorial Cuzco*. Aí estão reunidos textos *magno*s de CIPRIANI traduzidos por EUGENIA, todos já da fase mais madura do professor italiano e já no âmbito de sua *batalha* pelo **garantismo**.

Vi por bem intitular este ensaio da maneira vista acima por duas razões: [i] a frase “*Hoy me leo y no me reconozco*” é uma espécie de *mea culpa* por parte de EUGENIA, que *confessou* que até o fim dos anos noventa figurava entre aqueles processualistas que acreditam nos **postulados publicísticos** que fragilizam o processo como

²³³ Presidente para o Brasil do Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP). Diretor de Relações Internacionais da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro).

Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá (FADIPA). Advogado em JUNDIAÍ

garantia, e isso até começar a ter contato com a obra de FRANCO CIPRIANI (cf. nota de rodapé 2 de sua “Presentación” ao *Batallas por la justicia civil – Ensayos*, Lima : Editorial Cuzco, 2003, p. XVII); [ii] a frase “*Batalhas de EUGENIA pelo Garantismo Processual*” lhe presta homenagem para identificar que sua *batalha*, de uma forma ou de outra, é a *batalha* de todos nós que hoje também *não nos reconhecemos* quando lembramos a maneira que *pensávamos, ensinávamos e escrevíamos antes* de conhecermos o *Garantismo Processual*.

A versão em espanhol deste ensaio será publicada no Peru na coletânea já mencionada, sob a coordenação do Professor RENZO CAVANI.

I

No ambiente da *processual-civilística*, o Garantismo Processual ainda é um movimento incipiente. Somos poucos os seus representantes, é verdade. Mas o somos em número crescente! O *fio de ouro* que perpassa a *racionalidade* do saber *processual-garantístico* é o valor constitucional LIBERDADE, *garantido* no plano da *juridicidade interna* [=Constituições] e *internacional* [=Convenções de Direitos

Humanos]. No plano das ideias, a *episteme* garantística “batalha” contra o subproduto obtido a partir da *legislação* e da *doutrina* surgida ao largo do século XX na Europa continental, o que influenciou sobremaneira a nossa Latino-américa em sua forma de criar os modelos operacionais do *procedimento* civil, penal, laboral. O “subproduto” daí surgido é conhecido por vários nomes que se identificam a partir da essência *ex parte principis*, que os caracteriza: *autoritarismo, publicismo, decisionismo, ativismo, instrumentalismo, neoconstitucionalismo, cooperativismo*, etc. Para além dos códigos processuais *autoritários* que surgiram em países latino-americanos no último século, hoje sabemos que *duas* foram as *Magna opera* que lhes serviram de inspiração: [i] a ZPO austríaca de 1895, o chamado “CPC Klein”, e [ii] o CPC italiano de 1940, editado sob o fascismo e ainda hoje *negado* por alguns os atributos *autoritários* de suas estruturas.

Em meu país ainda reina uma espécie de *italianismo-processual*, no senso comum do discurso jurídico produzido em torno do direito processual em geral. Essa “genealogia autoritária”, que rege o vínculo *civil-procedimental* entre o Estado-juiz, os indivíduos e a sociedade nos foi mostrada por FRANCO CIPRIANI na *Rivista di*

Diritto Processuale em 1995, sob o título *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*. No percurso de sua “Batalha” existencial contra os “*postulados publicísticos*” do processo civil, coube a EUGENIA ARIANO DEHO verter o escrito de CIPRIANI para o seu idioma materno, apresentando ao estudioso *hispanoparlante* de nosso continente aquele texto histórico do ex-Professor Ordinário de Direito Processual Civil da Universidade de Bari. O ano era 2001 e o título da tradução ficou assim: *En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)*. O texto foi publicado na *Revista Jurídica del Peru*, LI, nº 18, pp. 119 e seguintes²³⁴. Mais adiante falaremos sobre a influência de EUGENIA ARIANO na difusão do *Garantismo Processual* a partir da tradução de parte significativa da obra *garantística* de FRANCO CIPRIANI.

II

Não existe um “único” *Garantismo Processual*! Ele consiste em um *campo de ideias* que reflete o compromisso *republicano e democrático*

do “macro fenômeno jurídico-constitucional”, que conhecemos e chamamos por PROCESSO. Por isso que aqui não cabem as adjetivações *civil* ou *penal*, por exemplo, que refletem apenas o caráter *procedimental*, não *processual*, desse “macro fenômeno”. A “ideia-força” LIBERDADE permeia a epistemologia *processual-garantista*. O *saber* que daí resulta *desconstrói* as estruturas “publicísticas” e “autoritárias” para revelar o PROCESSO a partir daquilo que ele é, uma GARANTIA, conforme vaticinava, ainda em janeiro de 2006, a *MOCIÓN DE VALENCIA – El proceso civil en el siglo XX: tutela y garantía*, também subscrita por EUGENIA em uma de suas “Batalhas” em prol do *Garantismo Processual*. Ainda que a *MOCIÓN DE VALENCIA* faça referência ao “processo civil”, seu campo de abrangência é o PROCESSO, sem adjetivações. Insisto no ponto!

A postura *garantística* implica a tomada de posição em favor de um saber nitidamente *PROCESSUAL*. Com isso, eu quero dizer que o fenômeno PROCESSO precisa ser *pensado* “legalmente”, *estudado* “doutrinariamente” e *concretizado* “pragmaticamente” a partir da

²³⁴ Também em 2001 foi publicada na Argentina a tradução de ADOLFO ALVARADO VELLOSO, “En el centenario del Reglamento de

Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)”, *Revista de Derecho Procesal*, Córdoba, Nº 2, pp. 31 e ss.

unitariedade constitucional que lhe forma o caráter. Valores jurídico-constitucionais supremos como *separação dos poderes* (=checks and balances), *liberdade*, *legalidade*, *igualdade*, *devido processo legal* (=due process of law), *contraditório*, *ampla defesa*, *recorribilidade*, *acusatoriedade*, *imparcialidade*, *impartialidade*, *presunção de inocência*, *publicidade*, *fundamentação das decisões judiciais*, *vedação de provas ilícitas*, etc., formam o “bloco de constitucionalidade”, que permite a construção *juridicamente racional* do discurso que explica o PROCESSO em sua dimensão *interna* e *externa*. A dimensão *interna* corresponde às suas engrenagens de funcionamento, cujo impacto será observado na criação *legislativa* dos “modelos procedimentais” (=civil, penal, laboral) que serão operados pelas partes e pelos juízes perante o Poder Judiciário. A dimensão *externa* corresponde aos atributos de *republicanismo* e *democraticidade*, que fazem do PROCESSO uma “instituição de garantia contrajurisdicional” [=EDUARDO COSTA], o que reafirma a conclusão da *MOCIÓN DE*

VALENCIA, no sentido de que o PROCESSO é *garantia* do indivíduo e da sociedade diante da JURISDIÇÃO, que é *poder*.

III

A primeira vez em que o nome de EUGENIA ARIANO DEHO me chegou aos ouvidos foi na cidade Chillán, no Chile, num congresso internacional que se realizou numa estação de esqui com águas termais. O evento foi sobre o anteprojeto de CPC chileno. Como eu havia escrito sobre a então recente *Reforma do CPC*,²³⁵ havida no Brasil, e por estar cursando Mestrado em Direito Processual na *Universidad Nacional de Rosario* (UNR), na Argentina, meu venerável mestre ADOLFO ALVARADO VELLOSO propôs aos organizadores do congresso que eu fosse um dos expositores, o que foi aceito. Estávamos em outubro de 2008.

Nesse congresso também teve fala JUAN MONTERO AROCA, outra inefável referência em minha trajetória processual-garantística. O professor de Valência ali também esteve para fazer o lançamento da edição chilena da clássica

²³⁵ Foram dois livros que escrevi em coautoria com Daniel Amorim Assumpção Neves, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Rodrigo Mazzei. São eles: *Reforma do CPC*, São Paulo : Editora

Revista dos Tribunais, 2006, e *Reforma do CPC* 2, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

obra por ele coordenada e intitulada *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, quince ensayos y Moción de Valencia*, que havia sido publicada em setembro daquele 2008 pela casa *Editorial Metropolitana*, de Santiago do Chile. A apresentação da edição chilena ficou a cargo de meu colega de *Instituto Pan-Americano de Direito Processual* (IPDP) DIEGO PALOMO VÉLEZ, professor da *Universidad de Talca*. A inegável relevância dessa obra fez com que ela também viesse a ser publicada no Peru pela *Editorial San Marcos*, de Lima, em 2009. A apresentação à edição peruana ficou a cargo de outro colega de *Instituto Pan-Americano*, GUIDO AGUILA GRADOS, que à época era o Presidente do Capítulo Peru do IPDP. Ainda há a edição argentina de “*Proceso e ideología*”, publicada em 2016 pela *Editorial Astrea*, de Buenos Aires. A exemplo da edição peruana, esta edição argentina também encarta, além da *Moción de Valencia*, a *DECLARACIÓN DE AZUL – El proceso civil en los países iberoamericanos*. A *Declaração de Azul* surgiu no ensejo do *X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*, ocorrido de 12 a 14 de novembro de 2008, na pequena e

aprazível cidade de Azul, sempre a cargo da *Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires* (UNICEN) e sob a supervisão geral de JULIO VÉLEZ, professor de direito processual da UNICEN e também meu colega de IPDP. Devo dizer que sob inspiração direta da *Moción de Valencia* e da *Declaración de Azul*, no Brasil, coube a mim redigir, em agosto de 2017, a *CARTA DE JUNDIAÍ – Pela compreensão e concretização do Garantismo Processual*, o primeiro manifesto brasileiro de vocação processual-garantística. A *Carta de Jundiaí* foi subscrita por juristas de todos os quadrantes do país e por outros tantos de vários países da América Latina. Após meu pedido, o sempre gentil Professor RENZO CAVANI traduziu-a ao espanhol²³⁶. As versões em português e espanhol da *Carta de Jundiaí* podem ser acessadas na *web*.

