RODRIGO RAMINA DE LUCCA

DISPONIBILIDADE PROCESSUAL: OS INTERESSES PRIVADOS DAS PARTES DIANTE DA NATUREZA PÚBLICA DO PROCESSO

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR FLÁVIO LUIZ YARSHELL

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

RODRIGO RAMINA DE LUCCA

DISPONIBILIDADE PROCESSUAL: OS INTERESSES PRIVADOS DAS PARTES DIANTE DA NATUREZA PÚBLICA DO PROCESSO

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa da Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Flávio Luiz Yarshell.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO RAMINA DE LUCCA

A DISPONIBILIDADE PROCESSUAL: OS INTERESSES PRIVADOS DAS PARTES DIANTE DA NATUREZA PÚBLICA DO PROCESSO

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Processual Civil no Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: Professor Titular Flávio Luiz Yarshell

_____

Membros: Prof.

_____

Prof.

_____

Prof.

_____

Prof.

_____

Prof.

_____

São Paulo, _____ de _____ de 2018.

RESUMO

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. A Disponibilidade Processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2018.

Este trabalho propõe duas teses. A primeira tese é que existem no Direito Processual Civil brasileiro diversas hipóteses de disponibilidade processual e procedimental que não são estudadas e enfrentadas de forma sistemática, embora decorram de um mesmo fundamento principiológico e consistam, todas elas, em manifestações da liberdade processual das partes. A segunda tese é que todas essas hipóteses de disponibilidade processual devem ser agrupadas sob a regência do princípio dispositivo devidamente redimensionado. São então estudadas concretamente algumas das manifestações de disponibilidade processual, sempre com o intuito de compatibilizá-las com a natureza pública da função jurisdicional, a eventual indisponibilidade de direitos sobre os quais versa o processo e o respeito a direitos e interesses juridicamente protegidos de terceiros.

Palavras-chave: Disponibilidade processual; princípio dispositivo; publicismo; liberdade; princípio da demanda; correlação entre demanda e tutela jurisdicional; aquiescência; renúncia; desistência; disponibilidade fática; *iura novit curia*; convenções processuais.

RÉSUMÉ

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Le principe dispositif: les intérêts privés des parties et la nature publique du droit judiciaire privé*. Doctorat en Droit. Faculté de Droit. Universidade de São Paulo, 2018.

Ce travail propose deux thèses. La première thèse est qu'il y a, au droit judiciaire privé brésilien, beaucoup de situations de disponibilité de la procédure et de l'instance qui ne sont pas étudiées et abordées d'une manière systématique par la doctrine, bien qu'elles reposent sur un même principe et soient des manifestations de la liberté processuelle des parties. La deuxième thèse est que toutes ces situations de disponibilité doivent être groupées sous la régence du principe dispositif, correctement renouvelé. Se sont donc étudiées, concrètement, quelques de ces manifestations du principe dispositif dans le but de les rendre compatible avec la nature publique du droit judiciaire privé, avec l'indisponibilité des droits substantiels et avec l'obligatoire respect des droits et des intérêts protégés des tiers.

Mots-clés: principe dispositif ; droit public; liberté ; principe de la demande ; principe de l'indisponibilité de l'objet du litige ; acquiescence ; la maîtrise de la matière litigieuse ; la délimitation des faits ; *iura novit curia* ; les conventions relatives au procès.

ABSTRACT

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Liberty in Litigation: private interests and the public nature of civil procedure*. Doctorate in Law. Law School. Universidade de São Paulo, 2018.

The author presents two theses. The first thesis is that there are, in Brazilian civil procedure, several situations in which the parties may act according to their private autonomy that do not receive a systematical approach by the doctrine, although these situations derive from the same principle and represent, all of them, acts of procedural liberty. The second thesis is that all these situations of procedural liberty should be grouped together under the rule of a renewed principle of party-presentation. Once established these theses, then some of the manifestations of the parties' procedural liberty are studied in order to make them compatible with the public nature of civil procedure.

Keywords: Principle of party-presentation; liberty; adversarial system; inquisitorial system; due process of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 15
§1º As teses propostas..... 20
§2º A estrutura do trabalho..... 22
§3º Esclarecimentos metodológicos..... 24

CAPÍTULO PRIMEIRO – O PRINCÍPIO DISPOSITIVO

1. O princípio dispositivo..... 26
2. Os modelos processuais..... 29
3. A bipartição do princípio dispositivo..... 30
4. As concepções tradicionais do princípio dispositivo..... 32
5. Críticas às concepções tradicionais..... 35
6. O real significado do princípio dispositivo..... 38
7. Fundamentos do princípio dispositivo: liberdade, imparcialidade e segurança..... 40
7.1. Liberdade e autonomia privada..... 41
7.2. A imparcialidade do órgão julgador..... 45
7.3. Segurança jurídica..... 47
8. Fundamentos dogmáticos do princípio dispositivo..... 48
9. Princípio dispositivo e o sistema de ônus processuais..... 49
10. Manifestações do princípio dispositivo: disponibilidade jurisdicional e disponibilidade processual em sentido estrito..... 50
10.1. Disponibilidade jurisdicional..... 51
10.2. Disponibilidade processual em sentido estrito..... 53
11. Autonomia privada e o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo civil..... 54
12. Disponibilidade processual e disponibilidade material..... 56
13. Princípio dispositivo e os chamados "processos inquisitivos" (ou processos necessários)..... 60
14. Princípio dispositivo e o impulso oficial..... 62
15. Princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz..... 66
15.1. Os 'poderes' instrutórios são deveres..... 68

15.2. A solução para o problema dos deveres-poderes instrutórios: diálogo e informação..... 69

CAPÍTULO SEGUNDO – CAPÍTULO SEGUNDO – A PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO E A DERROCADA DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO

16. A *summa divisio* público-privado.....72
17. Os problemas da aplicação da *summa divisio* ao processo civil.....74
18. Privatismo e publicismo no processo civil..... 75
19. O processo civil contratual do *ordo iudiciorum privatorum* e a publicização do processo no Império Romano.....78
20. O novo ciclo entre privatismo e publicismo na Baixa Idade Média..... 84
21. A formação do Direito Comum e a instituição das bases para o publicismo do processo moderno.....91
22. O processo civil moderno e a domesticação da função jurisdicional: o processo francês napoleônico.....95
23. O nascimento do Direito Processual como ciência autônoma: a abstração do poder de ação e os pressupostos processuais de Bülow.....100
23.1. A abstração do poder de ação..... 101
23.2. Os pressupostos processuais e a relação jurídica processual pública..... 104
24. O Código de Klein e a função social do processo.....106
25. As raízes socialistas do Código de Klein: a obra de Anton Menger..... 111
26. A adoção da doutrina 'publicística' por Giuseppe Chiovenda.....114
27. A importância da obra de Chiovenda e a difusão do 'publicismo' na Itália..... 117
28. O Código de Processo Civil brasileiro de 1939..... 118
29. O Código de Processo Civil italiano de 1940..... 121
30. O Código de Processo Civil português de 1939, "reformado" em 1961..... 124
31. O Código de Processo Civil soviético de 1964.....126
32. O Código de Processo Civil da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) de 1975.....129
33. As consequências da 'publicização' e a desvalorização da autonomia privada no processo civil: a rejeição do princípio dispositivo pela doutrina publicística.....132

CAPÍTULO TERCEIRO – O RESGATE DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O EQUILÍBRIO ENTRE LIBERDADE E AUTORIDADE

34. A natureza pública do processo.....135
35. Os acertos e benefícios do publicismo.....138
36. Publicismo não significa autoritarismo.....139
37. Publicismo, privatismo, autoritarismo e liberdade.....141
38. O publicismo deve servir aos jurisdicionados, e não ao Estado.....142
39. A superação dos mitos do publicismo-autoritário.....146
39.1. O mito de que sistemas autoritários reduzem os poderes do juiz: a abolição do processo civil pelo autoritarismo.....146
39.2. O mito da atribuição de poderes ao juiz para a busca da verdade material.....150
39.3. O mito das decisões 'justas': a função do processo e do devido processo legal.....153
40. Os problemas do "princípio da cooperação" e a sua inaptidão para substituir o princípio dispositivo.....157
41. A saturação do autoritarismo e o resgate do princípio dispositivo.....160
42. O princípio dispositivo como princípio de liberdade.....164

CAPÍTULO QUARTO – A DISPONIBILIDADE DA AÇÃO E DA DEMANDA

43. Princípio dispositivo, inércia jurisdicional e ação.....167
44. Princípio dispositivo e demanda judicial.....170
45. Princípio dispositivo e o mérito do processo.....172
46. Demanda e defesa.....175
47. Demanda inicial, reconvenção e demais demandas.....179
47.1. As ações dúplices.....180
48. Disponibilidade do pedido.....184
48.1. Disponibilidade do pedido, certeza e determinação.....187
48.2. A cumulação "própria" de pedidos: simples e sucessiva.....188
48.3. A cumulação "imprópria" de pedidos: eventual e alternativa.....190
48.4. Os pedidos condicionais e eventuais.....193
48.5. A interpretação do pedido.....194
48.6. A inexistência de pedidos implícitos.....199
48.7. A inclusão de matérias no objeto do processo por determinação legal.....200

48.8. A alteração do pedido por manifestação de vontade das partes..... 201
49. A disponibilidade sobre a composição dos polos processuais..... 202
49.1. A composição dos polos processuais..... 203
49.2. A exigência da legitimidade ad causam..... 204
49.3. Litisconsórcio facultativo..... 205
49.4. Litisconsórcio facultativo: alternativo, eventual e sucessivo..... 208
49.5. Litisconsórcio necessário..... 210
49.6. A excepcionalidade do litisconsórcio necessário……..... 211
49.7. Inexistência de litisconsórcio ativo necessário..... 215
50. A disponibilidade da causa de pedir..... 217
50.1. Causa de pedir, fatos e Direito..... 218
50.2. Cumulação de causas……..... 224
50.3. A inexistência de causas de pedir implícitas..... 225
51. A indisponibilidade da ação e da demanda pelo Estado: a regra da correlação..... 225
51.1. A correlação e os elementos da demanda..... 228
51.2. Decisões *extra petita*, *citra petita* e *ultra petita*..... 229
52. A correlação entre pedido, decisão e coisa julgada..... 233

CAPÍTULO QUINTO – A DISPONIBILIDADE DO RESULTADO DO PROCESSO

53. A disponibilidade do resultado do processo..... 238
54. Aquiescência à decisão..... 238
54.1. Hipóteses de aquiescência à decisão: expressa ou tácita, total ou parcial..... 242
54.2. Sobre os limites temporais à aquiescência à decisão..... 244
54.3. Aquiescência à decisão e a interposição de recursos..... 245
54.4. O efeito devolutivo dos recursos e a aquiescência parcial…..... 247
54.5. A proibição da *reformatio in peius*..... 250
54.6. Efeito devolutivo e as questões de ordem pública ……..... 252
54.7. Os limites do chamado "efeito translativo" e o princípio dispositivo..... 253
54.8. A renúncia à faculdade recursal e a desistência do recurso..... 255
54.9. A legítima restrição da liberdade da parte para a tutela dos litisconsortes unitários..... 258
54.10. A legítima restrição da liberdade da parte para a tutela de terceiros..... 259
54.11. Aquiescência, renúncia, desistência e os recursos adesivos..... 261

54.12. Sobre os limites temporais à renúncia ao recurso e à desistência do recurso..... 264
54.13. Sobre a rejeição da desistência do recurso para que o tribunal possa criar precedentes..... 266
54.14. Aquiescência, renúncia, desistência e direitos indisponíveis..... 269
54.15. Aquiescência, renúncia, desistência e ação rescisória..... 270
55. Transação..... 270
55.1. Os limites da atividade judicial na transação..... 272
56. Renúncia à pretensão (art. 487, III, c do NCPC)..... 273
56.1. A confusão entre renúncia processual e renúncia material..... 274
56.2. Renúncia à pretensão processual, e não ao direito..... 276
56.3. A natureza da sentença fundada na renúncia..... 280
56.4. As consequências da renúncia à pretensão no plano material …..... 281
56.5. Limites à renúncia à pretensão: a disponibilidade material..... 283
56.6. Segue: a inexistência de decisão de mérito transitada em julgado..... 285
57. Reconhecimento da procedência do pedido..... 286
57.1. Reconhecimento parcial ou total do pedido..... 286
57.2. A natureza processual do instituto..... 287
57.3. Reconhecimento do pedido e confissão……..... 290
57.4. Reconhecimento do pedido e direitos indisponíveis..... 291
57.5. A eficácia vinculante do reconhecimento do pedido..... 291
57.6. A rejeição do instituto pela doutrina italiana e pelo *codice di procedura civile* de 1940..... 292
57.7. Os problemas da eficácia vinculante do reconhecimento do pedido..... 294
57.8. A fundamental diferença entre o julgamento fundado no reconhecimento do pedido e a homologação da transação..... 296
57.9. Os limites ao reconhecimento do pedido: proposta de equilíbrio entre a liberdade do réu e a função jurisdicional..... 297
58. Rescindibilidade das sentenças fundadas em atos de disposição..... 300

CAPÍTULO SEXTO – A DISPONIBILIDADE FÁTICA

59. O princípio dispositivo e o monopólio da apresentação dos fatos pelas partes: o ônus da alegação..... 306
60. Fatos primários (essenciais) e fatos secundários (simples)..... 308

61. A disponibilidade dos fatos primários: a causa de pedir.....311
61.1. O art. 493 do NCPC e a suposta inserção de fatos novos no processo de ofício.....313
62. A disponibilidade dos fatos primários: os fatos extintivos, modificativos e impeditivos.....317
63. A disponibilidade dos fatos secundários.....325
64. A disponibilidade fática e a verdade processual: os consensos fáticos estabelecidos pelas partes.....326
65. Confissão.....328
65.1. Confissão e admissão.....331
65.2. Confissão e os fatos que não são contrários ao próprio interesse.....332
65.3. Os efeitos da confissão: críticas à concepção de que a confissão de fatos disponíveis não é vinculante ao Estado-juiz.....334
66. A admissão dos fatos: o efeito vinculante da incontrovérsia.....336
66.1. O efeito vinculante do fato admitido.....337
66.2. A admissão dos fatos e a revelia.....339
67. A verdade processual e outros ônus processuais.....340
68. A preclusão da faculdade probatória.....341
69. Exceção ao princípio dispositivo: os fatos notórios.....342
70. Disponibilidade fática e o ônus probatório.....345
71. Disponibilidade fática e os deveres-poderes instrutórios do juiz.....347

CAPÍTULO SÉTIMO – A INDISPONIBILIDADE JURÍDICA (*IURA NOVIT CURIA*)