Essa obra, coordenada por MONTERO AROCA, foi originalmente publicada na Espanha em 2006, pela Tirant lo Blanch. Nela foram reunidos alguns textos que sintetizam as causas determinantes do surgimento do *saber* proposto pelo Garantismo Processual, cuja “queda da Bastilla” ocorreu na

²³⁶ Sob o título *Carta de Jundiaí – Por la comprensión y concreción del Garantismo Procesal*. Reitero a RENZO CAVANI o meu

sincero agradecimento pela impecável tradução que realizou.

conferência de encerramento das XVII *Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual*, em São José da Costa Rica, no outono do ano 2000²³⁷. Foi ali que JUAN MONTERO AROCA demonstrou que a *LEC* espanhola, publicada em 7 de janeiro daquele ano, havia superado as concepções “publicistas” e “autoritárias”, que marcaram a legislação processual civil ao largo do séc. XX pela Europa continental e América Latina. O texto base dessa conferência foi acrescentado de umas “quinze mil palavras” e se converteu, no ano de 2001, no livro *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, publicado na Espanha pela Tirant lo Blanch. Por iniciativa de FRANCO CIPRIANI este livro foi traduzido ao italiano sob o título *I prinipi politici del nuevo processo civile spagnolo*, tendo sido publicado por *Edizioni Scientifiche Italiane*, Napoli, no ano de 2002. A conferência de São José da Costa Rica, a edição espanhola do livro sobre os princípios políticos da *LEC* e sua tradução ao italiano, somado aos vários textos sobre o tema surgidos a

partir daí, levou MONTERO AROCA a organizar a coletânea “*Proceso civil e ideología*” em 2006. Neste momento surge novamente EUGENIA ARIANO DEHO em sua “Batalha” pelo *Garantismo Processual*, desta vez coadjuvada pela conjugação de três fatores: [i] sua proximidade com o processualista de Valência, [ii] sua proximidade com FRANCO CIPRIANI, [iii] sua iniciativa em *traduzir, organizar e publicar* no Peru textos do professor de Bari em 2003 [= *Batallas por la justicia civil – Ensayos*]. Aqui a “Batalha” de EUGENIA foi revelada no fato de ter realizado “*la mayor parte de las traducciones que del italiano al español han sido necesarias*”²³⁸ para que os textos pudessem ser incluídos nessa obra histórica, que é “*Proceso e ideología*”, um dos marcos fundantes do movimento em prol do *Garantismo Processual* na Ibero-américa.

IV

Das “Batalhas de EUGENIA” pelo *Garantismo Processual*, merece destaque sua *inestimável contribuição*

²³⁷ Cf. o meu texto “*Ativismo e Garantismo no processo civil: apresentação do debate*”, publicado originalmente na *Revista MPMG Jurídico*, nº 18, out/nov/dez de 2009, pp. 8-15, publicação oficial do Centro de Estudos do Ministério Público do Estado Minas Gerais. Tem sido reconhecido pela doutrina de meu país que

foi este texto que introduziu e fomentou no Brasil o despertar para o *Garantismo Processual* na processualcivilística

²³⁸ Conforme expressamente declarou JUAN MONTERO AROCA no prólogo da 1ª edição de “*Proceso e ideología*”.

em traduzir a parcela mais expressiva da obra garantista de FRANCO CIPRIANI para o espanhol. Mais do que uma *contribuição*, reputo que o empenho de EUGENIA com as traduções foi um *presente* que ela ofereceu à comunidade de estudiosos que pretendem compreender as relações do PROCESSO com a *liberdade* ou, dito de outra maneira, os motivos históricos pelos quais os códigos de “processo” (= *procedimento*) do século XX foram legislados em desarmonia com a *liberdade*.

Dentre os processualistas latino-americanos, EUGENIA ARIANO DEHO foi quem mais proximidade e amizade desenvolveu com FRANCO CIPRIANI²³⁹. Natural da cidade de Bari, CIPRIANI ali nasceu em 8 de novembro de 1939 e ali mesmo morreu, em 27 de abril de 2010. Após ter escrito e publicado algumas monografias durante os anos setenta, em 1979 conquistou a cátedra de direito processual civil na Universidade de Bari, onde se tornou Professor Ordinário²⁴⁰. MONTERO AROCA lembra que estes e outros escritos fizeram CIPRIANI bem conhecido no meio forense e acadêmico

de Bari, mas pouco conhecido na Itália e nada no plano internacional. Tudo começou a mudar quando ao final do ano de 1987 pediram a FRANCO CIPRIANI que dissertasse no seminário de estudos que seria realizado em abril de 1988, em homenagem a TOMMASO SICILIANI (1882-1964). JUAN MONTERO relembra que o professor de Bari levou a sério a incumbência e foi muito além de preparar palavras superficiais, que são próprias nessas ocasiões. Após suas pesquisas, CIPRIANI concluiu que não seria possível compreender a relevância do trabalho de um obscuro professor da região da Puglia, como houvera sido SICILIANI, sem lhe situar a época e os personagens do momento em que viveu. O título da intervenção oral de CIPRIANI em abril de 1988 foi: *Tommaso Siciliani tra Mortara e Chiovenda*. A partir daí, ele se deu conta de que o resgate de acontecimentos históricos que influenciaram o desenvolvimento do processualismo italiano era um campo pouco explorado pela doutrina. Em 1991, FRANCO CIPRIANI fez publicar um livro que “*iba a revolucionar*” a história do direito processual civil italiano: *Storie di*

²³⁹ Conforme lembrou JUAN MONTERO AROCA em 24 de setembro de 2010, na Universidad de Lima, na conferência de encerramento do XXIII Encuentro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, ao dissertar

sobre FRANCO CIPRIANI, que havia falecido em abril daquele ano. Cf. na edição argentina de *Proceso civil e ideología*, 2016, p. 455.

²⁴⁰ *Idem*, p. 457.

processualisti e di oligarchi. La procedura civile del regno d'Italia (1866-1936). No ano seguinte, 1992, CIPRIANI publicou um segundo livro de resgates históricos: *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquentenario dell'entrata in vigore*. A partir desses dois livros iniciais, FRANCO CIPRIANI aumentou sua produção na literatura jurídico-processual, com abordagens históricas que servem de *tête de chapitre* para a (re)construção de um PROCESSO comprometido com os valores e *garantias* constitucionais.²⁴¹

Por sua vez, pouco a pouco EUGENIA ARIANO DEHO foi se dando conta que nos anos posteriores ao CPC-Peruano de 1993, a tradicional *receita* de privilegiar a “*la autoridad sobre la libertad*” não estava colaborando em nada para a celeridade do processo civil ou para a produção de sentenças “*más justas*”. Nessa época, as “Batalhas de EUGENIA” em prol de um processo *antiautoritário* começam a ganhar musculatura, quando ela, então, começou a conhecer alguns trabalhos do

professor da Universidade de Bari. EUGENIA afirma que passou a identificá-los como textos “*desmitificantes*”, como “*trabajos que cuestionaban desde sus cimientos las abstractas certezas que yo misma hasta hacía poco tiempo tenía sobre las milagrosas ‘recetas publicísticas’ para curar los males de nuestra justicia civil*”²⁴². EUGENIA só foi conhecer pessoalmente FRANCO CIPRIANI na Argentina. Era novembro de 2000 e a processualista peruana lá esteve a convite de ADOLFO ALVARADO VELLOSO para dissertar em um congresso de direito processual voltado a “*denunciar las antigarantistas desviaciones publicísticas*”. Foi desse contato *tête-à-tête* com o ex-professor da Universidade de Bari que EUGENIA ARIANO sentiu a necessidade de iniciar a tradução de parte expressiva dos ensaios de CIPRIANI para o espanhol. Após dois anos de trabalho, publicou-se em Lima, em maio de 2003, a *inestimável* contribuição de EUGENIA ao *Garantismo Processual*, sob o título *Batallas por la Justicia Civil*, no qual se encontram reunidos diversos textos que

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 457-458. MONTERO AROCA ainda informa quais os livros vieram na sequência. São eles: *Ideologie e modeli del processo civile* (1997), *Avvocatura e diritto alla difesa* (1999), *Materiali per lo studio del Ordinamento Giudiziario* (2001), *Il processo civile nello Stato democratico* (2006), *Scritti in*

onore dei Padres (2006), *Piero Calamandrei e la procedura civile* (2009, 2ª edição).

²⁴² Cf. EUGENIA ARIANO, na “Presentación” à obra *Batallas por la justicia civil – Ensayos*, op. cit., XVI-XVII.

FRANCO CIPRIANI escreveu em sua “*pequeña batalla a favor del garantismo*”, conforme ele mesmo dizia²⁴³. À “*pequena batalla*” de CIPRIANI foram agregadas as “Batalhas de EUGENIA” pelo *Garantismo Processual*. A tradução ao espanhol dos ensaios de *desconstrução* autoritária, produzidos pelo professor italiano, figura dentre as mais relevantes das “Batalhas” empreendidas por EUGENIA ARIANO DEHO, pela compreensão do fenômeno PROCESSO a partir de sua dimensão constitucional republicaneamente acusatória e *garantista*.

V

É importante que se diga que EUGENIA não está sozinha nessas *batalhas*. Ela é um núcleo *gerador* e *incentivador* do *Garantismo Processual* em seu país, onde também há outros processualistas que pensam o PROCESSO a partir da *liberdade*.

No plano internacional, há o *Instituto Panamericano de Derecho Procesal* (IPDP), hoje sob a presidência do destacado jurista panamenho FEDERICO LEE. O IPDP congrega

processualistas de vários países ibero-americanos, que respeitam e difundem os postulados do *Garantismo Processual*. Ainda no plano internacional, também merece destaque a *Maestria en Derecho Procesal* da Universidad Nacional de Rosario (UNR-Argentina), que é dirigida por ADOLFO ALVARADO VELLOSO há mais de vinte anos e que já formou alunos de todos os lugares da América Latina, desde o México até a Terra do Fogo. Ali, na UNR o PROCESSO é ensinado na perspectiva *garantista*.

No Brasil, não é diferente. Sem embargo, por influência de LUIGI FERRAJOLI, a preocupação *garantística* ficou circunscrita ao ambiente da dogmática “processual” penal. Desde o último trimestre de 2009, a temática do *Garantismo* passou a se tornar conhecida pela doutrina interna da processual-civilística²⁴⁴. Algum tempo depois, em setembro de 2012, pela abertura que foi dada por LÚCIO DELFINO e FERNANDO ROSSI, as portas do já tradicional *Congresso de Direito Processual de Uberaba* se abriram para que ali fossem discutidos temas relacionados ao *Garantismo Processual*. Nesta ocasião, estiveram no Brasil para participar da 6ª edição do

²⁴³ Cf. EUGENIA, “Presentación”, XVIII.

²⁴⁴ Cf. o meu texto, já mencionado, “*Ativismo e Garantismo no processo civil: apresentação do*

debate”, publicado originalmente na *Revista MPMG Jurídico*, nº 18, out/nov/dez de 2009, *passim*. Este escrito é localizável na *web*.

Congresso de Uberaba nomes como JUAN MONTERO AROCA e ADOLFO ALVARADO VELLOSO. Deste fato acabou surgindo a coletânea de textos *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*, tendo sido publicada no primeiro semestre de 2013 pela Editora JusPodium, da qual fui um dos coordenadores²⁴⁵. Mais ou menos nessa mesma época, e novamente pela generosidade de seus diretores, e hoje ilustres *garantistas*, LÚCIO DELFINO e FERNANDO ROSSI, a *Revista Brasileira de Direito Processual* (RBDPro) passou a recepcionar e a veicular textos de autores nacionais e estrangeiros desde a mirada *garantista*. No ano de 2015, a RBDPro passou a ser o veículo oficial de divulgação do IPDP no Brasil.

Em março de 2016 foi fundada a *Associação Brasileira de Direito Processual* (ABDPro), que teve como seu primeiro presidente outro notório *batalhador* pelo *Garantismo*, EDUARDO COSTA. A ABDPro tem por vocação institucional combater o *hiperpublicismo processual* e, exatamente por isso, pode-se dizer que seus quase quatrocentos membros

espalhados por todos os Estados brasileiros têm tomado contato com as diretrizes do *Garantismo*. A *Associação Brasileira de Direito Processual* tem realizado encontros nacionais, que procuram abordar os mais diversos temas de caráter garantista.

Com apoio da diretiva internacional do IPDP e da ABDPro, e recepcionado pela *Faculdade de Direito Padre Anchieta* (FADIPA) – minha *Alma Mater* –, desde 2017 é realizado o *Colóquio Internacional de Processo de Jundiaí*, integralmente voltado à difusão do *Garantismo Processual*. Neste ano de 2020 seria realizada a sua 4ª edição entre os dias 15 e 16 de maio, tendo sido adiada *sine die* por conta da crise planetária gerada pelo novo coronavírus. Foi na 1ª edição deste *Colóquio Internacional* onde foi lida pela primeira vez a *CARTA DE JUNDIAÍ*, conforme já mencionei.

O *Garantismo Processual* também vem ganhando espaço no meio acadêmico. No final do segundo semestre de 2018, foi defendida e aprovada, ao que tudo indica, a primeira tese de doutoramento no Brasil a sustentar que o modelo de processo

²⁴⁵ Sobre o fato de a coletânea ter sido impulsionada pela vinda de MONTERO AROCA e ALVARADO VELLOSO para a 6ª edição do Congresso de Uberaba, cf. a “Nota dos coordenadores”, pp.9-11, *Ativismo Judicial e*

Garantismo Processual, Salvador: Ed. JusPodium, 2013, coords.: FREDIE DIDIER JR. GLAUCO GUMERATO RAMOS, JOSÉ RENATO NALINI e WILSON LEVY.

desenhado na Constituição da República é de inescandível perfil *garantista*. Trata-se da tese de MATEUS COSTA PEREIRA, defendida perante a *Universidade Católica de Pernambuco* (UNICAP). A edição comercial da tese foi publicada com o título “*Introdução ao Estudo do Processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*”, Editora Letramento (Casa do Direito), 2020. A pedido de MATEUS coube a mim escrever o posfácio desta obra.

Em fevereiro de 2019 foi lançada a *Coluna Garantismo Processual* na página *web* Empório do Direito [=https://emporiiododireito.com.br/colunas/garantismo-processual]. Sob a coordenação de EDUARDO COSTA e ANTÔNIO CARVALHO, ali são publicados ensaios *garantistas* semanalmente. A *Coluna Garantismo Processual* do site Empório do Direito é alimentada por textos de Antônio José Carvalho da Silva Filho, Diego Crevelin de Sousa, Eduardo José da Fonseca Costa, Glauro Gumerato Ramos, Júlio Cesar Rossi, Luciana Benassi Gomes Carvalho, Lúcio Delfino, Igor Raatz, Mateus Costa Pereira, Natascha Silva Anchieta, William Galle Dietrich.

Esse breve bosquejo histórico de dez anos, naturalmente incompleto em relação a nomes e datas, mas fiel a uma

realidade hoje existente em meu país, autoriza-me o seguinte vaticínio: caminhamos a passos firmes rumo ao que, em breve, poderá vir a ser chamada de ***Escola brasileira de Garantismo Processual***. Como eu disse no início deste ensaio, o *Garantismo* é um movimento ainda incipiente; somos poucos os *garantistas*, mas em número crescente. Disse também que não existe um “único” *Garantismo Processual*. A síntese destes elementos resulta na possibilidade de ser criada e desenvolvida uma epistemologia toda própria, naturalmente a partir de uma *racionalidade jurídica* de raiz constitucional, que venha a confirmar o óbvio, ainda não enxergado pelos estatólatras da processualística, no sentido de que o *macro fenômeno jurídico-constitucional*, a que chamamos de PROCESSO, é *garantia* contra o poder, ou, conforme vem sendo repetido pelos *garantistas* brasileiros, o *processo é uma instituição de garantia contrajurisdicional* [=EDUARDO COSTA].

As “Batalhas de EUGENIA” também são as nossas *batalhas*. E isso naturalmente nos dá um sentido de irmandade, que nos enlaça à *liberdade* garantida desde as nossas Constituições.