72. A divisão de atribuições entre juiz e partes: o monopólio dos fatos pelas partes e o monopólio do Direito pelo juiz.....349
73. A indisponibilidade do Direito: o "princípio de jurisdição".....350
74. A indisponibilidade do Direito e a disponibilidade jurídica.....353
75. O aforismo *iura novit curia*.....354
76. As fontes do aforismo *iura novit curia*.....355
77. As cinco consequências fundamentais do *iura novit curia* no processo civil.....358
78. O significado do art. 357, §2º do NCPC.....360
79. Limites ao *iura novit curia*: a decisão judicial não pode se afastar do mérito ou dos fatos alegados pelas partes.....361
80. O *iura novit curia* é um dever imposto ao juiz, e não uma faculdade.....363

81. A inexistência de "inovação jurídica" no processo.....364
82. A oposição de embargos de declaração para suprir omissões jurídicas.....366
83. A vedação às "decisões-surpresa" e *iura novit curia*.....367
84. A "exceção" à indisponibilidade do Direito: prova de normas jurídicas não vigentes no local em que exercida a jurisdição..... 372
85. A indisponibilidade do Direito e os juízos de equidade.....373

CAPÍTULO OITAVO – DISPONIBILIDADE PROCESSUAL EM SENTIDO ESTRITO

86. A disponibilidade processual em sentido estrito.....374
86.1. A indisponibilidade processual em sentido estrito: as questões de ordem pública..... 376
87. Desistência da demanda..... 376
87.1. Sobre a concordância do réu com a desistência da demanda..... 378
87.2. A injustificada exceção do art. 1.040, §§ 1º a 3º do NCPC..... 380
88. Abandono do processo..... 381
89. Suspensão convencional do processo..... 382
90. Revelia..... 383
91. A renúncia às faculdades processuais..... 385
92. A desistência pela parte de faculdades processuais previamente exercidas.....386
93. As exceções processuais..... 387
93.1. As objeções processuais..... 389
94. As convenções processuais atípicas (art. 190 do NCPC).....390
94.1. Pressupostos de existência e validade das convenções processuais.....393
94.2. Limites às convenções processuais: validade e restrições legais..... 395
94.3. Controle judicial das convenções processuais.....402
94.4. A liberdade das partes e a disponibilidade das faculdades e garantias processuais..... 403
94.5. A regra geral sobre a licitude do objeto das convenções processuais..... 405
94.6. As questões indisponíveis e de ordem pública..... 405
94.7. Sobre as convenções envolvendo questões de ordem pública que interessam às próprias partes..... 406
94.8. A impossibilidade de disposição sobre ônus, faculdades, poderes, deveres e direitos de terceiros..... 408
94.9. A vinculação do Estado-jurisdição às convenções processuais: limites..... 408

94.10. A criação de obrigações processuais..... 410
94.11. As consequências do descumprimento da convenção processual..... 410
94.12. O distrato e a novação da convenção processual..... 411
94.13. Sobre a proposta de convenção processual..... 412
95. O calendário processual (art. 191 do NCPC)..... 412

CONCLUSÃO..... 416

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 419

INTRODUÇÃO

Talvez nenhum outro tema seja tão estrutural e gere tantas consequências ao Direito Processual quanto as relações entre os interesses privados das partes que compõem os polos do processo e o interesse público do Estado na prestação jurisdicional.

Com efeito, desde a segunda metade do século XIX, o desenvolvimento processual foi pautado pelo pensamento de que o processo e a jurisdição não servem apenas às partes, mas desempenham relevante função pública – a chamada "função social do processo". A concepção publicística do processo foi determinante ao florescimento do Direito Processual como ciência autônoma do Direito Material, seja ao permitir o rompimento com a teoria imanentista da ação, seja ao impulsionar a sistematização dos pressupostos processuais por Bülow – considerado o marco do nascimento da ciência processual.

O publicismo processual marcou profundamente a doutrina italiana do século XX. Chiovenda, p.ex., defendia que a função precípua da jurisdição era realizar o direito objetivo mediante uma "relação jurídica de direito público de fato independente da relação substancial que é objeto da lide";[1] para Carnelutti, não era o processo que servia às partes, mas as partes que serviam ao processo ao proporcionar ao Estado a oportunidade de aplicar o direito;[2] Calamandrei criticou a "lide" de Carnelutti por acentuar o interesse privado das partes, denotando uma concepção privatista e, portanto, ultrapassada do processo.[3] E assim foi durante as décadas seguintes.

A França, marcada pela dualidade (ou trialidade) jurisdicional e uma profunda divisão entre Direito Público e Direito Privado,[4] observa a sua doutrina moderna

---

[1] CHIOVENDA, Giuseppe. *Del sistema negli studi del processo civile*. p. 233.

[2] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. p. 409.

[3] CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*. p. 204 e ss.

[4] Todo o sistema de ensino jurídico francês, incluindo a carreira docente, é pautado na divisão entre Direito Público e Direito Privado. Sobre o tema, BONNET, Baptiste; DEUMIER, Pascale. *Avant-propos*. p. IX-X; BONNET, Baptiste. *La summa divisio droit public-droit privé, chimère ou pierre angulaire?* p. 3 e ss.;

render-se ao publicismo processual, inclusive no que diz respeito ao processo desenvolvido na jurisdição judiciária "privada".[5]

Ao final da década de 90 do século passado, a Inglaterra editou um "Código de Processo Civil" (*Civil Procedure Rules*) com um objetivo bastante claro: retirar o processo do controle das partes e transferi-lo aos tribunais.[6] Faziam parte das diretrizes do novo processo civil inglês a descoberta da verdade, a proporcionalidade e a celeridade.[7]

A publicização do processo é, portanto, um fenômeno generalizado que, em maior ou menor medida, atingiu e tem atingido os países de tradição jurídica ocidental.

Esse movimento publicista tem razão de ser. A institucionalização do poder pelo Estado Moderno, que assumiu o monopólio da função jurisdicional, fez com que o privatismo em seu estado puro se tornasse incompatível com o processo estatal atualmente vigente. A jurisdição é exercício de poder público e o processo, instrumento de disciplina desse poder, tem natureza pública.

Além disso, reconhecer a natureza pública do Direito Processual é importantíssimo para estabelecer o regime jurídico aplicável à interpretação e aplicação das normas processuais. Em ensaio recente, Teresa Arruda Alvim foi muito feliz ao tratar dos "ambientes decisionais" e demonstrar que, por ter natureza pública, o Direito Processual é um "ambiente decisional rígido", intolerante a mudanças jurisprudenciais bruscas e repentinas.[8]

A publicização do Direito Processual, porém, caminhou em direção a um hiperpublicismo danoso, autoritário, que acabou por sufocar os verdadeiros interessados –

CAPORAL, Stéphane. *La summa divisio des facultés*. p. 215 e ss.; BOUDOT, Michel. *L'enseignement du droit, un instrument de la summa divisio?* p. 245 e ss.

[5] Nesse sentido, CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. p. 6-7; CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie Générale du Procès*. p. 108. Reconhecendo a natureza pública do "direito judiciário privado", mas minimizando sua importância, HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 25.

[6] Exatamente nesse sentido, ao tratar do "*overriding objective of the Civil Procedure Rules*", Adrian Zuckerman escreveu: "*Control over litigation has been taken away from the parties and entrusted to the court, thereby enabling the court to determine the best way of proceeding to a resolution to a dispute*" (ZUCKERMAN, Adrian. *On Civil Procedure: principles of practice*. p. 1).

[7] ZUCKERMAN, Adrian. *On Civil Procedure: principles of practice*. p. 3-15.

[8] ALVIM, Teresa Arruda. *Precedentes e evolução do direito*. p. 52-57.

ao menos diretamente – na prestação jurisdicional: as partes. Os poderes do juiz foram excessivamente majorados e todos os atos processuais relevantes passaram a ser voltados unicamente à figura judicial. É o caso, p.ex., entre muitas outras hipóteses, da indisponibilidade do procedimento pelas partes, da concepção de que o ônus da prova é mera regra de julgamento a ser definida na sentença (impedindo as partes de saber quais provas são de sua responsabilidade e quais não são), da crença de que o juiz é o único destinatário da prova, da atribuição de 'poderes' instrutórios 'facultativos' ao juiz, a serem exercidos quando ele bem quiser, da rejeição de qualquer diálogo prévio entre juiz e partes antes de proferida a decisão etc.

Dois exemplos desse publicismo extremado podem ser encontrados na jurisprudência recente do nosso Superior Tribunal de Justiça. As decisões foram proferidas sob a vigência do CPC/73, mas ainda assim servem a título ilustrativo.

Em mais de uma oportunidade o STJ decidiu que a produção de provas (matéria que deveria ser disponível pelas partes) é uma questão de ordem pública insuscetível de preclusão. Desse modo, mesmo que a parte não tivesse interposto recurso da decisão que indeferiu a produção de determinada prova, poderia rediscutir a questão posteriormente em recurso de apelação. O fundamento de tais decisões seria justamente a natureza pública do processo e a necessidade de se obter a verdade material para a prolação de decisões justas.[9]

---

[9] PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. PRODUÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. QUESTÃO DECIDIDA NO MOMENTO DO SANEAMENTO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA, MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ. (…) 2. As matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação, ainda que a parte não tenha interposto o recurso de agravo. (…) (STJ, EDcl no Ag 1378731/PR, julgado em 14/05/2013)

PROCESSO CIVIL. PROVA. PEDIDO. APRECIAÇÃO. MOMENTO. OITIVA DE TESTEMUNHA POR CARTA ROGATÓRIA REQUERIDA ANTES DO SANEAMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES. (…) 2. Nos termos do art. 130 do CPC, não há preclusão absoluta em matéria de prova, até por se tratar de questão de ordem pública. Mesmo proferido o despacho saneador, o juiz pode, mais tarde, determinar a realização de outras provas, caso entenda que essa providência é necessária à instrução do processo. (…) (STJ, REsp 1.132.818/SP, DJe de 10/5/2012)

O segundo exemplo é a conhecida decisão do STJ que rejeitou uma desistência de recurso amparada em transação porque o julgamento do caso seria relevante à sociedade e à homogeneização de um tema controverso. De acordo com a decisão, "o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos".[10]

Ambas as hipóteses revelam uma concepção distorcida do publicismo que tolhe a liberdade das partes e as relega a um segundo plano. De protagonistas do processo as partes passam a ser coadjuvantes do Estado-juiz.[11]

Por isso, as incisivas críticas ao publicismo processual autoritário europeu, iniciadas principalmente por Franco Cipriani, às quais foram aderidas por autores como Juan Montero Aroca e Girolamo Monteleone,[12] têm repercutido na doutrina e, ainda que algumas vezes extremadas, foram importantíssimas para promover a reflexão sobre o verdadeiro papel das partes no processo.

Afinal, se é verdade que o processo tem natureza pública, e se é verdade que a realização, homogeneização e integração do direito objetivo é tarefa da mais elevada importância, também é verdade que a função precípua do processo é tutelar e efetivar os direitos juridicamente assegurados das partes ou de quem elas extraordinariamente representam. Existe uma simbiose entre as atividades, tal qual escreveu Tito Carnarcini na década de 50: "se o processo serve às partes, por sua vez as partes servem ao processo".[13]

Além disso, nem sempre privatismo e publicismo estabelecem relações de tensão. A maioria das questões de ordem pública e dos institutos publicísticos são voltados à tutela do próprio jurisdicionado, e não do Estado em si mesmo considerado. E não poderia ser diferente. O Estado não é um fim em si mesmo, mas instrumento de promoção da

---

[10] STJ, QO em REsp nº 1308830/RS, j. 08.05.2012.

[11] Nas palavras de Leonardo Greco, "(...) [as partes], como destinatárias da prestação jurisdicional, também têm interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os princípios publicísticos do processo (...)" GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. p. 290-291.

[12] Compiladas na coletânea *Processo Civil e Ideología*, contando também com trabalhos de Giovanni Verde, Juan Picó i Junoy e Barbosa Moreira em defesa do 'publicismo'.

[13] CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 700.: "*se il processo serve alle parti, alla loro volta le parti servono al processo*".

dignidade da pessoa humana. A natureza pública do processo deve ser compreendida sempre à luz do jurisdicionado, e não dos interesses do próprio Estado (não raro conflitantes com o interesse público).

Isso quer dizer que publicismo e privatismo não só convivem no processo estatal, como devem conviver harmoniosamente, complementando-se de modo a viabilizar um processo regido pelo devido processo legal que proporcione os meios necessários a se alcançar um resultado justo (i.e., juridicamente correto).

Essa dicotomia público-privado está presente no Novo Código de Processo Civil brasileiro de forma muito evidente. Ao mesmo tempo em que o legislador buscou ampliar a eficácia da função pública desempenhada pela jurisdição, atribuiu novos poderes e faculdades às partes.

Há vários institutos essencialmente publicísticos, sobretudo no que diz respeito à (correta) valorização dos precedentes. Atribuiu-se eficácia vinculante a determinadas decisões (art. 927), autorizou-se o julgamento de questões jurídicas pelos tribunais mesmo depois da desistência do recurso pela parte (art. 998, parágrafo único), tratou-se com mais severidade a má-fé (art. 81), estabeleceu-se um incidente processual para o julgamento de causas com grande repercussão social (incidente de assunção de competência – art. 947) etc.

Do ponto de vista da disponibilidade privada, o NCPC aderiu ao movimento, que tem se difundido também em outros países,[14] de outorga de poderes às partes para que adaptem o processo ao caso concreto. Nesse sentido, o art. 190 permite a ampla realização de convenções processuais atípicas para "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo".

Essa liberdade conferida às partes de convencionarem, certamente uma das mais destacadas novidades do Novo Código, vem sendo recebida com grande entusiasmo pela comunidade jurídica e tem estimulado uma produção doutrinária fértil e ampla. A

[14] V., p.ex., a edição especial da *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, publicada em 2008, intitulada Accordi di Parte e Processo.

autonomia privada no processo,[15] bem como os limites impostos à disponibilidade processual convencional, tornaram-se objeto de louvável estudo teórico.

Não se pode esquecer, porém, que a hipótese das convenções processuais é apenas uma das variadas manifestações de disponibilidade processual. E a doutrina não tem se preocupado em estudá-las de forma sistemática e coordenada.

O objetivo deste trabalho é, portanto, suprir essa lacuna. O princípio dispositivo há muito tempo deixou de receber tratamento homogêneo pela doutrina do Direito Processual, se é que alguma vez esse tratamento homogêneo existiu. Ora o princípio é considerado sinônimo do "princípio da demanda" e da regra de adstrição do juiz ao pedido, tendo como significado a possibilidade outorgada à parte de escolher o que será levado a juízo para julgamento; ora é tratado como princípio norteador do sistema processual acusatório; ora é confundido com a disponibilidade do próprio direito material; e, não raro, é compreendido meramente como vedação a iniciativas probatórias do juiz.