VI

EUGENIA ARIANO DEHO é uma referência do *Garantismo Processual* em seu país e na América Latina. Penso que a transcendência de sua obra está radicada no empenho que teve em traduzir importantes textos, nos quais FRANCO CIPRIANI *desconstruiu* alguns mitos que geraram a formação de uma processualística (ultra)autoritária que, ao largo do século XX, insistiu em milagrosas “*recetas publicísticas*”. Conforme demonstrou CIPRIANI, o *juiz poderoso* do “Código Klein”, do CPC italiano de 1940 e dos códigos processuais surgidos a partir deles na América Latina, nunca esteve a serviço das *garantias* dos demandantes. Ao contrário, estes códigos converteram-se em legislações que, de uma maneira ou de outra, puseram-se a serviço do *poder* e não da *garantia*, da *autoridade* e não da *liberdade*. A “chave” para mudar esse *estado de coisas* passa pela consciência de que o PROCESSO é um *macro fenômeno jurídico-constitucional*. Se assim o é, impõe-se sua compreensão e manejo como *garantia contra o poder* (=contrajurisdicional) e não como *instrumento de poder*. A partir daí faz-se necessário reconhecê-lo em sua *unitariedade constitucional*. Ou seja, as

regras de seu funcionamento estão ancoradas na Constituição e nas Convenções internacionais que vigoram em determinado *tempo* e em determinado *espaço*. E mais: aquilo a que chamamos de “processo” civil, penal ou laboral, na verdade é o regramento legislativo dos *procedimentos* a que se referem. Logo, o código que os regula deveria se chamar código de “procedimento”, e não código de “processo”. Há uma razão histórica para esse *giro* de nomenclatura e isso também foi denunciado pelo ex-professor de Bari. Essa troca de nome – ou “*cambio de sexo*” [=CIPRIANI] – na respectiva disciplina universitária, mudando de “*procedimento civil*” para “*processo civil*”, deve-se diretamente a CHIOVEDA, quando aos trinta anos de idade assumiu como professor extraordinário, para o ano acadêmico 1901-1902, a cátedra de “*Procedura civile e ordinamento giudiziario*” da Faculdade de Direito da Universidade de Parma²⁴⁶. Aqui, temos mais um momento de *dívida* com EUGENIA e suas *batalhas*. Não fosse ela e suas traduções a impulsionar a difusão dos estudos de FRANCO CIPRIANI na América Latina, certamente algumas dessas *denúncias* feitas pelo professor

²⁴⁶ Cf. CIPRIANI, Franco. “Giuseppe Chiovenda en Parma – De la ‘*procedura civile*’ al ‘*diritto*

processuale’”, em *Batallas por la justicia civil – Ensayos*. Op. cit., pp. 485-505.

italiano não teriam chegado tão facilmente até nós!

VII

Metaforicamente é possível dizer que *de batalha em batalha* seguimos levando a vida. Certamente muitas dessas *batalhas* nos motivam para a *caminhada* até mais do que a própria *chegada*. Assim nos faz lembrar Konstantinos Kaváfis, em *Ítaca*. Tudo isso para dizer que as “Batalhas de EUGENIA” pelo *Garantismo Processual* devem seguir, até mesmo pela projeção acadêmica que tem em seu país. De uma forma geral, essas *batalhas* também dizem respeito a todos nós processualistas, que respeitamos o *republicanismo*, a *democraticidade* e a *liberdade* estabelecidas por nossas Constituições. Em suma, a todos nós que respeitamos o PROCESSO e que, a partir dele, queremos ver o desenvolvimento regular dos *procedimentos* civil, penal, laboral que existem nos códigos que foram elaborados *legislativamente* em nossos países.

Neste momento, em que caminho para o fechamento deste ensaio, que se publicará no *Liber Amicorum* em homenagem a Professora EUGENIA ARIANO DEHO, dirijo-lhe um *convite* que bem poderia ser um *desafio*; um

respeitoso *desafio* acadêmico; um *convite-desafio*, portanto. O faço até mesmo em razão da projeção e do prestígio que sabidamente EUGENIA desfruta em seu país, ao mesmo tempo que também o faço para que mais essa empreitada possa se agregar às suas grandiosas *batalhas* pelo *Garantismo Processual*. Em miúdos: um pedido *grande* para alguém que é *grande*. Talvez seja um *convite-desafio* a ser dirigido a todos nós. Lá vai:

- Professora EUGENIA,

Talvez tenha chegado a hora de nós processualistas compreendermos que o “processo” (=procedimento!) civil, penal, laboral, ou qualquer outra adjetivação que se queira dar, deve *iniciar* pelo estudo do PROCESSO, cuja matriz de compreensão está na textualidade da Constituição e das Convenções internacionais que vigoram em nossos países. Portanto algo que vai muito além da vetusta *teoria geral do processo* que consta nos manuais. Talvez tenha chegado a hora de instituímos nas grades acadêmicas dos cursos de

graduação, uma *disciplina autônoma* que pode vir a ser denominada de **DIREITO DO PROCESSO**, a ser ensinada *antes* de os alunos começarem a estudar o “procedimento” civil, penal, laboral etc. A partir daí ensinaríamos aos jovens da Faculdade os *fundamentos mínimos* do saber jurídico que lhes permitirá compreender *garantisticamente* esse macro fenômeno *jurídico-constitucional*, a que chamamos de PROCESSO. Com o domínio prévio deste saber, penso que será mais fácil ao futuro profissional do direito compreender que de “*garantia contra o poder*” se trata, e não de “*instrumento deste*”. Se obtivermos *êxito*, auxiliaremos os jovens a “escapar” das *armadilhas históricas-autoritárias* que nos foram legadas. Se *fracassarmos*, talvez veremos frustradas boa parte de nossas *batalhas*. Se no passado o *discurso autoritário* nos “aprisionou”,

na atualidade o *discurso garantista* poderá (re)afirmar que é sob uma ordem constitucional que vivemos, ordem essa que prevê um ambiente de *liberdade* e não de arbítrio estatal.

As “Batalhas de EUGENIA” pelo *Garantismo Processual* seguirão nos ensinando, notadamente no que respeita a sua *inestimável contribuição* em traduzir ao espanhol diversos ensaios de FRANCO CIPRIANI, revelando o empenho do professor de Bari em suas *Batallas por la Justicia Civil*.

À Professora EUGENIA ARIANO somos todos gratos!

Jundiaí (Brasil), maio de 2020

**A CONTRIBUIÇÃO DE ARRUDA
ALVIM PARA A
COMPREENSÃO DA TEORIA
GERAL DOS DIREITOS REAIS²⁴⁷**

Glauco Gumerato Ramos²⁴⁸

Arruda Alvim: uma “lenda viva”

Qualquer elogio que se queira fazer ao nosso professor será absolutamente redundante. Arruda Alvim – não há dúvida – é um dos juristas mais completos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e deste país, e todos sabemos disso. Além do direito processual civil, cujo domínio é absoluto, Arruda Alvim versa *ex professo* sobre as mais diversas áreas do direito público e do direito privado. Basta que se confira o sem-número de artigos científicos e de pareceres que nosso professor rotineiramente viabiliza para publicação.

Era o primeiro semestre de 2001, numa das primeiras aulas do curso de mestrado/doutorado em processo civil daquele ano. À época, dentre outros,

eram meus colegas de classe figuras hoje bem conhecida entre os processualistas de São Paulo. Lembro, por exemplo, de Luiz Manoel Gomes Júnior, Zaiden Geraige Neto e Washington Rocha de Carvalho (todos de Barretos, a quem eu dava carona até o hotel onde estavam hospedados); Wanessa de Cássia Fançolin (na época assistente no bacharelado da PUC/SP e advogada do escritório do nosso professor); e Jefferson Carús Guedes, que também trabalhava no escritório do professor e era seu assistente nas aulas da pós-graduação *stricto sensu*.

Após sua preleção, o professor Arruda Alvim abria os debates e franqueava a palavra aos alunos para que se manifestassem a respeito do assunto tratado, foi quando então se dirigiu a mim com certo questionamento. Naquele momento, que era a primeira vez em minha vida que estava tendo contato tão próximo com a figura formidável de Arruda Alvim, não contive minha satisfação e cometi um desses excessos – verdadeiro “mico”! – que às vezes cometemos, mas que não me arrependo.

²⁴⁷ Publicado originalmente na coletânea *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. pp. 251-257.

²⁴⁸ Presidente para o Brasil do Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP). Diretor

de Relações Internacionais da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí (FADIPA). Advogado em JUNDIAÍ

Antes de responder a pergunta a mim dirigida, por impulso incontido, acabei externando oralmente a minha alegria de estar diante daquele jurista tão importante para a história do Direito brasileiro, e conclui dizendo que todos nós, naquele momento, estávamos diante de uma “lenda viva”... Tão logo terminei de falar, Arruda Alvim, com a serenidade e a cordialidade que o caracteriza, olhou para mim e disse: “nem tão viva assim, não é doutor...”.

Foi o que bastou para, daí em diante, o hoje amigo-irmão Jefferson Carús Guedes sempre lembrar dessa história quando estamos juntos com outros colegas da área, e, obviamente, aproveitar para me zombar daquela atitude incontida. Mas eu não me importo. Como disse, não me arrependo desse “mico”, e é com entusiasmo ímpar que presto minha singela colaboração a esta coletânea de estudos em homenagem a Arruda Alvim.

Arruda Alvim e os direitos reais

Já há muito tempo, o professor Arruda Alvim é responsável por um módulo semestral no curso de mestrado/doutorado em que se estuda com profundidade a temática dos direitos reais. E a partir de seus ensinamentos, de cujo módulo também fui aluno, o estudo

do desenvolvimento da posse e dos direitos reais tornou-se um referencial na pós-graduação *stricto sensu* da PUC/SP, que é frequentado não apenas por alunos da área de concentração em direito civil, mas também em direito processual civil, direito ambiental, direito administrativo, dentre outros. Só essas aulas, por si só, já são um forte indicativo da contribuição de Arruda Alvim para a compreensão e estudo dos direitos reais.

Mas o que pretendo ressaltar nas linhas que seguem, é um texto clássico do nosso professor, que foi produzido há mais de vinte anos e está publicado numa obra coletiva, que foi coordenada pelo civilista da USP Yussef Said Cahali (*Posse e propriedade – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987).