É preciso, então, agrupar as manifestações de liberdade processual das partes, atribuir ao princípio dispositivo uma função realmente útil no sistema, confrontá-lo com os interesses públicos e estabelecer diretrizes para que ambos possam conviver de forma harmoniosa e complementar.

§1º. As teses propostas

Este trabalho possui duas teses centrais que conferem ineditismo ao estudo.

A primeira tese central é que existem no Direito Processual Civil brasileiro diversas hipóteses de disponibilidade processual e procedimental que não são estudadas e enfrentadas de forma sistemática, embora decorram de um mesmo fundamento principiológico e consistam, todas elas, em manifestações da liberdade processual das partes. Sem prejuízo da farta produção bibliográfica recente acerca das convenções processuais atípicas inseridas em nosso sistema processual pelo art. 190 do NCPC, tais convenções não são estudadas como parte de um fenômeno mais amplo que inclui, p.ex., a delimitação da demanda, a revelia, a confissão, a admissão, a renúncia a faculdades processuais, a

[15] P.ex., RAATZ, Igor. *Autonomia Privada e Processo Civil*. p. 158 e ss.

desistência de faculdades processuais exercidas, a aquiescência à decisão, a renúncia à pretensão etc.[16]

A segunda tese central deste trabalho, vinculada à primeira, é que todas essas hipóteses de disponibilidade processual devem ser agrupadas sob a regência do princípio dispositivo. É preciso abandonar o sentido restritivo que se atribui ao princípio, ainda vinculado a uma formulação teórica da primeira década do século XIX. De nada adianta à ciência processual um princípio que se confunde com uma única regra dele derivada (a regra da inércia jurisdicional); ou, pior, com uma regra que nem sequer foi acolhida pelo Direito brasileiro (a regra da iniciativa probatória exclusiva das partes).

O que se propõe então é que o conceito de princípio dispositivo seja devidamente resgatado e redimensionado, conferindo-lhe a função de representar a autonomia privada das partes no processo ou, talvez mais precisamente, de traduzir objetivamente um "princípio de liberdade processual".

Refuta-se, portanto, a teoria que vem se tornando dominante na doutrina brasileira de que o princípio dispositivo teria sido substituído pelo chamado "princípio da cooperação". Independentemente de sua validade ou acerto, o "princípio da cooperação" é incapaz de sistematizar as hipóteses em que as partes dispõem *do* processo e *no* processo como exercício de liberdade. Por maior que seja a amplitude dada à cooperação, a desistência de um recurso, p.ex., nada tem de atividade cooperativa.

Para se chegar a essas teses parte-se da premissa de que o Direito Processual, embora público, não existe para o Estado, mas para a pessoa. Rejeita-se a confusão entre processo e jurisdição, ideias estritamente relacionadas, mas autônomas e independentes. Se a jurisdição é a função, a atividade e o poder do Estado, a qual precisa ser exercida com a máxima efetividade, o processo e o Direito Processual são a disciplina desse exercício jurisdicional. Isso quer dizer que o processo e o Direito Processual têm a específica função de proporcionar segurança jurídica e tutelar o indivíduo contra o exercício arbitrário do poder. O processo não serve para fazer justiça, mas para *permitir* que o Estado-jurisdicional faça a sua 'justiça' institucional com legitimidade. Essa diferença é imprescindível para

[16] Deu início a esse estudo GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. p. 290-304, mas também com ênfase nas convenções processuais.

estabelecer e disciplinar os pontos de conflito entre os interesses privados juridicamente tutelados das partes e os interesses público-estatais no exercício jurisdicional.

Proposto o resgate do princípio dispositivo, são então estudadas concretamente algumas de suas manifestações, sempre com o intuito de compatibilizá-las com a natureza pública da função jurisdicional, a eventual indisponibilidade de direitos sobre os quais versa o processo e o respeito a direitos e interesses juridicamente protegidos de terceiros. Dessa análise são extraídas subteses, das quais vale destacar a defesa: (a) da revalorização da inércia jurisdicional; (b) da revalorização da demanda e da adequada disciplina do objeto do processo; (c) da vedação de qualquer iniciativa judicial na inclusão de fatos primários no processo; (d) do rompimento com a teoria de que a renúncia à pretensão e o reconhecimento do pedido têm natureza material, e não processual; (e) da relativização da eficácia vinculante do reconhecimento do pedido em razão da natureza pública da função jurisdicional; (f) da revalorização da incontrovérsia fática em causas que versem sobre direitos disponíveis; (g) de que os fatos são, em maior ou menor medida, disponíveis; e (h) de que o processo *judicial* é regido pela indisponibilidade do Direito (*iura novit curia*).

§2º A estrutura do trabalho

Para atingir a finalidade proposta, este trabalho é composto de oito capítulos. Os três primeiros têm como objetivo demonstrar as teses centrais, com o resgate do princípio dispositivo ao plano central do estudo do Direito Processual. Os cinco últimos são a demonstração concreta e prática de esferas de disponibilidade processual no processo de conhecimento, propondo-se então soluções para equilibrar a natureza pública do processo e os interesses privados das partes, sobretudo a liberdade.

O Capítulo Primeiro foca especificamente no princípio dispositivo. É descrita a origem do princípio com a obra de Gönner no início do século XIX e a divisão, a partir dela, entre modelos processuais antagônicos: o dispositivo e o inquisitivo. Apresentam-se as diversas concepções doutrinárias tradicionais do princípio, contemporaneamente fundadas na divisão entre "princípio da demanda" e iniciativa na produção da prova. Critica-se a excessiva restritividade das concepções tradicionais de princípio dispositivo e defende-se a sua ampliação para que ele possa representar a efetiva liberdade que as partes têm antes, durante e depois do processo.

O Capítulo Segundo, essencial ao trabalho e às ideias nele defendidas, apresenta uma breve narrativa da evolução do Direito Processual sob a perspectiva da *summa*

divisio público-privado. Pretende-se demonstrar que a evolução do processo foi marcada por um movimento pendular, prevalecendo o publicismo à medida que se fortalecia uma fonte de poder soberana, ao passo que o privatismo imperava quando fragmentado esse poder central. Nesse exato sentido, o publicismo consolidou-se com o Estado Moderno e a institucionalização do poder, mas foi exacerbado nos diversos regimes ditatoriais do século XX. Muitos ideais atualmente considerados 'publicistas' serviram como fundamento teórico para a criação de sistemas processuais autoritários e autocentrados nos interesses estatais, atribuindo-se cada vez mais poderes aos juízes para o atingimento desses objetivos.

O Capítulo Terceiro conclui a fundamentação teórica do resgate do princípio dispositivo ao rejeitar o publicismo-autoritário, reafirmar a natureza pública do processo e os benefícios dela decorrentes, mas defender a revalorização da liberdade processual das partes. Para tanto, são questionados alguns dogmas 'publicistas', com a recolocação do Direito Processual em sua posição de instrumento de liberdade e segurança. Também se refuta a substituição do princípio dispositivo pelo chamado "princípio da cooperação".

O Capítulo Quarto aborda a disponibilidade da ação e da demanda, bem como, ao final, a indisponibilidade da tutela jurisdicional pelo Estado, a qual deve correlacionar-se estritamente aos limites do rompimento da sua inércia. Entre os temas estudados incluem-se o conceito de mérito e de objeto do processo e a liberdade do jurisdicionado para moldar a demanda às suas necessidades, incluindo eventuais cumulações.

O Capítulo Quinto apresenta o princípio dispositivo sob uma ótica pouco estudada, que é a disponibilidade do resultado do processo. Vale destacar a aquiescência à decisão como ato de disposição, a qual é normalmente examinada apenas sob o ponto de vista de pressuposto de admissibilidade dos recursos. Também são objeto de análise a desistência do recurso, a renúncia ao recurso, a transação, o reconhecimento da procedência do pedido e a renúncia à pretensão inicial. Em relação a esses dois últimos institutos, este trabalho afasta-se da doutrina brasileira praticamente unânime que os considera institutos de autocomposição e de disponibilidade essencialmente material. A partir de exemplos procura-se demonstrar que ambos possuem natureza processual e que ambos produzem, imediatamente, efeitos primários processuais, e não materiais. Além disso, propõe-se uma maior amplitude à renúncia à pretensão quando envolver direitos indisponíveis e, por outro lado, limites mais estritos ao reconhecimento da procedência do pedido.

O Capítulo Sexto estuda a disponibilidade fática no processo, a qual consiste, de um lado, no monopólio dos fatos primários pelas partes – incluindo os fatos de defesa do demandado – e, de outro, na vinculação do juiz às incontrovérsias fáticas estabelecidas processualmente, salvo quando a incontrovérsia tiver propósito fraudulento, o fato incontroverso for manifestamente absurdo ou impossível, ou a causa versar sobre direitos indisponíveis.

O Capítulo Sétimo explora e defende o *iura novit curia*, justificando os motivos pelos quais os fatos são disponíveis e o Direito é indisponível. Nega-se a possibilidade de convenção das partes para definir normas jurídicas aplicáveis ao caso ou para vincular o Estado-juiz a eventuais qualificações jurídicas – faculdade que existe apenas nas arbitragens.

Para concluir, o Capítulo Oitavo trata das hipóteses chamadas de "disponibilidade processual em sentido estrito", as quais consistem essencialmente em atos de disposição formal do processo, incluindo garantias, ônus, faculdades e poderes processuais. Foram escolhidas algumas hipóteses de disponibilidade que, além de importantes, confirmam as teses iniciais propostas.

§3º Esclarecimentos metodológicos

É muito difícil construir uma teoria de Direito Processual Civil coesa no Direito brasileiro. O mesmo processo civil é instrumento para a solução de conflitos entre particulares, para a solução de conflitos entre particulares e Administração Pública, para a atuação do Direito sem que haja conflito, para ações de improbidade, para ações populares, para ações coletivas etc. Ora se discutem no processo interesses exclusivamente particulares e disponíveis, ora interesses também particulares, mas indisponíveis, ora interesses públicos indisponíveis, ora interesses do Estado que não são necessariamente indisponíveis.

Essa amplitude faz com que o estudo do Direito Processual acabe enviesado pela abordagem que lhe é dada; princípios, valores, regras e postulados são apresentados como novas verdades de forma ampla e absoluta, muito embora prestem-se a resolver casos específicos e às vezes restritos, os quais estão longe de compor a realidade dos tribunais brasileiros. Rejeita-se genericamente a liberdade das partes sob a ótica de processos coletivos, p.ex., sem se dar conta que eventuais princípios que regem tais processos, embora de inestimável importância, não podem pautar toda a ciência processual.

Este trabalho propõe-se a refletir sobre processos em que se discutem interesses privados, disponíveis ou indisponíveis. Não existe nenhuma pretensão de se dar, aqui, respostas sobre as relações entre publicismo e privatismo quando o Ministério Público agir em defesa do interesse público nem quando o Estado for parte processual. Também não se estuda o princípio dispositivo na perspectiva de processos coletivos. Qualquer tentativa teórica de englobar todas essas situações não está apenas fadada ao insucesso, mas, pior, impede que se compreendam as fundamentais diferenças entre elas, gerando distorções graves e involuções científicas.

Na verdade, não é exagero afirmar que parte significativa do atrofiamento do princípio dispositivo decorre de proposições teóricas formuladas a partir da experiência com processos em que não são discutidos interesses individuais.

Cumpre ainda esclarecer que o desenvolvimento deste tema específico é muito suscetível a influências ideológicas, tanto do autor quanto do leitor. Justamente por isso foram enfatizadas as análises histórica e de direito estrangeiro, a todo instante referenciadas e retomadas. Estudo histórico, aliás, que foi determinante a muitas das conclusões alcançadas neste trabalho. Desse modo, procurou-se insistentemente relacionar algumas ideias combatidas com sistemas processuais totalitários, demonstrando que o autoritarismo que eventualmente as caracterize não é uma mera opinião pré-concebida. Assim espera-se conferir maior cientificidade aos posicionamentos adotados e às teses propostas.

Por fim, com o intuito de aumentar a clareza e a acessibilidade, foram traduzidas ao português todas as citações feitas no corpo do texto. Sempre que este autor considerou necessário, seja pela importância, seja pela peculiaridade de certas expressões, seja ainda pela absoluta incapacidade de transmitir a mensagem senão por aquelas exatas palavras, as citações estrangeiras foram reproduzidas no original em nota de rodapé. As citações feitas diretamente em nota de rodapé, por não serem indispensáveis à compreensão do texto, foram traduzidas ao português apenas quando apresentavam importância destacada.

CAPÍTULO PRIMEIRO – O PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Sumário: 1. O princípio dispositivo. 2. Os modelos processuais. 3. A bipartição do princípio dispositivo. 4. As concepções tradicionais do princípio dispositivo. 5. Críticas às concepções tradicionais. 6. O real significado do princípio dispositivo. 7. Fundamentos do princípio dispositivo: liberdade, imparcialidade e segurança. 7.1. Liberdade e autonomia privada. 7.2. A imparcialidade do órgão julgador. 7.3 Segurança jurídica. 8. Fundamentos dogmáticos do princípio dispositivo. 9. Princípio dispositivo e o sistema de ônus processuais. 10. Manifestações do princípio dispositivo: disponibilidade jurisdicional e disponibilidade processual em sentido estrito. 10.1. Disponibilidade jurisdicional. 10.2. Disponibilidade processual em sentido estrito. 11. Autonomia privada e o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo civil. 12. Disponibilidade processual e disponibilidade material. 13. Princípio dispositivo e os chamados "processos inquisitivos" (ou processos necessários). 14. Princípio dispositivo e o impulso oficial. 15. Princípio dispositivo e os 'poderes' instrutórios do juiz. 15.1. Os 'poderes' instrutórios são deveres. 15. 2. A solução para o problema dos deveres-poderes instrutórios: diálogo e informação.

1. O princípio dispositivo

O princípio dispositivo é um dos mais antigos e duradouros princípios informativos e estruturantes do Direito Processual Civil ocidental. Foi um dos pilares fundamentais do *ordo iudiciorum privatorum* romano,[17] do processo dos povos germânicos,[18] do *ordo iudiciarius* do Direito Comum,[19] do processo europeu pós-Revolução

[17] V. WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 267.

[18] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 179; MOTULSKY, Henri. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*. p. 38.

[19] V. PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*. p. 234-236.