O texto de Arruda Alvim encartado nessa obra tem o seguinte título: “Breves anotações para uma Teoria Geral dos Direitos Reais”. Nele, nosso professor elencou os principais elementos que caracterizam o sistema dos direitos reais, e a partir dessa teoria geral, tornou-se mais fácil identificar cientificamente quando um determinado direito estará subsumido ao respectivo regime jurídico, inclusive com todas as implicações de ordem prática daí advindas.

Nosso objetivo aqui será descrever os elementos que configuram a teoria geral dos direitos reais, na linha do que fez Arruda Alvim nesse seu texto clássico e que, não tenho dúvida, representa uma expressiva contribuição do nosso mestre ao estudo e à dinâmica do regime jurídico dos direitos reais.

Organização da teoria geral dos direitos reais

Em qualquer dos quadrantes da ciência jurídica, uma teoria geral serve para explicar e identificar uma determinada categoria ou instituto dentro dos confins que são próprios à respectiva teoria. Assim ocorre, por exemplo, com a teoria geral do crime, a teoria geral dos contratos, a teoria geral da prova, a teoria geral dos recursos, etc. O mesmo se dá com a teoria geral dos direitos reais, na qual, a partir dela, fica mais fácil ao intérprete concluir quando e qual direito estará sujeito ao regime jurídico próprio dos direitos reais.

Arruda Alvim organizou sua teoria geral dos direitos reais, fundamentalmente, sob dois aspectos: i) distinção ontológica entre os direitos pessoais e os direitos reais; ii) identificação e descrição dos princípios gerais que orientam os direitos reais.

Direitos pessoais e direitos reais: distinção do regime jurídico

Dentre as várias classificações que se pode dar às categorias do direito privado (direito pessoal ou obrigacional, direito real, direito das relações familiares, direitos da personalidade, etc.), existem algumas teorias que pretendem ora agrupá-los, ora separá-los. Trataremos especificamente dos direitos obrigacionais (ou pessoais) e dos direitos reais.

Existe, por exemplo, a *teoria unitária*, que entende que os direitos obrigacionais e os direitos reais pertencem a uma mesma categoria, cujo critério da *patrimonialidade* seria suficiente para explicar a equivalência dos respectivos fenômenos.

Todavia, para alguns, haveria uma absorção do direito obrigacional pelo direito real, e a partir daí, a teoria unitária seria qualificada de *realista*, certamente por se entender que haveria uma preponderância dos direitos reais sobre os direitos obrigacionais. Esse modo de compreensão da realidade chama-se de *teoria unitária realista*.

Para outros, ao contrário e em contraposição à teoria unitária *realista*, o direito real estaria assimilado aos direitos obrigacionais, não havendo entre eles diferenças essenciais. A essa teoria

chamou-se de *teoria unitária personalista*, exatamente porque a preponderância seria dos direitos pessoais (ou obrigacionais).

Contudo, na linha das reflexões de Arruda Alvim, há concreta dificuldade em unificar o regime jurídico dos direitos obrigacionais com o dos direitos reais. Por essa razão, a adesão do nosso mestre foi expressa àquela que se chama de *teoria dualista*, já que esta dá a exata dimensão das disparidades existentes entre ambos os regimes jurídicos, o que significa dizer que direitos obrigacionais e reais têm, cada qual, uma dinâmica de funcionamento que lhe é própria.

A teoria *dualista* – que separa o regime dos direitos obrigacionais dos reais –, conclui Arruda Alvim, é a mais correta, e foi nessa perspectiva que o mestre organizou sua teoria geral dos direitos reais.

4.1 Direitos pessoais: características

Os direitos pessoais, também chamados de direitos obrigacionais ou de crédito (deixando de lado a discussão dos civilistas acerca de qual seria a terminologia correta a ser empregada), têm seu arquétipo estrutural regido pelo direito das obrigações (CC, Parte Especial, Livro I), cuja dinâmica se

desenvolve a partir da relação jurídica material, que é formada pelo *sujeito ativo* (credor), pelo *sujeito passivo* (devedor) e pelo *objeto da obrigação* (dar, fazer ou não-fazer).

O vínculo obrigacional surge de uma das quatro fontes clássicas das obrigações: i) a lei, ii) o contrato, iii) a declaração unilateral de vontade, e iv) o ato ilícito. Originado de qualquer uma dessas quatro situações, o vínculo obrigacional ligará sujeitos de direito determinados ou, ao menos, determináveis, sendo que a respectivo direito pessoal só será oponível diante de quem estiver atrelado ao sujeito ativo por força do vínculo obrigacional.

O fato de o titular do direito pessoal só poder fazer valer o respectivo direito em face de quem com ele estiver vinculado, é um atributo típico dessa categoria de direitos. Direitos com essa característica são aqueles que a doutrina tradicionalmente chama de *direito relativo*, ou seja, só se pode fazer valer o direito obrigacional perante o sujeito *passivo* determinado ou, ao menos, determinável, conforme restou estabelecido pelo vínculo obrigacional. Vale dizer: no plano do direito material, o titular do direito pessoal (sujeito ativo) só satisfaz seu direito se o *sujeito passivo* a ele vinculado fizer a sua parte,

consistente no *dar*, ou no *fazer*, ou no *não-fazer* a que estiver obrigado.

Em miúdos, a fruição (= satisfação) de um direito obrigacional depende da participação efetiva do respectivo *sujeito passivo*, identificado, ou ao menos identificável, desde o fato jurígeno criador da obrigação. É essa a lógica do regime dos direitos pessoais.

Por fim, respeitados os requisitos de validade do negócio jurídico previstos no art. 104 e incisos do Código Civil brasileiro, a criação de direitos obrigacionais pelos interessados não encontra limites, sendo uma decorrência lógica-jurídica da própria *autonomia da vontade*.

4.2 Direitos reais: características

Em linhas gerais, os direitos reais podem ser divididos em: direito real pleno (= direito real de propriedade, o *direito real por excelência*) e direito real limitado (= direitos reais sobre coisas alheias). E o direito real de propriedade, por sua vez, é considerado a *matriz* da qual se extraí todos os demais direitos reais previstos pelo direito positivo.

Os direitos reais estão sistematizados no direito das coisas (CC, Parte Especial, Livro III). Mas não é só. Sendo o direito de propriedade a *matriz* de todos os demais direitos reais, e

partindo do princípio de que o perfil do direito de propriedade decorre de um *mosaico normativo* (ARRUDA ALVIM), que vai da Constituição da República, passando pelo CC, por leis federais especiais (Estatuto da Terra, Estatuto da Cidade, Parcelamento de Solo Urbano etc.), e também por leis municipais (referentes ao direito de construir), não fica difícil concluir que os direitos reais estão sujeitos a uma dinâmica que lhe é própria.

Seja qual for o direito real que se queira imaginar, sua lógica de funcionamento passa ao largo da ideia da relação jurídica (= sujeito ativo, sujeito passivo e objeto da obrigação). Tendo em vista que o objeto do direito real são as coisas – móveis ou imóveis –, somado ao fato de que não há relação jurídica entre o *sujeito* e uma determinada *coisa* (já que relação jurídica só existe entre sujeitos de direitos), o que caracteriza o direito real é um *vínculo de sujeição de uma determinada coisa perante o sujeito de direito*.

Entenda-se: é a coisa ligada ao sujeito de direito, na qual lhe é possível exercer alguns ou todos os poderes inerentes ao direito de propriedade (= usar, gozar, dispor; CC, art. 1.228, *caput*), o que variará de acordo com o direito real do qual se é titular, vale dizer, direito real pleno (propriedade), ou

direito real *limitado* (direito real sobre coisa alheia).

Para que haja a fruição (= satisfação) do direito real por parte de seu titular, não é necessária a participação de qualquer outro sujeito, tal como ocorre no direito obrigacional, no qual o sujeito ativo só terá seu direito satisfeito se houver o adimplemento por parte do sujeito passivo.

Pretendendo o titular de um direito real fazer valer seu respectivo direito, basta que ele próprio *use*, *goze* ou *disponha* (conforme o caso) da coisa que lhe estiver subordinada por força do direito real de que é titular.

Por exemplo, para que o usufrutuário exerça seu direito real de usufruto (direito real limitado = direito real sobre coisa alheia), basta que o respectivo sujeito *use* e *frua* da coisa usufrutuária que lhe estiver sob sujeição. Ou seja, para a satisfação do direito real não é necessária a participação de quem quer que seja (= sujeito passivo), exatamente porque, nesta sede, não há que se falar em relação jurídica.

Rejeita-se, aqui, a ideia antiga dos civilistas – certamente ligados à *teoria unitária personalista* – do sujeito

passivo universal, segundo a qual todos os demais sujeitos de direito estariam “obrigados” a respeitar o direito real alheio. E rejeita-se por duas razões de ordem lógica: i) a figura do *sujeito passivo* está ligada à relação jurídica material, atributo específico do direito obrigacional; ii) imaginar-se que todas as pessoas do planeta (*sujeito passivo universal*) tenham que respeitar o direito real alheio é uma ficção doutrinária incompatível com o trato científico dos direitos reais, mesmo porque haverá direitos reais que existem num dado ordenamento jurídico e que não existem em outros (v.g., o direito real de superfície que, até o advento do Estatuto da Cidade, e posteriormente confirmado no CC/2002, não existia no direito positivo brasileiro, mas existia, por exemplo, no direito civil alemão, no austríaco, dentre outros²⁴⁹).

O direito real, portanto, é exercido sem que seja necessária a participação de mais ninguém, além de viabilizar ao seu titular que o exerça em face de quem quer seja. Aqui, temos um dos principais atributos do direito real: a oponibilidade *erga omnes*.

²⁴⁹ Para uma visão panorâmica do direito de superfície no direito comparado, ver, do nosso companheiro da Comissão Parte Geral/Direito das Coisas na III Jornada de Direito Civil

STJ/CJF, VIEGAS DE LIMA, Frederico Henrique. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 71-188.

Essa possibilidade de o direito ser oponível *erga omnes* constitui-se naquilo que tradicionalmente a doutrina classifica como *direito absoluto*. *Absoluto*, não no sentido de que com ele (=direito) o respectivo titular pode fazer o que bem entender, não é isso. *Absoluto*, isso sim, em razão da presença desse importante atributo, que é a possibilidade de o respectivo titular poder fazer valer o seu direito diante de quem quer que seja, portanto, em caráter *erga omnes*.

Outros direitos também têm essa característica, tal como o são os direitos da personalidade, os direitos decorrentes das relações de família, dentre outros, cujo titular não precisa estar vinculado a outrem, por meio de uma relação jurídica prévia, para que o direito possa ser exercício ou mesmo respeitado por quem quer que seja. O direito real é *absoluto*, repita-se, em razão desse seu atributo de ser oponível *erga omnes*, nada mais.

Princípios dos direitos reais

Os direitos reais incidentes sobre bens móveis ou imóveis são regidos por princípios gerais, e a partir deles torna-se possível identificar quando uma determinada categoria jurídica estará sujeita ao regime jurídico próprio dos direitos reais.

Além de trabalhar todos eles em suas aulas de mestrado/doutorado na PUC/SP, Arruda Alvim identificou e versou sobre cada um deles no texto clássico a que se fez menção. Vejamos:

*5.1 Princípio da taxatividade (ou “*numerus clausus*”)*

O princípio da taxatividade, também chamado de *numerus clausus*, significa que só será direito real aquele que o legislador *federal* prescrever como tal. Vale dizer, não é possível a criação de direito real derivado da *autonomia da vontade*, como acontece com os direitos obrigacionais. Em matéria de direitos reais, a representação máxima do princípio da taxatividade no direito civil brasileiro é o art. 1.225 do CC, que prescreve quais são os direitos reais no direito positivo, a saber: propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca, anticrese.

O direito real de enfiteuse foi derogado pelo CC/2002, não sendo mais possível sua instituição. Contudo, como regra de direito intertemporal, o Código Civil prevê em suas Disposições Finais e Transitórias que as enfiteuses existentes continuarão a ser regidas pelas disposições contidas no CC/1916, até o

advento do termo de sua extinção (art. 2.038).

Por força do princípio da taxatividade, não se admite a criação de direitos reais nem pelo legislador não-federal, nem pela autonomia da vontade.

5.2 Princípio da tipicidade

Do princípio da tipicidade se extrai que cada um dos direitos reais *taxativamente* previstos no ordenamento jurídico está submetido a um *tipo* que lhe é próprio. Vale dizer, cada um dos direitos reais submete-se a uma *tipologia* que o caracteriza e que dá o seu contorno, não admitindo flexibilização das respectivas regras.

O direito real de propriedade – como já dito, a *matriz* dos demais direitos reais – tem sua tipologia prevista num *mosaico normativo* (ARRUDA ALVIM), que vai da Constituição da República, passando pelo Código Civil e por leis especiais, até passar pelo direito municipal. Isso não quer dizer, obviamente, que o fato de o legislador local fixar regras, para, por exemplo, o direito de construir, seria uma exceção ao princípio da taxatividade, em absoluto. Mesmo porque o direito real de propriedade tem sua *matriz* fundamentalmente radicada no *tipo* que o Código Civil – na perspectiva

constitucional (= função social) – lhe reservou (arts. 1.228 a 1.368-A).

O direito real de hipoteca, por sua vez, tem seu *tipo legal* previsto entre os artigos 1.473 a 1.505 do Código Civil, com as disposições gerais que lhe são próprias (CC, art. 1.419 a 1.430).

E assim por diante, cada um dos direitos reais *taxativamente* previstos no Código Civil submete-se a um *tipo legal* (= tipologia) que lhe é próprio, não se admitindo flexibilização das respectivas regras.

Ao que me parece, a grande virtude do princípio da tipicidade é que a partir dele se torna possível classificar os direitos reais sob certos critérios, por exemplo, qual deles se admite recaia sobre bem móvel ou imóvel, ou, ainda, qual dos poderes inerentes à propriedade (usar, gozar e dispor) este ou aquele direito real admite que se tenha sobre a coisa, também, ainda à guisa de exemplo, qual direito real está subordinado a termo pré-fixado ou não, apenas para ficarmos com algumas situações.

Mais um aspecto que posso citar para realçar a *tipicidade* que orienta os direitos reais é a exceção quanto à constituição do direito real de penhor sobre veículos. Ordinariamente, o direito real sobre bem móvel, por ato *inter vivos*, constitui-se com a tradição da coisa (CC,

art. 1.226). Em se tratando de penhor sobre veículo, a constituição do gravame não se dá com a tradição, mas, sim, com o registro do título constitutivo do penhor no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor e com a anotação no respectivo certificado de propriedade (CC, art. 1.462). Ou seja, é o *tipo* do direito real de penhor que admite, expressamente, que no caso de penhor de veículo, o gravame não será constituído por meio da tradição. Veja-se, portanto, a importância e dimensão do princípio da tipicidade para a teoria geral dos direitos reais.

5.3. Princípio da oponibilidade “*erga omnes*”

Como já foi dito, o direito real é oponível *erga omnes*. Vale dizer, o respectivo titular poderá fazer valer o seu direito em face de quem quer que seja, independente de uma relação jurídica prévia.

A oponibilidade *erga omnes* é um dos atributos mais marcantes dos direitos reais, e exatamente por isso é que somente o legislador federal, por meio de *tipos rígidos*, poderá estabelecer *taxativamente* qual direito real integrará o ordenamento jurídico.

5.4 Princípio da publicidade (bem imóvel) e princípio da visibilidade (bem móvel)

O princípio da publicidade, que também orienta o regime dos direitos reais, decorre de sua oponibilidade *erga omnes*. Ora, se o direito real é oponível perante quem quer que seja, é necessário que as pessoas saibam: i) qual direito real existe no ordenamento jurídico (princípio da taxatividade); ii) qual dentre os direitos reais existe sobre uma determinada coisa, para que se possa respeitá-lo (princípio da oponibilidade *erga omnes*); iii) que efetivamente um determinado direito real existe em relação a um determinado bem (princípio da publicidade). Em miúdos: é necessário saber quem é o titular de um direito real.

O princípio da publicidade sofre pequena variação em se tratando de direito real sobre bem imóvel ou sobre bem móvel.

No caso de direito real *imobiliário*, o regime dos direitos reais criou a regra da *registrabilidade*, sendo que a instituição/aquisição de um direito real sobre bem imóvel somente ocorrerá com o registro do título aquisitivo (via de regra, escritura pública; CC, art. 108) no Registro de Imóveis competente (CC, art. 1.227; LRP, art. 167, I). A partir do

registro, institui-se e adquire-se direito real sobre imóvel, seja direito real sobre coisa própria (propriedade), seja qualquer dos direitos reais sobre coisa alheia. Saliento, porém, que essa dinâmica é própria para aquisição *derivada* do direito real, o que se dá por meio de ato *inter vivos* (negócio jurídico).

Em se tratando de direito real *mobiliário*, o princípio da publicidade apresenta-se mediante a *visibilidade* decorrente da posse, que se concretiza após a *tradição* em se tratando de aquisição derivada (CC, art. 1.226). Por tal motivo, Arruda Alvim pontifica que em sede de direito real *mobiliário*, o princípio da publicidade, à mingua de *registrabilidade*, deve ser denominado de *princípio da visibilidade*, que decorre justamente da posse do bem móvel, objeto do direito real, de propriedade ou sobre coisa alheia.

Não se pode esquecer, contudo, que o direito real – mobiliário ou imobiliário – também poderá ser adquirido de forma *originária*, por meio de usucapião, por exemplo, e ainda como decorrência do direito hereditário.

5.5 Princípio da especialização (ou inerência)

Este é o princípio informativo que decorre da sujeição da coisa ao respectivo titular do direito real. Vale dizer, o bem móvel ou imóvel objeto do direito real estará vinculado ao respectivo titular até que, fundado em qualquer das razões legalmente possíveis, o sujeito não tenha mais direito real sobre a coisa.

5.6 Princípio da elasticidade (ou desmembramento)

Fundamentalmente são três os poderes (o art. 1.228 do CC fala em *faculdade*) que o titular do direito real poderá ter sobre a coisa – usar, gozar, dispor –, o que variará conforme o *tipo* (princípio da tipicidade) previsto para o respectivo direito real.

Tendo em vista que todos os direitos reais têm como *matriz* o direito real de propriedade, torna-se possível que se institua em favor de outrem algum direito real *limitado* (= direito real sobre coisa alheia). E o direito real será *limitado* exatamente porque o respectivo titular terá alguns, jamais todos, dos poderes previstos no art. 1.228 do Código Civil (mais uma vez: usar, gozar, dispor).