Francesa,[20] do sistema adversarial do *common law* – especialmente o estadunidense[21] – e, em maior ou menor medida, foi consagrado e respeitado em praticamente todos os sistemas processuais ao longo da história.[22] Até mesmo nos regimes autoritários que se formaram no século XX, o princípio foi parcialmente preservado. Por isso é que, com razão, Guinchard, Chainais e Ferrand tratam o princípio dispositivo como um "princípio supra-legislativo", constituindo, ao lado das garantias de defesa, o "núcleo duro do direito processual".[23]

Várias máximas foram construídas pelos glosadores do Direito Comum, até hoje amplamente conhecidas e reproduzidas, para representar manifestações do princípio dispositivo. Dentre elas podem ser citadas: (a) *nemo judex sine actore* ("não há juiz sem autor"); (b) *da mihi factum, dabo tibi jus* ("dá-me os fatos que eu te dou o direito")*;* (c) *judex judicet secundum allegata et probata partium* ("o juiz julga segundo o que foi alegado e provado pelas partes")*;* (d) *ne eat judex ultra petita partium* ("não vá juiz além do que foi pedido pelas partes")*;* (e) *ne procedat judex ex officio* ("não proceda juiz de ofício"); (f) *quod non est in actis non est in mundo* ("o que não está nos autos não está no mundo") etc.[24] Todas elas representam limitações ao exercício jurisdicional em respeito a uma esfera de liberdade das partes no processo.

---

[20] MOTULSKY, Henri. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*. p. 38-39.

[21] Sobre o sistema adversarial, v. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. p. 86 e ss.; KAGAN, Robert A. *Adversarial Legalism: the American way of Law*. p. 3-58; GLASER, William A. *Pretrial Discovery and the Adversary System*. p. 4-6; KESSLER, Amalia D. *Inventing American Exceptionalism: the origins of American adversarial legal culture, 1800-1877*. *passim*.

[22] JOLOWICZ, John A. *On Civil Procedure.* p. 175. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. p. 86; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 122-123. A validade dessa constatação obviamente não se aplica ao Processo Penal. Basta lembrar do sistema inquisitivo dos Tribunais da Inquisição que vigeu por alguns séculos. V. CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. p. 21-38; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. p. 18-31.

[23] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 317.

[24] Cf. MILLAR, Robert Wyness. *The formative principles of civil procedure*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 12.

Contudo, foi apenas no início do século XIX que a doutrina alemã identificou "um dos critérios diretivos" da dinâmica processual e sistematizou o princípio dispositivo com a expressão *Verhandlungsmaxime*.[25]

Verhandlungsmaxime significa, literalmente, "máxima da negociação"[26] e foi cunhada por Nikolaus Thaddäus Gönner, em seu *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, em 1801.[27] Apesar de ser considerada uma expressão pouco feliz,[28] é largamente utilizada e serviu para traduzir a regra de que o objeto e o conteúdo do processo devem ser definidos exclusivamente pelas partes.[29] O juiz não pode inovar no processo e está sempre vinculado ao que lhe foi apresentado pela demanda e pela defesa. A ideia de negociação viria justamente desse controle que as partes teriam sobre o processo, ainda que supervisionado pelos tribunais, competindo-lhes reunir todo o material necessário ao julgamento, incluindo as provas à demonstração da veracidade de suas alegações.[30]

À *Verhandlungsmaxime*, Gönner contrapôs a *Untersuchungsmaxime*, que seria o "princípio da investigação judicial",[31] pela qual o juiz assume poderes para atuar de ofício e de forma relativamente livre em busca da verdade real, ainda que se afastando da vontade manifestada pelas partes.[32]

---

[25] Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il fondamento del principio dispositivo*. p. 3; CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 716 e ss.; CAVALLONE, Bruno. *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*. p. 13; NASI, Antonio. *Disposizione del Diritto e Azione Dispositiva*. p. 7 e ss.; CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 291-326; MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 274-278.

[26] *Cf.* MILLAR, Robert Wyness. *The formative principles of civil procedure*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 11.

[27] Cf. CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 717; JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 135-136.

[28] MILLAR, Robert Wyness. *The formative principles of civil procedure*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 12.

[29] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 82; SCHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. p. 31.

[30] *Cf.* MILLAR, Robert Wyness. *The formative principles of civil procedure*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 11-12, reproduzindo, em inglês, trechos das obras de Planck, Fitting, Kleinfeller, Von Bar, Bunsen, Heilfron & Pick e Engelmann.

[31] Cf. CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. p. 717.

[32] MILLAR, Robert Wyness. *The formative principles of civil procedure*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 13-14.

As *Maximen* de Gönner foram importantes historicamente porque revelaram o *dualismo* processual, isto é, os dois modelos processuais distintos que estavam vigentes àquela época: o modelo dispositivo clássico do Direito Comum, vigente em quase toda a Europa, e o modelo inquisitivo prussiano da AGO (*Allgemeine Gerichtsordnung*) de 1793,[33] fundado na busca oficiosa da verdade pelo juiz.[34] Nas décadas seguintes, as *Maximen* serviram como ponto de partida para o estudo e desenvolvimento do Direito Processual, a ponto de considerar-se a obra de Gönner como a mais antiga teoria geral do processo civil.[35]

2. Os modelos processuais

Ao menos desde o início do século XIX, com a publicação da obra de Gönner, o Direito Processual é tradicionalmente dividido em dois modelos regidos por princípios antagônicos: o dispositivo e o inquisitivo. Embora seja muito difícil definir com objetividade cada um desses modelos, pois podem ser concebidos com diferentes variações de extensão e intensidade, ambos se referem essencialmente à divisão de poderes e atribuições entre partes e juiz na formação, no desenvolvimento e na conclusão do processo.

Inquirir vem do latim *inquirere*, que significa pesquisar, investigar.[36] A *inquisitio* foi uma criação carolíngia pela qual os agentes reais interrogavam os habitantes de uma área a respeito da ocorrência de determinados fatos.[37] Por causa disso, a expressão *inquisidor* passou a ser utilizada para denominar o juiz que assume uma posição ativa de *investigador* para a descoberta da verdade dos fatos.

A amplitude desse papel investigatório varia de acordo com cada sistema. Partindo-se de um tipo ideal, o juiz tem poderes instrutórios, tem poderes de gerenciamento processual, deve zelar para que o resultado do processo não seja afetado por desvios comportamentais das partes e, no extremo, pode até mesmo instaurar o processo de ofício e definir o seu mérito (como ocorria, p.ex., nos Tribunais da Inquisição). O processo

---

[33] Sobre a AGO prussiana, v. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, v. I. p. 196-198.

[34] Cf. CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 716-717; CAVALLONE, Bruno. *Il Giudice e la Prova*. p. 16-17. Bruno Cavallone chega a falar em "feliz invenção" de Gönner (*Ibidem*. p. 13).

[35] V. CAVALLONE, Bruno. *Il Giudice e la Prova*. p. 14.

[36] Cf. FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile*. p. 12.

[37] CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 25-26.

inquisitivo é um *processo assimétrico*, pois coloca o juiz em posição de superioridade em relação às partes.

O modelo dispositivo, por sua vez, parte de duas premissas: (i) ninguém além das partes sabe o que é melhor para si, motivo pelo qual o processo, envolvendo interesses particulares, deve ser regido pela autonomia privada; (ii) o julgador não pode dar início ao processo nem participar da investigação dos fatos, sob pena de contaminar a sua imparcialidade e comprometer-se com determinada opinião ou tese. O juiz que instaura ou conduz de ofício um processo empreenderia naturalmente mais esforços para confirmar a tese aventada inicialmente do que para afastá-la. Ademais, o juiz que participa ativamente da instrução invariavelmente favoreceria uma das partes.

O modelo dispositivo é também denominado de *acusatório* em razão da dinâmica típica do processo penal, em que há um sujeito que *acusa* (Ministério Público) e outro que se defende (o réu). No processo civil a premissa é a mesma: o juiz deve julgar uma pretensão formulada pelo demandante, e não criada de ofício por ele próprio. Proposta a demanda, desenvolve-se uma *disputa* de certa forma livre entre as partes diante de um sujeito passivo, cuja função é essencialmente a de decidir.[38] O juiz não se envolve diretamente no desenvolvimento do processo, cumprindo-lhe permanecer equidistante dos polos processuais. A condução e gerenciamento do processo ficam sob responsabilidade das partes. Costuma-se dizer que o processo acusatório é um *processo simétrico*, pois não há ascendência entre os sujeitos processuais.

3. A bipartição do princípio dispositivo

Em sua origem, o princípio dispositivo traduzia a atribuição às partes da exclusiva iniciativa de instaurar *e* conduzir o processo. O fenômeno de publicização do Direito Processual Civil, porém, especialmente marcante ao longo do século XX, mas que se consolidou com a edição do Código austríaco em 1895, compeliu a doutrina germânica a desenvolver novas máximas para conciliar os modelos dispositivo e inquisitivo. Era preciso criar um sistema em que o exercício da demanda continuasse sob o domínio das partes, mas

[38] Cf. DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. p. 208.

desse ao juiz mais poderes "na escolha dos meios de prova e, em geral, no acertamento dos fatos relevantes da causa".[39]

Esse movimento *sceveratore*, para utilizar a clássica expressão de Tito Carnacini,[40] passou a diferenciar a *Verhandlungsmaxime* da *Dispositionsmaxime* (ou *Dispositionsprinzip*), esta última radicada nas relações entre processo e direito material.[41] A *Dispositionsmaxime* representaria a liberdade que as partes têm de exercer, ou não, os seus direitos substanciais, motivo pelo qual o exercício do poder de ação com a consequente instauração do processo estariam inseridos no âmbito de disponibilidade do jurisdicionado.[42] O indivíduo não é obrigado a buscar a tutela jurisdicional – só o faz se assim for de seu interesse e de sua vontade.

No entanto, as relações entre os dois princípios e o significado de cada um deles sempre foram muito controversos e as máximas acabaram sendo utilizadas pela doutrina para designar fenômenos distintos.[43] Ora a *Dispositionsmaxime* era utilizada para referir-se à própria disponibilidade do direito material refletida no processo, ora era utilizada para tratar da disponibilidade dos atos processuais das partes, do controle da relação processual etc.[44]

Independentemente do conceito atribuído a cada uma das máximas, o fato é que a divisão do princípio dispositivo foi amplamente recepcionada pela doutrina em toda a Europa continental. O princípio dispositivo passou a receber as mais diversas concepções, ora referindo-se à demanda, ora referindo-se à atividade instrutória, ora sendo simplesmente

---

[39] CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 725. V. também CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*. v. 1. p. 295 e ss.

[40] CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 726.

[41] V. MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 274; CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 725; CARRATTA, Antonio. *Poteri del Giudice*. p. 20-21, com farta bibliografia.

[42] MILLAR, Robert Wyness. *The formative principles of civil procedure*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 14-15.

[43] MILLAR, Robert Wyness. *The formative principles of civil procedur*e, in A History of Continental Civil Procedure. p. 14-15; CAVALLONE, Bruno. *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*. p. 26-27.

[44] V., com muitas referências, MILLAR, Robert Wyness. *The formative principles of civil procedure*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 14-15.

rejeitado no "processo moderno" (v. Capítulo Segundo). Tornou-se usual referir-se a princípio dispositivo *material*, que seria a disponibilidade da demanda, e princípio dispositivo *formal*, que seria a disponibilidade da instrução.[45]

4. As concepções tradicionais do princípio dispositivo

O princípio dispositivo envolve as mais basilares linhas diretivas do processo e serve como guia para definir a divisão de atribuições entre juízes e partes. É natural, portanto, que o seu tratamento seja especialmente influenciado pelas concepções ideológicas e formas de conceber o Direito Processual de cada jurista, motivo pelo qual inexiste linearidade doutrinária. A expressão é utilizada para traduzir fenômenos processuais variados com abrangência também variada. Ainda assim, é possível identificar ao menos três grandes grupos doutrinários.

(i) O primeiro, decorrente da sistematização inicial do princípio no início do século XIX, utiliza a expressão para traduzir o sistema processual em que a iniciativa da instauração e condução do processo é conferida às partes.[46] O princípio dispositivo seria, em certa medida, sinônimo de modelo dispositivo de processo e, em muitos casos, é equiparado a um processo inteiramente controlado pelas partes. O modelo dispositivo remeteria à antiga noção de processo como "coisa das partes" (*Sache der Parteien*).[47]

(ii) O segundo, com forte presença na doutrina alemã clássica da primeira metade do século XX, define princípio dispositivo como o monopólio das partes na introdução da "matéria litigiosa" no processo, compreendendo tanto a disponibilidade da demanda quanto a disponibilidade de fatos e provas.[48] Goldschmidt era muito claro ao defender que o princípio dispositivo "supõe que no Direito Processual Civil pesa sobre as partes o ônus de proporcionar os fundamentos da sentença mediante seus atos de

---

[45] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 341- 352. Igualmente, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. p. 111 e ss.

[46] P.ex., SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. p. 163-167; THEODORO JR., Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 26-27.

[47] P.ex., CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. p. 405-406.

[48] ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I. p. 386-388. Rosenberg diferencia o principio dispositivo do principio de impulso privado, que seria a disposição sobre "a marcha e conteúdo do procedimento", "resultante da liberdade das partes sobre o objeto litigioso" (*Ibidem*. p. 387).

postulação".[49] No mesmo sentido, Adolf Schönke afirmava que princípio dispositivo significa "aquele que no processo civil atribui às partes a tarefa de estimular a atividade judicial e apresentar os materiais do processo. Os fatos não alegados pelas partes não podem ser levados em consideração pelo juiz; e como regra geral, tampouco [ele] pode produzir provas de ofício".[50]

(iii) O terceiro, adotando o mencionado "movimento *sceveratore*" alemão (como denominado por Carnacini), separa o princípio que rege a iniciativa da instauração do processo do princípio que rege a iniciativa da condução e instrução do processo, com incontáveis variações.

No Brasil é bastante comum referir-se à inércia jurisdicional e ao monopólio do exercício da ação como "princípio da iniciativa das partes", segundo o qual "cabe à parte a iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional".[51] Também decorreriam desse princípio a renúncia à pretensão, a decisão de recorrer das decisões e a correlação entre sentença e demanda.[52] Ao lado dele haveria o princípio dispositivo, "regra conforme a qual o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se fundam os pedidos".[53]

O raciocínio é idêntico ao que se desenvolve na Itália, mas com alteração da terminologia. Há o *princípio da demanda* (art. 99 do c.p.c.), que se refere à titularidade da instauração do processo, à inércia jurisdicional e ao exercício facultativo, pelo interessado, de seu poder de ação, e há o *princípio dispositivo*, ou *princípio da iniciativa da parte*, que

---

[49] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 82. Uma das consequências diretas do princípio dispositivo seria a obrigatória assunção, pelo juiz, da veracidade do fato incontroverso. Ao lado do princípio dispositivo, Goldschmidt cita o "princípio de impulsão do processo pelas partes", de origem francesa, que atribui às partes a responsabilidade pela citação e intimação da outra parte de todos os atos processuais, incluindo da sentença (*Ibidem*. p. 84).

[50] SCHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. p. 31. Para Schönke, o princípio dispositivo distingue-se do princípio inquisitivo, vigente no processo penal, porque neste "a reunião dos materiais do processo é fundamentalmente missão do juiz" (*Ibidem*. p. 31).