Tome-se como exemplo o direito real de usufruto. O *nu-proprietário* (dono da coisa) institui em favor de

outrem o usufruto. A este, *usufrutuário*, serão transferidos pelo *nu-proprietário* apenas os poderes (= faculdades) de *usar* e *gozar* a coisa usufrutuária (CC, art. 1.394). O *nu-proprietário*, por sua vez, reserva para si o outro poder, o de *dispor*.

Note-se que houve um *desmembramento* (= elasticidade) dos poderes inerentes à propriedade das mãos do dono da coisa para o *usufrutuário*, que a partir da instituição do usufruto terá o direito de *usar* e *gozar*, o que lhe faz titular de direito real sobre coisa alheia.

Ou seja, o regime jurídico dos direitos reais permite que se *desdobrem* os poderes que lhe são inerentes. É este o sentido do *princípio da elasticidade*.

5.7. Princípio da consolidação

Se na dinâmica dos direitos reais, é possível o desmembramento dos poderes de usar, gozar e dispor, a tendência é que estes poderes, tão logo cesse a vigência do respectivo direito real, retornem para as mãos do proprietário.

Portanto, retornando ao proprietário os poderes de usar, gozar e dispor, ocorrerá a *consolidação* de todos os respectivos poderes nas mãos de um só sujeito, eis o *princípio da consolidação*.

6. Identificação de um direito real a partir dos elementos da teoria geral

A partir dos princípios acima elencados, é possível identificar um determinado direito como *real*, ou, mais precisamente, identificá-lo como subsumido ao regime jurídico dos direitos reais, ainda que não esteja presente no rol do art. 1.225 do Código Civil.

Imaginemos uma compra e venda de imóvel na qual foi estabelecido pacto de retrovenda, instituindo-se em favor do alienante o *direito de retrato* (CC, art. 505).

O direito de retrato está previsto no Código Civil, lei federal (*taxatividade*); a dinâmica do direito de retrato submete-se ao modelo rígido previsto pelos arts. 505 a 508 do CC (*tipicidade*); uma vez estabelecida a cláusula de retrovenda, o direito de retrato é oponível em face do próprio adquirente ou de eventual terceiro, conforme previsão do art. 507 (oponibilidade *erga omnes*); o título representativo da compra e venda com pacto de retrovenda será registrado no Registro de Imóveis competente, tal como determina o art. 1.227 do Código Civil e o art. 167, I, 29 da Lei de Registros Públicos (*publicidade*); estabelecida a retrovenda, a coisa

alienada sujeitar-se-á ao direito de retrato do alienante, que uma vez exercido resolverá a propriedade do adquirente (*especialização* ou *inerência*); os poderes de usar, gozar e dispor foram transferidos ao adquirente com a compra e venda (*elasticidade*); uma vez exercido o direito de retrato, todos os poderes inerentes à propriedade retornarão para a esfera jurídica do alienante ou de seus herdeiros, caso estes, por força do art. 507, o exerçam (*consolidação*).

Este é apenas um exemplo de como a teoria geral dos direitos reais, e em especial os respectivos *princípios*, podem colaborar com o intérprete para identificar se um dado direito previsto no ordenamento jurídico *federal* estará sujeito ao regime jurídico próprio dos direitos reais.

Arruda Alvim, citando Arnaldo Medeiros da Fonseca, entende que também seria um direito real – portanto, oponível *erga omnes* – o direito de retenção por benfeitoria que o sistema de direito privado outorga ao possuidor de boa-fé (CC, art. 1.219). A única variação é que o princípio da publicidade, no caso do direito de retenção, não se aperfeiçoa pela *registrabilidade*, mas, sim, pela *visibilidade* decorrente do exercício da posse.

CONCLUSÃO

Segue o rol das conclusões a que se chegou:

- i) A importância da doutrina de Arruda Alvim para o estudo e a compreensão dos direitos reais é manifesta, seja por suas aulas sobre o tema no mestrado/doutorado da PUC/SP, seja pelo seu texto clássico a que se fez referência (Breves anotações para uma Teoria Geral dos Direitos Reais. In: CAHALI, Yussef Said. *Posse e propriedade – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987);
- ii) A teoria geral dos direitos reais está apoiada, substancialmente, na distinção existente entre o regime jurídico dos direitos pessoais e dos direitos reais, e na elaboração dos princípios que regem os direitos reais;
- iii) São princípios dos direitos reais: taxatividade (ou *numerus clausus*), tipicidade, oponibilidade *erga omnes*, publicidade (imóvel) e visibilidade (móvel), especialização (ou *inerência*), elasticidade (ou *desmembramento*), consolidação;
- iv) A partir dos princípios dos direitos reais, torna-se possível ao intérprete identificar, além dos taxativamente previstos no art. 1.225 do Código Civil, outros direitos previstos pelo legislador federal que, pela sua fisionomia,

submeter-se-ão ao regime jurídico próprio dos direitos reais, como, por exemplo, o direito de retrato e o direito de retenção por benfeitoria que o sistema concede ao possuidor de boa-fé, dentre outros que eventualmente estejam subsumidos aos princípios que regem os direitos reais.

CARTA DE JUNDIAÍ:
Pela compreensão e concretização do
Garantismo Processual

Glauco Gumerato Ramos²⁵⁰

1. O direito processual legislado e aplicado no Brasil segue à mercê da realização de uma espécie de *dirigismo* – ou ativismo judicial – protagonizado pela pessoa física exercente do poder jurisdicional. Denuncia-se situação assemelhada nos países vizinhos da América Latina, como também nalguns outros da Europa continental.

É mais comum do que deveria ser observar juízes e tribunais solucionando os problemas que lhes são submetidos a partir de pautas utilitaristas voltadas a saciar o “senso pessoal de justiça” do julgador ou – o que é tão grave quanto – a dar uma espécie de “resposta” ao clamor popular por “justiça” diante de certas situações. Sempre que isso acontece, a constitucionalidade das regras que estruturam o *devido processo* é amesquinhada pelo arbítrio solipsista da autoridade responsável pelo ato de fala decisional. Tais caprichos idiossincráticos invadem a *arte do proceder* (=concessão de liminares e

direção do procedimento probatório, por exemplo) e a *arte do julgar*, sendo esta última, invariavelmente, o *prius* dos deveres republicanos que a Constituição outorga ao Poder Judiciário. Essa realidade factual avassala todos os quadrantes e instâncias dos assim chamados processos *civil*, *penal* e *trabalhista*. Este último, vale dizer, operado em ambiente cujas práticas de poder projetam nossa lembrança empírica mais ao *modus operandi* do Poder Executivo e menos à funcionalidade constitucional do Poder Judiciário, talvez por ainda trazer consigo o ranço *pragmático-administrativo* que lhe marcou o perfil quando de sua criação pelo Estado Novo varguista.

2. A etiologia das várias distorções que subvertem e fragilizam as garantias constitucionais que estruturam a ontologia do *Processo* tem origem em fatores diversos, e a doutrina, quando se resigna em racionalizar com isenção ideológica, descreve os porquês desse estado de coisas. No mundo ibero-americano, *hispano-parlante*, por exemplo, JUAN MONTERO AROCA, desde Espanha, e ADOLFO ALVARADO VELLOSO, da vizinha

²⁵⁰ Professor de Direito Processual Civil da FADIPA. Presidente para o Brasil do Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP). Diretor de Relações

Internacionais da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado em JUNDIAÍ-SP.

Argentina, há quase duas décadas vêm chamando a atenção da comunidade de processualistas para o fato de que o processo que praticamos apresenta-se refém de soluções de cariz casuístico-autoritário. No Brasil, uma nova geração de estudiosos do processo civil e penal, das mais variadas origens e formações, vem refletindo e escrevendo contra as lições aqui reinantes, que nos foram passadas e que acabaram sendo assimiladas irrefletidamente, sem a devida compatibilização com as garantias processuais postas ao nível constitucional. Fora dos estritos confins da processualísticas, LÊNIO STRECK e outros *críticos hermeneutas do Direito* vêm colaborando intensamente com a comunidade jurídica nacional para exortar-lhe a refletir sobre o conteúdo argumentativo que dá suporte a certos atos decisórios orientados por uma inescandível excentricidade.

3. Mas para além das pessoas e suas singulares ideias, o movimento de (re)pensar *garantisticamente* o processo também vem do plano institucional, e a CARTA DE JUNDIAÍ, sem prejuízo de outras, põe em evidência três instituições que vêm reverberando agudamente o *Garantismo Processual* em nosso país. São elas: [i] o Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP), no plano internacional e interno, por meio de seu

Capítulo Brasil, [ii] a Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e [iii] a Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Estas três instituições processuais mostram-se abertamente vocacionadas a “molecularizar” pessoas e a atomizar pensamentos de viés processual *garantista*. Não por outra razão que a ABDPro tem sua missão institucional radicada em dois critérios materiais básicos: 1) combater o “hiperpublicismo” processual, que tem alçado o juiz a um – excessivo – protagonismo, e 2) renovar a metodologia dogmático-processual a partir de recentes conquistas filosóficas, mormente nas áreas da lógica, epistemologia, hermenêutica e linguagem.