[51] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 74. Também DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 42-45; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2. p. 82-83.

[52] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 74.

[53] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 76-77.

se refere à titularidade da condução do processo e remete à "divisão de poderes e atribuições" entre partes e juiz *durante* o *desenvolvimento* processual.[54] Essa terminologia é muito bem aceita pela doutrina brasileira, cujos adeptos incluem Flávio Luiz Yarshell,[55] Ovídio Baptista,[56] Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.[57]

A doutrina francesa, fortemente influenciada pelos diversos trabalhos de Henri Motulsky, que durante mais de duas décadas preocupou-se com a divisão de tarefas entre partes e juízes,[58] também costuma vincular o princípio dispositivo ao domínio "da matéria litigiosa" pelas partes, ao "poder de fixar os elementos do litígio", como diriam Guinchard, Chainais e Ferrand.[59] Jacques Héron e Thierry Le Bars igualmente afirmam que o princípio possui um "duplo sentido": de um lado compete às partes fixarem as suas pretensões e, de outro, compete-lhes estabelecer os fatos que fundamentam essas pretensões.[60] A peculiaridade dos franceses em relação à doutrina alemã clássica é que, na França, o princípio dispositivo é bastante centrado na fixação dos elementos da demanda proposta, e não no domínio probatório.

---

[54] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, v. I. p. 187 e 231; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 723 e ss. Parte da doutrina limita o princípio à "proibição da iniciativa instrutória de ofício", a exemplo de RICCI, Edoardo F. *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*. p. 380. V. também COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, v. I. p. 424-425; MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 200-201 e 274 e ss.

[55] YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 125

[56] SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1. p. 49-52.

[57] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, v. 1. p. 276-277. Os autores, a exemplo de Mauro Cappelletti, referem-se a *princípio da demanda* ou *princípio dispositivo em sentido material*.

[58] V., p.ex., MOTULSKY, Henri. Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits. passim; Idem. La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge. passim; Idem. La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès. passim ; Idem. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971. passim.

[59] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 381.

[60] HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 219-224. V. ainda MEKKI, Soraya Amrani; STRICKLER, Yves. *Procédure Civile*. p. 491-492.

Na Espanha prevalece o entendimento de que o princípio dispositivo representa "a disponibilidade que as partes têm sobre o interesse privado e a conveniência ou não de buscar o órgão jurisdicional pretendendo sua satisfação".[61] Ou seja, o princípio dispositivo faz referência à titularidade sobre o exercício do poder de ação e, em última análise, não significa muito mais do que a regra da inércia jurisdicional.[62] Ao lado dele haveria um princípio relacionado, mas não idêntico, que seria o da "contribuição das partes" ("*aportación de parte*"), segundo o qual "as partes teriam também o monopólio de inserir no processo os elementos de fato e os meios de prova".[63]

Na Alemanha, Jauernig utilizou a *Dispositionsmaxime* para nomear toda a iniciativa processual que é reservada ao particular, incluindo a instauração do processo, a correlação entre demanda e tutela jurisdicional, a interposição facultativa de recursos, a possibilidade de desistência e de renúncia tanto da demanda quanto do recurso, a confissão, o reconhecimento do pedido, a transação etc.[64] Com a *Verhandlungsmaxime* denominou apenas o "*princípio da instrução por iniciativa das partes"*, pelo qual "as partes têm de garantir os fundamentos de facto da sentença".[65]

5. Críticas às concepções tradicionais

Os modelos processuais são tipos-ideais que têm o grande mérito de identificar diferentes formas de relação entre os jurisdicionados e o Estado-jurisdição e

---

[61] Cf. MONTERO AROCA, Juan; COLOMER, Juan Luiz Gómez; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional I: parte general*. p. 261. Nesse exato sentido, PITA, Maria Paula Díaz. *Derecho Procesal Civil*, t. I. p. 57-58; RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil*. p. 51-52.

[62] No Brasil, utilizam o princípio dispositivo para referir-se à inércia jurisdicional, p.ex., WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 81-82.

[63] MONTERO AROCA, Juan; COLOMER, Juan Luiz Gómez; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional I: parte general*. p. 261. Igualmente, PITA, Maria Paula Díaz. *Derecho Procesal Civil*, t. I. p. 58; RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil*. p. 295.

[64] JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 131-134.

[65] JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 134 e ss. Segundo o autor, "O ZPO decidiu-se fundamentalmente pelo princípio da instrução por iniciativa das partes".

traduzir didaticamente essas diferenças. Por outro lado, causam um reducionismo indevido e criam uma dicotomia que não precisa existir.[66]

Os modelos processuais, como sistematizados e ensinados, fazem supor que qualquer iniciativa judicial é sempre contrária a um modelo dispositivo de processo, ainda que essa iniciativa judicial não suprima nenhuma liberdade das partes. Por outro lado, a dicotomia dispositivo-inquisitivo incentiva a repulsa às noções de disponibilidade e autonomia privada no âmbito processual, pois associa a valorização das partes a um processo privatístico desenvolvido perante um juiz inerte. Assim, ou se estabelece um sistema autoritário totalmente controlado pelo juiz ou se estabelece um sistema liberal totalmente controlado pelas partes. Esse pernicioso maniqueísmo impede que se encontre um equilíbrio saudável entre a autonomia privada e os interesses públicos que são inerentes à atividade jurisdicional.[67]

Talvez por isso, quase todas as concepções tradicionais do princípio dispositivo, ainda fortemente influenciadas por uma construção teórica antiga, do início do século XIX, vinculam o instituto a *algumas* das consequências processuais dele decorrentes. Conceituam-no não por seu conteúdo ou natureza, mas pelas repercussões processuais que gera. De um modo geral, é como se o princípio dispositivo equivalesse a um ou mais dos brocardos latinos que o representavam no Direito Comum. Para alguns, princípio dispositivo é o mesmo que *nemo judex sine actore* (inércia jurisdicional), para outros significa *judex judicet secundum allegata et probata partium* (monopólio do material fático e da instrução) e assim vai. O princípio evoluiu muito pouco em todos esses séculos.

De nada adianta para a ciência processual um princípio que se confunde com as suas repercussões concretas, com as regras dele derivadas. Ele torna-se vazio. Se o devido processo legal significasse contraditório, ele seria inútil. Haveria dois institutos referindo-se à mesma coisa. Foi o que aconteceu com o princípio dispositivo. Ele tornou-se inútil no momento em que passou a ser concebido como inércia jurisdicional, como vedação aos poderes judiciais instrutórios ou como qualquer outro fenômeno processual específico.

---

[66] Por esse motivo, muito mais adequados são os tipos-ideais propostos por Mirjan Damaska, que levam em consideração diferentes aspectos do processo e do Estado: (a) a organização da autoridade (hierárquica ou coordenada); (b) os tipos de Estado (reativo ou ativista); (c) os tipos de processo (dirimidor de conflitos ou implementador de políticas). DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. *passim*.

[67] Rejeitando os modelos processuais pelos mesmos motivos e defendendo um processo "híbrido", HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 215-217.

Parte-se do pressuposto de que se o juiz tem poderes instrutórios, então o processo é necessariamente inquisitivo; ou de que se a jurisdição é inerte, então o processo é dispositivo. Tais posições desconsideram todas as demais características do sistema e permitem chegar à absurda conclusão que o autoritário processo civil soviético, porque não deixava o juiz instaurar os processos de ofício, era dispositivo, e que o liberal processo civil brasileiro atual, porque dá poderes instrutórios ao juiz, é inquisitivo.

O princípio dispositivo precisa desgarrar-se de aspectos processuais específicos e adquirir um significado próprio. Apenas assim poderá exercer a função que lhe cabe no sistema e estabelecer uma diretriz teórica ao desenvolvimento do Direito Processual. Repete-se: da mesma forma que o devido processo legal não se confunde com o contraditório, com o dever de motivação das decisões judiciais, com a ampla defesa, com o duplo grau de jurisdição etc., o princípio dispositivo não se confunde com a inércia jurisdicional ou com a iniciativa probatória exclusiva das partes.[68]

O instituto deve ser compreendido de acordo com o seu real significado, esclarecendo os *motivos* pelos quais a jurisdição é inerte; pelos quais o sistema não admite decisões *extra e ultra petita*; pelos quais o demandante pode renunciar à sua pretensão inicial; pelos quais a parte pode aceitar e cumprir voluntariamente uma decisão; pelos quais a parte vitoriosa pode deixar de cumprir a decisão que lhe é favorável; pelos quais os recursos são facultativos, inexistindo recursos oficiosos; pelos quais a incontrovérsia de um fato, como regra, é vinculante ao juiz; pelos quais se proíbe a *reformatio in peius*; pelos quais todo o processo é regido por um elegante sistema de ônus processuais, e não de deveres; pelos quais o juiz não pode adotar uma posição excessivamente ativa etc.

---

[68] Acertadamente, Flávio Luiz Yarshell afirmou que "o postulado segundo o qual é ônus do interessado romper a inércia da jurisdição (...) mais se aproxima de verdadeira regra, porque sua aplicação se dá por subsunção, numa operação lógica de 'tudo ou nada'" (YARSHELL, Flávio. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 130). Com efeito, a inércia jurisdicional é autêntica regra que se encaixa em todos os critérios distintivos entre regras e princípios estabelecidos por Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*. p. 35-64). Não é regra, porém, o princípio dispositivo, pois: (a) é uma norma finalística que define estados de coisas dependentes de certos comportamentos; (b) tem caráter primariamente prospectivo; e (c) é uma norma complementar e parcial (v. sobre essas características, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 69-79).

6. O real significado do princípio dispositivo

O princípio dispositivo é um princípio de liberdade que traduz o necessário respeito e preservação da autonomia privada no âmbito processual. Ele concentra garantias, faculdades e características do Direito Processual voltadas a assegurar a liberdade do jurisdicionado *antes*, *durante* e *depois* do processo contra intromissões indevidas do poder jurisdicional. Em última análise, o princípio dispositivo, ao lado do formalismo-valorativo[69] e das garantias de participação, faz parte do núcleo essencial do Direito Processual, cuja função é tutelar direitos subjetivos e realizar o direito objetivo em um ambiente seguro, previsível e estável.

De um lado, o princípio dispositivo é um postulado de liberdade pelo qual o Estado respeita a autodeterminação do indivíduo no ambiente jurisdicional e lhe concede uma esfera de *disponibilidade* para que exerça, ou não, as suas faculdades e poderes processuais da maneira que lhe parecer mais adequada, desde que respeitadas as formas e prazos previstos em lei. Ou seja, o princípio dispositivo exige que o Estado estabeleça os mecanismos necessários para que cada pessoa possa regrar a própria autonomia no processo sem intervenções externas indevidas e, como consequência, não admite no processo deveres de comportamento voltados ao próprio interesse.

De outro lado, o princípio dispositivo é uma garantia de liberdade porque proporciona segurança jurídica aos jurisdicionados e permite-lhes que regrem as suas vidas com estabilidade e previsibilidade.[70] Ao limitar o exercício do poder jurisdicional a manifestações de vontade de uma das partes (*inércia jurisdicional*), o princípio dispositivo impede que o Estado interfira oficiosamente na esfera jurídica da outra parte. Proposta uma demanda, p.ex., o réu sabe exatamente quais são as possíveis consequências daquele

---

[69] Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. p. 367-388.

[70] Lembre-se que não existe liberdade sem segurança jurídica. Como defendi em outra oportunidade, "Desde a sua origem, o Estado de Direito traduz um determinado tipo de Estado: aquele que repudia o despotismo e a tirania e privilegia, acima de tudo, a razão. O Estado de Direito sempre foi, por isso mesmo, o grande símbolo da liberdade individual, a qual só seria alcançada mediante a contenção do poder estatal e a garantia de segurança aos indivíduos; segurança que não poderia ser garantida senão pelo Direito, expoente da razão" (RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. p. 35-36).

processo em sua vida, pois sabe que o Estado-juiz está impedido de dar além ou algo diferente do que foi pedido – com essa informação, pode optar por deixar o processo correr à sua revelia, reconhecer parte do pedido, contestar etc. Em um processo inquisitivo, essa liberdade inexiste,[71] pois é impossível prever as consequências do processo e dos atos processuais. A parte não pode se pautar apenas pelas alegações da outra parte, p.ex., porque deve supor que, *talvez*, o juiz exerça os seus "poderes diretivos" e inclua no processo fatos por ela inesperados ou desconhecidos. A capacidade de tomar decisões fica limitada pela impossibilidade de prever as consequências processuais.

A concepção de princípio dispositivo defendida neste trabalho coincide, em boa medida, com o que Fredie Didier Jr. chama de "princípio do autorregramento da vontade no processo", que visa "à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas".[72] Embora o autor trate do princípio com as atenções voltadas sobretudo aos atos de autocomposição e de negociação processual, corretamente atrela-o também à delimitação do objeto do processo pela "vontade da parte",[73] e ao "direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais".[74] A opção pelo *princípio dispositivo* neste trabalho decorre (i) da longa tradição que o consagrou em todos os sistemas de origem romano-germânica, (ii) da importância que o princípio tem também para a tutela da liberdade positiva daqueles contra os quais a autonomia privada é exercida, (iii) da função do princípio na preservação da imparcialidade do órgão julgador e, principalmente, (iv) do fato de que o princípio dispositivo não incide apenas *no* processo, mas rege toda a *ciência processual*, incluindo a possibilidade outorgada aos jurisdicionados de utilizar outras formas de solução de conflitos que não a estatal-jurisdicional.

---

[71] Como bem definida por RAZ, Joseph. *The Rule of Law and its virtue*. p. 220, a "effective ability to choose between as many options as possible".

[72] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 134; Idem. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. p. 22.

[73] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 135

[74] DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. p. 22.

A concepção ora defendida também é bastante similar à construída por Jauernig. O autor alemão vincula o princípio dispositivo à autonomia privada e à disponibilidade da ação, da demanda e ao "extenso poder de disposição" das partes "mesmo durante o processo". Contudo, Jauernig desloca a disponibilidade sobre as alegações fáticas e sobre as provas para o princípio da instrução por iniciativa das partes,[75] dando-se ao princípio dispositivo uma abrangência e amplitude maiores neste trabalho.

7. Fundamentos do princípio dispositivo: liberdade, imparcialidade e segurança

É comum justificar o respeito ao princípio dispositivo porque ele exerceria a importante função de prevenir litígios. Considerando o escopo social da jurisdição de pacificação da sociedade, seria de interesse do Estado prevenir litígios, e não fomentá-los; daí ser recomendado que o processo instaure-se mediante uma manifestação de vontade do interessado. Caso contrário, poder-se-ia criar um ambiente de litigiosidade que talvez nem existiria sem a indevida intromissão estatal.[76]

Essa é uma "nobre razão" para a inércia jurisdicional.[77] Contudo, utilizá-la como justificativa do princípio dispositivo exacerba a posição do Estado em detrimento das partes e acaba por desnaturar o sentido e a função do instituto. A promoção da liberdade é sobreposta pelo interesse do Estado na pacificação social. Ademais, tal justificativa explica *parcialmente* a inércia jurisdicional, mas não explica muitas manifestações do princípio durante o desenvolvimento do processo e mesmo depois de encerrado. A prevenção de litígios é, na realidade, uma consequência indireta e muitíssimo bem-vinda do princípio dispositivo, mas não o seu fundamento.