4. Mas o que pode ser entendido por *Garantismo Processual*? O *Garantismo* é uma forma de pensar o Processo em suas dimensões *analítico-legal*, *semântico-conceitual* e *pragmático-jurisprudencial* como efetiva GARANTIA do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição. Se processo é *garantia*, jurisdição é *poder*, e este só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia estabelecidas no plano constitucional, como o devido processo, o contraditório

(=direito das partes, não do juiz), a ampla defesa, a imparcialidade, a imparcialidade, a *acusatoriedade*, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes, a presunção de inocência, *et cetera*. O *Garantismo Processual*, ainda, respeita e leva a sério o papel contramajoritário da Constituição e das garantias por ela estabelecidas, além de racionalmente empreender, em caráter pedagógico, na dissuasão de posturas dogmático-discursivas que, contraditórias à Liberdade constitucionalmente garantida, contemplam proposições e soluções jurisdicionais *ex parte principis* reveladoras de arbítrio. O *Garantismo Processual* também implica um tipo de concentricidade que remete o seu discurso à cláusula do *due process of law*, que por resplandecer no núcleo fundante dos direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição da República, faz do Processo uma *instituição de garantia*, e não um ambiente político estatal para que o Judiciário atue para conflagrar a macrocósmica visão de mundo dos agentes públicos que o integram.

Logo, qualquer postura racional (=plano das ideias) ou realizacional (=plano prático) que rejeite a utilização do Processo como ambiente *autoritário-*

volitivo-criativo será uma postura de salvaguarda do processo como garantia. Portanto, uma postura consentânea com o *Garantismo Processual* e todos os multifacetados valores constitucionais nos quais se encontra aninhado.

5. Se pelas lentes da ciência política, a visão *garantista* do processo possa ser identificada com eventual inclinação filosófica mais *liberal*, muito além de qualquer rompante ideológico é de singular importância apreender o *Garantismo* como postura que reivindica o manejo técnico do processo a partir daquilo que, funcional e constitucionalmente, ele é: o local adequado onde alguém (=autor) pedirá uma determinada providência coativa em face de outrem (=réu) para que um terceiro (=juiz), após contraditório e ampla defesa exercidos pelos litigantes, decida com base em regras pré-estabelecidas, naturalmente compatíveis com a Constituição.

Portanto, legislação, doutrina, jurisprudência, advogados públicos ou privados, defensores públicos, juízes, representantes do Ministério Público, não podem pretender outra coisa que não seja pensar e operar o processo jurisdicional a partir das pautas republicanas e democráticas estatuídas pela Constituição, sem que se perca de vista que a cláusula do *devido processo*

legal e suas derivações fazem do Processo uma *instituição de garantia*, que não se compadece com investidas político-subjetivas por parte do Judiciário ou de seus agentes.

Do contrário, estaremos nós, operadores do processo, notadamente as autoridades judiciais, dissimulando o próprio despotismo diante da sociedade leiga jurisdicionada, à guisa de um mal-acabado arremedo de oligarquia jurídico-processual responsável por um ilegítimo, irracional e antirrepublicano “governo de ocasião”, gerado pelo ativismo judicial e destilado no processo pelas decisões que são decretadas por seu intermédio.

O *Garantismo Processual* é capaz de arrefecer o ativismo judicial, por isso é preciso compreendê-lo e concretizá-lo.

Seguiremos fazendo a nossa parte!

Quarta releitura da CARTA, na oportunidade do “IV Colóquio Internacional de Direito Processual de JUNDIAÍ”, neste ano em Homenagem ao Prof. Dr. RONALDO BRÊTAS.

Faculdade de Direito Pe. Anchieta (FADIPA), em 02 de outubro de 2020

SIGNATÁRIOS:

Adolfo Alvarado Velloso

(ARGENTINA)

Juan Montero Aroca **(ESPANHA)**

Arruda Alvim **(SP)**

Araken de Assis **(RS)**

Eduardo Arruda Alvim **(SP)**

Eduardo José da Fonseca Costa **(SP)**

Glauco Gumerato Ramos **(SP)**

Ives Gandra da Silva Martins **(SP)**

Lênio Luiz Streck **(RS)**

Nelson Nery Jr. **(SP)**

Min. Castro Filho **(DF)**

Paulo Henrique dos Santos Lucon **(SP)**

Ronaldo Brêtas **(MG)**

Adriana Regina Barcelos Pegini **(PR)**

Airton Sebastião Bressan **(SP)**

Alejandro Abal Oliú **(URUGUAI)**

Alexandre Freire Pimentel **(PE)**

Alexandre Moraes da Rosa **(SC)**

Ana Clara Manassero **(ARGENTINA)**

Ángela Sofía Olmedo **(PARAGUAI)**

Amanda Lobão Torres **(MA)**

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave **(RN)**

André Luiz Costa Xavier de Souza **(PE)**

André Luiz Maluf de Araujo **(MS)**

Andrea Meroi **(ARGENTINA)**

Antônio Carlos Ferreira de Souza Júnior **(PE)**

Antônio de Moura Cavalcanti Neto **(PE)**

Antônio José Carvalho da Silva Filho **(PR)**
Antônio Pedro Melchior **(RJ)**
Bruno Regis Bandeira Ferreira Macedo **(PA)**
Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá **(SP)**
Carlos Henrique Soares **(MG)**
Cláudio Antônio Soares Levada **(SP)**
Claudio Puccinelli **(ARGENTINA)**
Cristiano Duro **(MG)**
Cora Farias **(VENEZUELA)**
Daniela Marchi Magalhães **(SP)**
Daniel Octávio Silva Marinho **(AM)**
Danilo Nascimento Cruz **(PI)**
Danilo Pereira Lima **(SP)**
Diana Guimarães Melo **(PE)**
Diego Crevelin de Sousa **(ES)**
Dolivar Gonçalves Júnior **(ES)**
Eduardo De Oro **(ARGENTINA)**
Erazê Sutti **(SP)**
Evie Nogueira e Malafaia **(BA)**
Fábio Jacyntho Sorge **(SP)**
Fauzi Hassan Choukr **(SP)**
Fernanda Gomes e Souza Borges **(MG)**
Fernando Gama de Miranda Netto **(RJ)**
Flávia Spinassé Frigini **(ES)**
Flávio Buonaduce Borges **(GO)**
Francisco Pinochet Cantwell **(CHILE)**
Gabriel Angel Hernandez Villarreal **(COLOMBIA)**
Geocarlos Augusto Cavalcante **(SP)**
Georges Abboud **(SP)**
Guilherme Sarri Carreira **(GO)**
Gustavo Calvinho **(ARGENTINA)**

Heloísa Maron Fraga **(SP)**
Hugo Botto Oakley **(CHILE)**
Igor Raatz **(RS)**
Ivan Silveira Laino **(SP)**
Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior **(PB)**
Janaína Soares Noletto Castelo Branco **(CE)**
Joel Melgarejo Allegretto **(PARAGUAI)**
Jorge E. Alvarado **(ARGENTINA)**
Jorge Federico Lee **(PANAMÁ)**
José Henrique Mouta Araujo **(PA)**
José Nabuco Galvão de Barros Filho **(SP)**
Jovanny Boss **(COLOMBIA)**
Juarez Rogério Félix **(SP)**
Júlio César Rossi **(SP)**
Julio Comparato Velez **(ARGENTINA)**
Lara Dourado Mapurunga Pereira **(CE)**
Lúcio Delfino **(MG)**
Marcelo Pereira de Almeida **(RJ)**
Marcelo Pichioli da Silveira **(PR)**
Márcio Cândido da Silva **(SP)**
Marco Ernesto Briseño García Carrillo **(MÉXICO)**
Marco Paulo Denucci di Spirito **(MG)**
Marcos de Araújo Cavalcanti **(PE)**
Mariana Hamud Morato de Andrade **(SP)**
Mariana Ribeiro Oliveira **(MG)**
Marsel Botelho **(PE)**
Mateus Costa Pereira **(PE)**

Matusalém Jobson Bezerra Dantas **(RN)**

Natascha Silva Anchieta **(RS)**

Newton Ramos Neto **(MA)**

Patricia Antón **(PANAMÁ)**

Pedro Cavenaghi Neto **(SP)**

Rafael Alves de Luna **(PE)**

Rafael Caselli Pereira **(RS)**

Renata Fonseca Ferrari **(SP)**

Renê Francisco Hellman **(PR)**

Renzo Ivo Cavani Brain **(PERU)**

Rodrigo da Cunha Lima Freire **(RN)**

Rorbert Marcial Gonzalez

(PARAGUAI)

Roberto Pinheiro Campos Gouveia

Filho **(PE)**

Rodrigo Saraiva Marinho **(CE)**

Rosely Galvão Mota Chaves **(SP)**

Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro **(SP)**

Teresa Borges Garcia **(VENEZUELA)**

Thiago Caversan Antunes **(PR)**

Vinicius Silva Lemos **(RO)**

Virginia Pardo Iranzo **(ESPANHA)**

Welligton Borghi **(ES)**

William Galle Dietrich **(RS)**

Ziel Ferreira Lopes **(RS)**

Zulmar Duarte de Oliveira Junior **(SC)**