A verdadeira fundamentação teórica do princípio dispositivo é: a liberdade do jurisdicionado, a imparcialidade do órgão julgador e a segurança jurídica.

---

[75] JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 134 e ss.

[76] Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 124; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 82. Dinamarco, embora rejeite o princípio dispositivo, também justifica o "princípio da demanda" na prevenção de litígios (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 42-43).

[77] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 82.

7.1. Liberdade e autonomia privada

Como já foi adiantado, o princípio dispositivo decorre, acima de tudo, da autonomia privada das partes e da liberdade que lhes é conferida para autorregrar a própria vontade e os próprios interesses. O princípio dispositivo traduz a liberdade individual no âmbito jurisdicional-processual.[78]

Esse *subjetivismo*, como diria Paul Roubier, "apareceu na história sob a forma de um esforço, por vezes lento e progressivo, por vezes também revolucionário, para liberar os sujeitos do domínio excessivamente forte do poder político".[79] Com efeito, a história da civilização é a história da luta entre a dominação e a liberdade. O desenvolvimento do Direito ocidental nos últimos quatrocentos anos esteve intimamente atrelado à conquista da liberdade pelo indivíduo e à contenção do arbítrio daqueles que detêm o poder. A liberdade era o valor central da doutrina jusnaturalista dos séculos XVI a XVIII e foi o mote fundamental da Revolução Francesa e da criação do Estado de Direito, uma das mais importantes conquistas civilizatórias da humanidade.[80] A estabilidade e previsibilidade proporcionadas pelo Estado de Direito nada mais são do que instrumentos de preservação dos direitos individuais, de modo que as pessoas possam desenvolver-se de forma ampla e segura. Como resumiu perfeitamente Carnelutti, "O direito limita a liberdade, mas não a suprime; e justamente porque e enquanto a limita, garante-a. Fora do direito, o homem tem uma liberdade ilimitada, mas apenas pode usufrui-la à medida que seja capaz de defende-la das invasões alheias; dentro do direito a área da sua liberdade diminui, mas, em compensação dessa diminuição, aquela que resta lhe vem custodiada".[81]

---

[78] V. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. p. 171: "Fundamento diverso, hoje um tanto descuidado e pouco mencionado, consiste na própria liberdade do indivíduo, cuja iniciativa no agir perante a administração judicial impõe-se totalmente independente do poder estatal: o cidadão livre deve ficar plenamente desimpedido para alçar o voo mais conveniente na defesa de seus direitos".

[79] ROUBIER, Paul. *Droit Subjectifs et Situations Juridiques*. p. 26.

[80] Não por acaso, a autonomia privada é considerada um princípio geral do Direito. V. KOHLER, Christian. *L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*. p. 21.

[81] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale C*ivile. p. 53.

O próprio Direito Processual é um instrumento de liberdade; um instrumento de racionalização do exercício do poder[82] contra eventuais abusos e arbitrariedades daquele que exerce, em nome do Estado, o poder jurisdicional.[83] Daí ter afirmado Eduardo Couture, com extrema felicidade, que "o devido processo legal é a própria garantia da liberdade".[84] Ou, como diria Calamandrei, o processo é um "método (e a ciência processual uma *metodologia*) imposto autoritariamente para chegar à justiça; um método de raciocínio, prefixado e ordenado pela lei, que as partes e o juiz devem seguir etapa por etapa (...)".[85] No mesmo sentido, Dinamarco ensina que o processo é um *método de trabalho* pelo qual o Estado de Direito estabelece "as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder".[86] Para Dinamarco, é precisamente essa fundamental função de limitar o exercício do poder que une, sob uma mesma categoria, todas as formas de processo.[87]

Por ser um instrumento de liberdade e segurança erigido em benefício do jurisdicionado, nada mais natural que também nele sejam garantidas esferas de liberdade para que o indivíduo possa tomar as decisões que lhe parecem mais adequadas.

Tem razão Robert Alexy quando afirma que "O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros".[88] Ainda assim, do ponto de vista jurídico, pode-se conceber duas formas de liberdade: a negativa e a positiva. A liberdade negativa é a faculdade atribuída a cada um de agir ou não agir de acordo com a sua própria vontade. A liberdade positiva remete à capacidade de autodeterminação do indivíduo e à possibilidade de que cada um estabeleça os seus próprios objetivos e tome

---

[82] CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. p. 628-629.

[83] Sobre as relações entre processo, devido processo legal e Estado de Direito, v. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. p. 69-77.

[84] COUTURE, Eduardo J. *Inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso*. p. 135.

[85] CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. p. 625.

[86] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 93.

[87] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 95.

[88] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 218.

as decisões que a si parecerem mais acertadas para atingi-los.[89] A diferença entre elas é que a liberdade positiva pressupõe uma efetiva capacidade de escolha entre alternativas,[90] ao passo que a liberdade negativa implica a "ausência de obstáculos externos à conduta".[91]

É por essa razão que a lei deixa de impor condutas processuais ao indivíduo em seu próprio benefício; e também pela qual o Estado-jurisdição não supre as eventuais omissões das partes, tutelando-as plenamente contra a sua vontade. Além de radicar na liberdade negativa (art. 5º, II da CR: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), o princípio dispositivo encontra sua verdadeira fundamentação na autonomia privada, manifestação da liberdade que garante o autorregramento da própria vida e da própria esfera jurídica. Como explica Sarmento, a autonomia privada tem "como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com essas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade".[92]

Por mais irracional que possa parecer uma manifestação de vontade, como aparenta ser a decisão de não propor uma demanda para buscar a tutela de um direito violado, deve o Estado respeitá-la como forma de autodeterminação do indivíduo.[93] É exatamente essa a acertada conclusão de Jauernig: "Se há processo, depende, em princípio, do indivíduo. (...) A decisão de não acionar pode ser muito insensata: a ordem jurídica respeita-a, porque reconhece a auto-determinação do indivíduo na formação das suas relações jurídicas".[94] No mesmo sentido, ensinava Liebman que "o reconhecimento, pela ordem jurídica, de

---

[89] SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. p. 174-175; Idem. Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia. p. 136-137.

[90] Mais uma vez, RAZ, Joseph. *The Rule of Law and its virtue*. p. 220.

[91] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. p. 137.

[92] SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. p. 182.

[93] V. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. p. 136: "Embora a autonomia privada pressuponha a racionalidade do indivíduo, ela abrange o direito da pessoa de tomar decisões por quaisquer motivações: juízos morais, cálculos instrumentais, sentimentos, desejos e até idiossincrasias incompreensíveis para terceiros".

[94] JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil* p. 131.

determinados direitos subjetivos, quer privados ou públicos, significa, entre outras coisas, que a satisfação desses direitos, especialmente a satisfação coativa, depende da vontade dos titulares, isto é, da sua livre determinação".[95]

Na medida em que a liberdade é uma garantia fundamental (art. 5º, *caput* da CR), estritamente relacionada com a dignidade,[96] só pode ser limitada quando o seu exercício colocar em risco direitos e garantias de terceiros. Essa dinâmica permite que a liberdade seja concedida a cada uma das pessoas sem criar um ambiente de anarquia e desordem.[97] Como a decisão de não propor uma demanda, de não interpor um recurso, de aquiescer a uma decisão, de renunciar à pretensão, de não alegar um fato potencialmente favorável, de não produzir determinada prova etc. é, em regra, incapaz de ferir direitos e garantias de terceiros, nada resta ao Estado senão respeitá-la. E quando a decisão do jurisdicionado vai além de sua própria esfera jurídico-patrimonial, como ocorre com as questões que interessam à ordem pública, o ordenamento jurídico limita a eficácia da decisão do particular e concede a terceiros (ou a algum legitimado extraordinário, como o Ministério Público) a tutela desses interesses públicos. É o que acontece também quando um dos litisconsortes unitários desiste de um recurso, renuncia à pretensão ou reconhece a procedência do pedido; quando o denunciante da lide ou o denunciado à lide confessam os fatos alegados pela outra parte; quando a parte não recorre de uma decisão que prejudica terceiros etc (v., abaixo, Capítulo Quinto).

Em resumo, o Estado confere liberdade para que as partes utilizem ou deixem de utilizar os instrumentos processuais colocados à sua disposição porque o ordenamento jurídico reconhece a capacidade do indivíduo de autorrealizar-se e estabelecer os seus próprios valores e objetivos pessoais; reconhece, ainda, que o indivíduo tem capacidade de tomar as decisões necessárias para atingir tais objetivos, sem que seja necessária uma intervenção paternalista do Poder Público na esfera privada. A liberdade é manifestação da dignidade; e ao dar às partes poder para agir ou deixar de agir antes, durante e depois do processo, fica o Estado limitado e constrito a essa decisão, nos limites em que ela for tomada.

---

[95] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 194-195.

[96] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. p. 139 e ss.

[97] V. ROUBIER, Paul. *Droit Subjectifs et Situations Juridiques*. p. 27.

7.2. A imparcialidade do órgão julgador

O segundo motivo pelo qual o ordenamento jurídico respeita a disponibilidade das partes no processo civil é a necessidade de se manter a imparcialidade do órgão julgador.[98]

A imparcialidade é uma das garantias mínimas do devido processo legal e constitui condição indispensável à racionalidade da prestação jurisdicional. Não se pode esperar uma decisão juridicamente correta, fundada em um juízo racional sobre fatos alegados e provados, se o órgão julgador estiver de qualquer forma comprometido com uma das partes. Justamente por isso exige-se a imparcialidade em qualquer tipo de processo: judicial (civil, trabalhista, penal), arbitral, administrativo e até mesmo os de natureza inteiramente privada (processo disciplinar de uma associação para imposição de sanção ao associado, p.ex.).[99] No que diz respeito ao processo judicial, a parcialidade do juiz é ontologicamente incompatível com a promessa do poder público de realizar justiça por um método heterocompositivo, em substituição à autotutela. A parcialidade do juiz é uma anomalia porque implica a dissociação entre o Estado-jurisdição, sempre impessoal, daquele que o corporifica e fala em seu nome. Daí afirmarem Dinamarco, Cintra e Grinover, com razão, que "O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição".[100]

A preocupação com a imparcialidade é tamanha que a nossa Constituição da República, a exemplo de outras, veda taxativamente a instituição de juízo ou tribunal de exceção e impõe a regra do juiz natural, com três consequências: "a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem

---

[98] V. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 99 e 131; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 194-195; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. p. 171; Idem. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. p. 112; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 82; CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 346.

[99] Sobre a incidência do devido processo legal nas relações privadas, v., p.ex., STF, RExt 201819/RJ, j, 11/10/2005.

[100] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 53. V. também YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 94.

taxativa de competência".[101] Além disso, a Constituição outorga aos juízes prerrogativas consideradas necessárias à preservação da sua independência: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio (art. 95). Também para preservar a independência dos juízes e promover a imparcialidade na condução e no julgamento dos processos, o art. 95, parágrafo único da Constituição impõe vedações aos juízes, incluindo o exercício de outras atividades profissionais além da magistratura (inc. I), dedicar-se à atividade político-partidária (inc. III) e receber auxílios ou contribuições de terceiros (inc. IV).

Apesar dessas garantias constitucionais, o desenvolvimento científico do Direito Processual permitiu constatar que o excesso de iniciativas do julgador aproxima-o excessivamente da causa e acaba por vinculá-lo a um determinado resultado.[102] O juiz que instaura e conduz o processo fica predisposto a acolher a demanda, entrando, na clássica expressão de Franco Cordero, em "quadros mentais paranoicos" para chegar à conclusão que lhe parecia mais acertada no início do processo.[103] O processo passa a ser regido pelo "primado das hipóteses sobre os fatos", segundo o qual as hipóteses criadas no íntimo do intelecto judicial prevalecem sobre um juízo racional sobre as alegações fáticas efetivamente provadas pelas partes.[104] Mesmo quando não existe um comprometimento fático do juiz com uma das partes, a inquisitoriedade do processo acaba eliminando a autocrítica judicial e cria um comprometimento *psicológico* com determinado resultado.

---

[101] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 54; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 98-99.

[102] Nesse exato sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 131: "se o juiz instaurasse o processo de ofício haveria o risco de se vincular, ainda que de forma inconsciente, ao resultado". V. também CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 59; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 194-195: "se ele devesse investigar, nos fatos e eventos da sociedade, aqueles que a seu juízo se apresentam como casos de inobservância da lei (...), tal busca o levaria a antecipar, ainda que inconscientemente e ao menos em seu foro íntimo, um julgamento que, muito ao contrário, precisa ser o resultado do exame imparcial dos rumos tomados pelo processo".

[103] CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. p. 51.

[104] CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. p. 51: "*Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, ne questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi*".

Por isso, com o objetivo de preservar um distanciamento saudável e seguro entre o juiz e a causa que ele irá julgar, confere-se ao interessado, senhor da sua própria vontade, a iniciativa dos atos mais importantes do processo. E mesmo quando o interesse for indisponível, a lei atribui a determinadas pessoas a legitimidade para a sua instauração (Ministério Público, p.ex.), buscando preservar, em qualquer hipótese, a imparcialidade do julgador.

7.3. Segurança jurídica

O terceiro fundamento teórico do princípio dispositivo, poucas vezes lembrado, é a segurança jurídica que proporciona às partes.

Como se sabe, a segurança jurídica tem como corolários a previsibilidade, a estabilidade e a proteção da confiança legítima.[105] Se a jurisdição tem a finalidade precípua de tutelar direitos juridicamente assegurados e realizar o direito objetivo, a função do processo, como método de trabalho, é conferir estabilidade e previsibilidade aos sujeitos processuais. Prazos, recursos taxativos, sequência ordenada de atos, momentos específicos para a prática de cada ato, preclusão etc. são todos instrumentos para dar estabilidade e previsibilidade à prestação jurisdicional.

Nesse sentido, também o princípio dispositivo age em benefício das partes, permitindo-lhes conhecer com exatidão as situações jurídicas consolidadas (estabilidade), bem como saber as consequências que terão determinada ação ou omissão, ou, de forma mais ampla, saber quais são as consequências que aquele processo pode gerar em suas vidas (previsibilidade).

Do ponto de vista da estabilidade, o respeito à manifestação da vontade da parte consolida situações jurídicas e proporciona segurança. É por isso que a estabilização da demanda na fase postulatória é tão importante; e é por isso que as propostas de flexibilizá-la, sem limitações e regras muito claras, são insensatas e prejudiciais. Também é por isso que, uma vez confessado um fato, salvo evidente intuito fraudulento, não pode o juiz ignorar a manifestação de vontade da parte e, na sentença, afirmar que o fato não foi provado. Aquele

---

[105] V. VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de l'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*. p. 12 ; CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. p. 156 ; PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*. p. 74-91; RAIMBAULT, Philippe. *Recherche sur la Sécurité Juridique en Droit Administratif Français*. p. 39-360.

que tinha o ônus de provar precisa ter a certeza de que, uma vez incontroverso, o fato confessado independe de quaisquer provas.

É a previsibilidade, contudo, que mais tem a ganhar com o respeito ao princípio dispositivo. A obrigatória correlação entre a demanda e a sentença, p.ex., uma das mais importantes manifestações do princípio, tutela tanto a parte que definiu o que quer do Estado-jurisdição, quanto – talvez em até maior medida – aquele contra o qual foi dirigida a demanda. Demandante e demandado devem conhecer exatamente qual é o objeto do processo para que possam exercer as suas faculdades processuais de forma minimamente adequada. De um lado, o demandante precisa saber exatamente o que ele pode obter com a demanda que foi formulada para a adequada tutela de seus interesses, incluindo propor novas demandas se aquela se mostrar insuficiente no caso concreto. De outro lado, o demandado precisa saber exatamente o que foi pedido contra si, de modo que possa elaborar a defesa adequada dos seus interesses, alegar o que considerar pertinente e produzir as provas necessárias ao julgamento de improcedência do mérito. Ao demandante, receber mais do que havia pedido dificilmente será um resultado indesejável, mas, ao demandado, perder mais do que havia sido pedido contra si sempre será um resultado inadmissivelmente danoso.

Além das partes, terceiros também devem ter condições de conhecer o mérito do processo e saber com precisão quais são as possíveis decisões do Estado-jurisdição naquele processo. Somente assim poderão intervir como assistentes (arts. 119 a 124 do NCPC), oferecer oposição (art. 682 do NCPC), conhecer a situação patrimonial de uma das partes, analisar o risco de insolvência futura do réu etc.

8. Fundamentos dogmáticos do princípio dispositivo

O princípio dispositivo foi expressamente recepcionado pelo direito positivo brasileiro e manifesta-se em variados enunciados normativos, sobretudo do Novo Código de Processo Civil.

Dentre eles vale destacar o art. 2º, que disciplina a inércia jurisdicional (“O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”), e o art. 141, que impõe a correlação entre demanda e sentença (“O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”). Também merecem nota o art. 190, o qual autoriza convenções processuais para “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus,

poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo" e o art. 191, que autoriza a criação de um calendário processual pelas partes e pelo juiz ("De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso"). Há ainda disponibilidade quanto à competência relativa ("Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações") e de incontáveis incidentes processuais (arts. 125, 130, 133 etc.). Especialmente importantes são os dispositivos que tratam da disponibilidade fática, seja pela confissão (art. 389), seja pela ausência de impugnação específica (art. 341), da vinculação do juiz aos fatos incontroversos (art. 374, II e III) e da disponibilidade recursal (arts. 998, 999, 1.000, 1.002, 1.013 etc.). O NCPC também permite alterações no procedimento e na forma estabelecida para a validade do ato processual quando houver concordância das partes (p.ex., fracionamento da audiência, em regra una e contínua – art. 365).

Enfim, é conteste que o nosso NCPC deu nova dignidade à participação das partes no processo, reconhecendo-lhes maior autonomia e liberdade.

9. Princípio dispositivo e o sistema de ônus processuais

Característica essencial de um sistema processual regido pelo princípio dispositivo é que toda a participação das partes no processo é fundada sobre um sistema de ônus processuais. O legislador atribui à parte faculdades e poderes que podem ser exercidos se ela assim desejar, embora, caso não exercidos, tenham aptidão para produzir alguma consequência potencialmente desfavorável. Não são deveres, pois não geram sanções; não são obrigações, pois não estão atreladas a prestações exigíveis pela outra parte (e que têm como contrapartida um direito subjetivo).[106] São ônus, cujo exercício interessa única e tão somente ao jurisdicionado, e cujo descumprimento pode até colocá-lo em uma situação

[106] Explica COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 174: "*La diferencia sustancial radica en que, mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un interés proprio*". V. a exposição didática de AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. p. 44-45.

processual desvantajosa, mas não lhe impõe, repete-se, nenhuma sanção. Daí falar a doutrina que ônus são "imperativos do próprio interesse".[107]

Ainda que o processo seja público e informado por valores que exigem das partes um comportamento ético, probo e leal, o fato é que os deveres processuais são extremamente restritos. As partes não podem mentir, não podem embaraçar o andamento do processo, não podem praticar atos protelatórios e não podem litigar de forma manifestamente infundada. São, em suma, deveres de comportamento impostos para impedir que condutas maliciosas prejudiquem a outra parte.

Além desses poucos e importantes deveres, não existem obrigações processuais às partes (salvo se criadas por convenções entre partes – v. abaixo, Capítulo Oitavo, n. 94.10). O processo pode, sim, gerar obrigações materiais – como ocorre com os honorários, os encargos sucumbenciais, as astreintes, a responsabilidade pela obtenção de medidas de urgência e as sanções processuais decorrentes de litigância de má-fé, por exemplo –, mas não existem obrigações processuais propriamente ditas.

10. Manifestações do princípio dispositivo: disponibilidade jurisdicional e disponibilidade processual em sentido estrito

Embora o princípio dispositivo seja quase sempre associado à inércia jurisdicional, à correlação entre demanda e sentença e à iniciativa probatória, manifesta-se de diversas outras maneiras no sistema processual. Para fins de sistematização, é possível conceber dois grupos: (a) o primeiro, a que chamaremos de disponibilidade jurisdicional, é aquele que concentra os atos de disposição das partes que limitam ou moldam os efeitos da intervenção judicial em suas esferas jurídico-patrimoniais; (b) o segundo, a que chamaremos de disponibilidade processual em sentido estrito, diz respeito aos atos de disposição da parte no curso do processo relativos à própria dinâmica processual.

---

[107] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil.* p. 8 e 203; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 174; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 204; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. p. 149; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 51-52; Idem. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 234.

10.1. Disponibilidade jurisdicional

A "disponibilidade jurisdicional" remete a sete características fundamentais do sistema processual.

(i) Em primeiro lugar, a jurisdição é inerte e só age *se*, *quando* e *nos estritos limites* em que for provocada (*nemo judex sine actore)*. Salvo raríssimas exceções, cada vez mais exíguas,[108] o Estado-jurisdição é proibido de iniciar um processo de ofício. Os processos devem ser instaurados pela parte interessada mediante o exercício do poder de ação. Mesmo nos casos em que o interesse público exige a intervenção jurisdicional, a iniciativa do processo é confiada a sujeitos independentes e estranhos ao poder jurisdicional: no Brasil, essa atividade é atribuída essencialmente aos membros do Ministério Público, sem olvidar que "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio" público (art. 1º da Lei nº 4.717/65).

(ii) Em segundo lugar, nenhuma pessoa, física ou jurídica, pode ser compelida a exercer o seu poder de ação contra a sua vontade; ninguém tem o dever de buscar a tutela jurisdicional, ainda que titular de um direito material. Tratando-se de direito indisponível, pode-se atribuir ao Ministério Público a iniciativa de tutela do interesse público; mas se o direito for disponível, o processo só será instaurado se o seu titular assim o quiser.

(iii) Em terceiro lugar, instaurado o processo, o Estado-juiz fica estritamente vinculado aos limites estabelecidos pela demanda – que são os exatos limites do rompimento da inércia jurisdicional (*ne eat judex ultra petita partium)*. É o demandante quem define o mérito do processo e é o demandante quem define quais são os fatos que compõem a *sua* causa de pedir. Trata-se, aqui, do importante instituto da correlação entre tutela jurisdicional e demanda. Mesmo que a parte peça menos do que poderia ter pedido, o Estado-juiz só pode

[108] Eram exemplos de atuação jurisdicional oficiosa, até a promulgação do Novo Código de Processo Civil, a instauração do processo de inventário de ofício pelo juiz (art. 989 do CPC/73), a arrecadação da herança jacente (art. 1.142 do CPC/73), a alienação judicial (art. 1.113 do CPC/73) e a execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho (art. 876, parágrafo único da CLT). O Novo Código eliminou a possibilidade – que de fato não tinha nenhuma justificativa plausível – de instauração do processo de inventário pelo próprio juiz, mas manteve outras hipóteses, como a arrecadação de herança jacente (art. 738 do NCPC) e a alienação judicial de bem (art. 730 do NCPC).

dar aquilo que lhe foi demandado (ou a tutela com resultado prático equivalente – art. 497 do NCPC).

(iv) Em quarto lugar, são as partes que definem o material fático relevante ao processo (*judex judicet secundum allegata partium)*. São elas, e apenas elas, que alegam fatos (constitutivos, extintivos, modificativos, impeditivos) e são elas, e apenas elas, que definem os fatos controversos que serão objeto de prova. A incontrovérsia de uma alegação fática, com exceção dos processos que envolvem direitos e interesses indisponíveis, é vinculante ao juiz, o qual deverá aceitá-lo como verdadeiro no momento de decidir.[109]

(v) Em quinto lugar, as partes podem buscar meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem. No caso da arbitragem, o conflito é resolvido definitivamente, sem nenhuma intervenção do Estado, com regras, procedimentos e julgadores escolhidos livremente pelas partes, de acordo com a sua exclusiva manifestação de vontade.

(vi) Em sexto lugar, mesmo depois de instaurado o processo, (a) as partes podem transigir; (b) o autor pode desistir do processo antes da contestação do réu; (c) as partes podem convencionar para extinguir o processo; (d) o autor pode renunciar à sua pretensão, total ou parcialmente; (e) o réu pode reconhecer a procedência do pedido do autor, total ou parcialmente;

(vii) Em sétimo lugar, uma vez proferida a sentença, as partes podem aceitá-la e cumpri-la espontaneamente, total ou parcialmente, ou dela recorrer, também total ou parcialmente. E transitada em julgado a decisão final de mérito, as partes mais uma vez podem aceitá-la ou buscar a rescisão da coisa julgada mediante ação rescisória.

Enfim, o sistema processual concede aos jurisdicionados, em diversos momentos e por diversos meios, ampla liberdade para praticar atos de disposição que, como dito, limitam os efeitos da intervenção jurisdicional em suas esferas jurídico-patrimoniais.

---

[109] De acordo com James Goldschmidt, a natureza vinculante do fato incontroverso é uma das principais características do princípio dispositivo. V. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, p. 82.

10.2. Disponibilidade processual em sentido estrito

A segunda manifestação do princípio dispositivo é sentida na dinâmica processual e na utilização, ou não, dos instrumentos processuais postos à disposição da parte pelo legislador.

Como o processo é regido essencialmente por um sistema de *ônus processuais*, *todos* os atos do processo são facultativos.[110] Nem autor nem réu têm o dever ou a obrigação de praticar qualquer ato processual. A propositura da demanda é facultativa, a contestação é facultativa, a impugnação à contestação é facultativa, o requerimento de provas é facultativo, o comparecimento no depoimento pessoal é facultativo, *todos* os recursos são facultativos etc. Evidentemente, a parte que deixa de praticar determinado ato pode ser prejudicada por essa decisão, mas ainda assim essa é uma escolha *sua*. O réu que não comparece ao seu depoimento pessoal, p.ex., faz presumir a veracidade das alegações fáticas do autor (art. 385, §1º do NCPC), mas, no processo civil, ele jamais será conduzido coercitivamente para depor.[111]

Além disso, *todos* os atos praticados envolvem escolhas e decisões da parte. Na contestação, p.ex., o demandado pode negar os fatos constitutivos da pretensão do demandante; pode alegar fatos extintivos, impeditivos ou modificativos que impeçam o acolhimento dessa mesma pretensão; pode confessar todos os fatos constitutivos, mas rejeitar que eles produzam os efeitos jurídicos pretendidos pelo demandante, desenvolvendo toda e qualquer argumentação jurídica que o ordenamento jurídico lhe permitir (sempre de forma proba e leal) para convencer o Estado-juiz de que a pretensão deduzida pelo autor é infundada. De igual modo, os recursos podem ser parciais ou totais e, ainda quando houver uma pluralidade de *errores in procedendo* ou de *errores in iudicando*, cabe ao recorrente escolher quais deles irá utilizar como fundamento para a invalidação ou reforma da decisão. Na produção de provas, as partes podem escolher aquelas que serão produzidas para demonstrar a veracidade de suas alegações fáticas, podem escolher os quesitos que serão

---

[110] Exceção a essa regra é o comparecimento obrigatório na autoritária audiência de conciliação prevista no art. 334 do NCPC.

[111] No processo civil apenas as testemunhas poderão ser conduzidas coercitivamente, pois não agem no próprio interesse, mas no interesse da parte que a arrolou e no interesse público da adequada prestação jurisdicional (art. 455, §5º do NCPC).

respondidos pelo perito e as questões que serão formuladas as testemunhas; e mesmo depois de requerer a sua produção, podem dela desistir se assim o quiserem.

Quer dizer, as partes decidem não apenas se praticarão determinado ato processual, mas decidem, principalmente, qual é o conteúdo desse ato; e inclusive nos recursos de fundamentação vinculada, como é o caso dos embargos de declaração ou do recurso especial, o conteúdo do ato será decisivamente influenciado pela vontade do agente.

As partes têm, ainda, disponibilidade do procedimento. Sempre puderam suspendê-lo por convenção[112] e, desde a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no Brasil, podem alterá-lo significativamente mediante acordos quando a causa versar sobre matéria disponível (arts. 190 e 191 do NCPC).

11. Autonomia privada e o dogma da irrelevância da vontade das partes no processo civil

A liberdade processual encontra limites no procedimento estabelecido pelo legislador. No processo civil, legalidade e licitude encontram-se e relacionam-se. A parte só pode atuar de acordo com os instrumentos que lhe são disponibilizados pelo ordenamento (legalidade), mas só atua se assim o quiser e nos limites da sua vontade (licitude).

Por muito tempo confundiu-se essa dinâmica com uma suposta irrelevância da vontade das partes nos atos processuais, pois cada ato produziria os efeitos previstos em lei, e não aquele desejado subjetivamente pela parte. Em clássico trecho, citado por Carnacini e tantos outros, Furno defendeu que "a vontade privada determina-se, manifesta-se e exaure-se inteiramente no dar ao ato processual a forma legal exatamente prescrita, necessária a fim que ele cumpra a função e produza o efeito que o ordenamento positivo lhe atribui na série coordenada da atividade de que consiste o procedimento".[113] No Brasil, na vigência do CPC/73, Dinamarco seguia caminho similar para rejeitar a existência de negócios jurídicos processuais. Segundo o Mestre, "Os efeitos dos atos processuais são sempre os que resultam da lei e não necessariamente da vontade".[114]

---

[112] Art. 197, II do CPC/39; art. 265, II do CPC/73; art. 313, II do NCPC.

[113] FURNO, Carlo. *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*. p. 411.

[114] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 474.

Em relação à doutrina de Furno, a liberdade das partes no processo realmente encontra limites no formalismo que lhe é intrínseco, mas isso não significa que se possa desconsiderar a vontade na prática dos atos processuais. Não por acaso, dispõe o art. 200 do NCPC, com redação idêntica à do revogado art. 158 do CPC/73, que "Os atos das partes consistentes em *declarações unilaterais ou bilaterais de vontade* produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais". Isso porque, como ensinava Leo Rosenberg, "todo ato processual pressupõe um ato consciente de vontade, a vontade de atuar".[115] Ainda que os efeitos dos atos processuais estejam previstos em lei, a prática do ato depende da vontade do interessado – o que é manifestação conteste da disponibilidade processual.

No que diz respeito aos negócios jurídicos processuais, é sempre problemática a importação, ao processo, de institutos criados especificamente para o direito material – a exemplo da conceituação de processo como relação jurídica. Com efeito, à exceção das convenções processuais consolidadas no art. 190 do NCPC (que já existiam na escolha do foro competente, alterações do regime de ônus da prova etc.), talvez não se possa realmente afirmar que os atos processuais em geral sejam negócios jurídicos, pois carentes daquela "manifestação de vontade qualificada"[116] pela constituição de direito.[117] Ainda assim, quando o réu contesta, ele tem a intenção de produzir os efeitos jurídicos previstos em lei (estabelecer a controvérsia sobre fatos, evitar a revelia, incluir no objeto de conhecimento do juiz as suas exceções e objeções à procedência do pedido do autor etc.), da mesma forma que o doador tem a intenção de produzir o efeito previsto em lei: transferir a propriedade do bem ao donatário.

Além disso, todo ato processual é capaz de ser moldado pela vontade dos sujeitos processuais, produzindo diferentes efeitos jurídicos. A forma da contestação está prevista em lei (prazo de quinze dias, forma escrita etc.), mas o seu conteúdo é significativamente maleável. Se o réu confessar o fato constitutivo do direito do autor em

---

[115] ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I. p. 377.

[116] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 15-22.

[117] Com razão, SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 182-184: "Ainda que aceite a existência de verdadeiros e próprios negócios processuais (...), os atos processuais, contrariamente aos negócios jurídicos de direito material, sujeitam-se a outros princípios quanto a suas possíveis causas de invalidade e sanação (...)".

um processo que trata de interesse disponível – e pode fazê-lo por um ato de vontade[118] –, a dinâmica processual será diversa da que seria se tal fato tivesse sido simplesmente negado. A confissão vincula o juiz à constatação de que o fato ocorreu, impede a dilação probatória e impõe o julgamento antecipado do mérito. São efeitos jurídicos produzidos por uma manifestação de vontade que define o conteúdo de um ato processual previsto em lei.

A vontade também é elemento decisivo na interpretação do ato e na definição de seus limites. O exemplo mais relevante é o da intepretação do pedido de acordo com "o conjunto da postulação" (art. 322, §2º do NCPC), mas também a renúncia à pretensão, o reconhecimento do pedido, a confissão etc. devem ser interpretados para averiguar se aquela foi a real intenção da parte.

Destarte, quase todo ato praticado no processo por alguma das partes é uma manifestação de vontade, seja na decisão de praticá-lo, seja no conteúdo do ato, o qual sempre é definido pelo agente.

12. Disponibilidade processual e disponibilidade material

É muito comum na doutrina a associação entre o princípio dispositivo e a disponibilidade material do direito discutido no processo. Afirmava Satta que "O caráter dispositivo do processo é um reflexo da autonomia do direito que se faz valer no próprio processo".[119] Isso ocorreria, segundo Calamandrei, porque "o processo, dado o seu ofício de instrumento construído para a atuação do direito substancial, conforma-se diversamente segundo as diversas exigências do seu objeto".[120]

Ou seja, só seriam regidos pelo princípio dispositivo os processos que tratassem de interesses disponíveis. Versando a causa sobre direitos indisponíveis, o processo seria regido pelo princípio inquisitivo.

Essa construção teórica é muito antiga e era utilizada para diferenciar o processo civil do processo penal. Ao contrário do processo penal, que tem por objeto

---

[118] Não se confunda a manifestação da vontade de confessar com a antiga doutrina que via na confissão um negócio jurídico. Sobre isso, v. abaixo Capítulo Sexto, n. 65.

[119] SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. p. 166.

[120] CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. p. 152.

questões de interesse público e, portanto, indisponíveis, o processo civil trataria, como regra, de interesses privados e, portanto, disponíveis.[121] Citando novamente Calamandrei, "o princípio dispositivo, se não se pode considerar uma consequência teoricamente inevitável da disponibilidade da relação substancial", mas para o Mestre "há, todavia, em tal disponibilidade a sua justificação lógica.[122]

Por vezes, essa indevida associação entre interesses materiais indisponíveis e processo inquisitivo decorre da desconsideração da autonomia do Direito Processual. Possivelmente isso ocorra pelo fato de que a teoria dos modelos processuais foi desenvolvida na fase imanentista do processo e acabou perpetuando-se ao longo do tempo. Contudo, não é possível continuar pensando o princípio dispositivo como se fosse manifestação pura e simples da disponibilidade material no plano processual.

Esse tipo de equívoco fez com que Carnacini, p.ex., rejeitasse a bipartição do princípio dispositivo porque a *Dispositionsprinzip* (princípio da demanda) não seria nada mais do que manifestação do próprio direito subjetivo material objeto do processo.[123] Também fez Cappelletti afirmar, embora criticando precisamente o imanentismo de Carnacini, e reconhecendo a natureza processual do princípio dispositivo, que o princípio dispositivo "material" é uma "consequência lógica e jurídica necessária" "do caráter 'disponível' da relação civilista deduzida em juízo".[124]

É evidente que não se defende aqui a completa autonomia do processo em relação ao seu objeto de conhecimento. Ainda que autônomo, o processo é instrumental[125] e, por isso, sempre será influenciado pelas questões que estão à base do seu objeto.[126] Basta

---

[121] V. ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 327-328.

[122] CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. p. 149.

[123] CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 730.

[124] CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 304. No mesmo sentido, AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, María Pia Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*. p. 770.

[125] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo Civil*. p. 17 e ss.

[126] Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 39-40 e 127: "Não obstante a autonomia da relação jurídica processual – que não se confunde com a relação material (diversa por

lembrar dos procedimentos especiais para se dar conta da importância que o direito material tem na formatação processual.

Do ponto de vista prático, tal qual fizeram os seus antecessores, o NCPC realmente estabelece limites à disponibilidade fática pelas partes quando a causa versar sobre direitos disponíveis.[127] É o que dispõe o art. 345, II, ao afastar o efeito material da revelia nesses casos,[128] e também o art. 392, que impede a confissão "de fatos relativos a direitos indisponíveis".[129]

Também é pacífica a doutrina, nacional e internacional, em limitar a validade do reconhecimento do pedido e a renúncia à pretensão às causas que versam sobre direitos disponíveis. A conclusão parte do pressuposto de que se o direito é indisponível, então não pode o seu titular restringir a sua efetivação pelo processo.

Entretanto, eventuais especificidades envolvendo direitos indisponíveis não permitem concluir que tais processos sejam regidos pelo princípio inquisitivo. O que há é uma restrição *parcial* da autonomia privada pela *influência* do direito material sobre o plano processual. Mais especificamente, as partes estão proibidas de criar fatos incontroversos vinculantes ao juiz e, em algumas hipóteses, renunciar à pretensão e reconhecer a procedência do pedido. No mais, permanece inteiramente vigente o princípio dispositivo com todas as consequências dele decorrentes: inércia jurisdicional;[130] disponibilidade da ação, correlação entre demanda e pedido; monopólio pelas partes da causa de pedir e fatos extintivos, modificativos e impeditivos; processo regido por ônus processuais, e não por deveres; possibilidade de aquiescer à decisão judicial; disponibilidade recursal; disponibilidade da ação rescisória etc. A indisponibilidade do direito não permite ao juiz instaurar processos de ofício, alterar a demanda, obrigar a parte a recorrer etc.

---

seus sujeitos, seu objeto e seus pressupostos), a indisponibilidade vigente no plano substancial repercute no processo, considerando o caráter instrumental desse último" (p. 127).

[127] V. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 126-129.

[128] Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (…) II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

[129] Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

[130] Atento a isso, concluiu BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. p. 92: "O monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso".

Some-se a isso que, embora o Código vede a confissão de fatos envolvendo direitos indisponíveis, tal qual faziam os seus antecessores, ela sempre foi admitida pela jurisprudência quando favorável à parte tida como mais fraca da relação; assim como sempre se admitiu o reconhecimento da procedência do pedido em benefício do titular do direito indisponível. Desse modo, admite-se a confissão da paternidade pelo pai,[131] mas rejeita-se a confissão da mãe de que o réu não é o pai do filho (art. 1.602 do CC).[132]

Também não se admite, ainda que envolvendo direitos indisponíveis, a transformação dos ônus das partes em deveres processuais. Em decisão já antiga, o STF afastou a condução coercitiva do réu para a realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade. De acordo com a decisão, "A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos".[133] Nos anos seguintes a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a recusa em fazer o exame de DNA gera a presunção *iuris tantum* da paternidade[134] e, em 2009, incluiu-se o art. 2º-A na Lei nº. 8.560/92 com a seguinte redação: "a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório".

---

[131] STF, AI 84910 AgR, julgado em 06/11/1981; STJ, REsp 89.606/SP, julgado em 14/04/1997.

[132] STF, RE 27551, julgado em 31/05/1955; STJ, REsp 427.117/MS, julgado em 04/11/2003.

[133] Essa é a ementa: "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (STF, HC 71373, julgado em 10/11/1994)

[134] AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA - IMPOSSIBILIDADE - RECUSA - PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE PATERNIDADE. - Nas ações de investigação de paternidade, é direito do suposto pai se recusar à realização de exame de DNA. Tal fato induz presunção iuris tantum de paternidade, que vem sendo privilegiada em detrimento da verdade real, - Recurso desprovido. (TJMG, AI nº. 10024110244928001, julgado em 14/05/2013).

Por tudo isso, não parece possível afirmar que são dispositivos os processos que envolvem direitos disponíveis e inquisitivos os que envolvem direitos indisponíveis. O que há, nestes, é uma *influência* do direito material sobre o processual que implica a restrição *parcial* de *algumas* das consequências do princípio dispositivo; mas em qualquer hipótese, a autonomia privada das partes continua regendo o processo, ainda que um pouco limitada.

13. Princípio dispositivo e os chamados "processos inquisitivos" (ou processos necessários)

Não se devem confundir os princípios dispositivo e inquisitivo com aquilo que Calamandrei chamou de "processos inquisitivos" *(processo civile inquisitorio),*[135] mas que são, mais precisamente, *processos necessários*.

Processos necessários são aqueles cujo objeto mediato depende necessariamente da manifestação judicial para que se produzam os efeitos jurídicos pretendidos pelo demandante. Quer dizer, há processo necessário quando o ordenamento jurídico condiciona a eficácia de determinada situação jurídica à intervenção judicial. Como diria Calamandrei, são casos em que as partes, "mesmo se concordes, devem necessariamente seguir a via judiciária".[136]

Serve como exemplo de processo necessário o inventário e partilha de bens quando houver sucessor incapaz (art. 610 do NCPC). É também necessário o processo de invalidação de ato jurídico (nulidade do casamento, p. ex.). As partes podem distratar, novar ou mesmo divorciar-se extrajudicialmente, mas a invalidação do ato depende da intervenção judicial. Ainda que ambos os cônjuges estejam de acordo com a nulidade do casamento, não há nada que possam fazer senão buscar uma tutela jurisdicional desconstitutiva (art. 1.549 do Código Civil). Outros dois exemplos clássicos de processos necessários são a interdição do incapaz (arts. 747 e ss. do NCPC) e a extinção do poder familiar por decisão judicial (esp. art. 1.638 do CC).

Em sentido oposto, a cobrança judicial de uma obrigação não é um processo necessário porque o efeito pretendido pelo autor (satisfação do direito à prestação) pode ser

---

[135] CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. p. 145-176.

[136] CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. p. 150.

obtido também extrajudicialmente. Basta que o réu pague aquilo a que está obrigado. É a violação do direito de crédito do autor (a *lide* de que a doutrina clássica tanto gosta) que impõe a necessidade de instauração do processo.[137]

A partir dessa contraposição entre processos "facultativos" e processos "necessários", Calamandrei sustenta que nestes vige o princípio inquisitivo, pois "o especial interesse público, em razão da qual na categoria dos processos que aqui se estudam é adotado o princípio inquisitivo, é claramente distinto tanto do interesse à composição do conflito, quanto dos interesses em conflito".[138] Dito de outro modo, Calamandrei sustenta que todo processo necessário é inquisitivo porque haveria um interesse público que tornaria imprescindível a intervenção estatal.

No entanto, a suposta inquisitividade do processo a que alude Calamadnrei não decorre da *necessariedade* do processo, e sim dos interesses indisponíveis que normalmente estão em sua base. Considera-se a interdição do incapaz um processo inquisitivo não porque é indispensável a decretação judicial, e sim porque a capacidade do interditando é indisponível – afastando-se, então, a presunção de veracidade dos fatos constitutivos alegados pelo autor, p.ex. Contudo, há muitos casos de processos *necessários*, cujos efeitos não podem ser obtidos por meios autocompositivos, que envolvem interesses eminentemente disponíveis. Servem como exemplos a invalidação de contrato e a exclusão judicial de sócio (art. 1.030 do CC). Processos necessários, mas *dispositivos*: admitem a confissão, a admissão, os efeitos materiais da revelia, a renúncia à pretensão etc.

Em relação aos processos necessários que *também* envolvem interesses indisponíveis, valem aqui as considerações feitas no ponto anterior. Utilizando o processo de interdição como exemplo, o qual trata da capacidade da pessoa, um direito indubitavelmente indisponível, é inegável a subsistência do princípio dispositivo. Primeiramente, a iniciativa do processo é disponível às partes legitimadas por lei. Não há nenhuma sanção processual caso o cônjuge, companheiro, parentes ou tutores deixem de pedir a interdição do incapaz. Se tais pessoas se omitirem, e apenas quando for caso de doença mental grave, poderá o Ministério Público suprir a omissão e pedir a interdição (art. 748 do NCPC); mas em nenhuma hipótese o processo será instaurado de ofício pelo juiz. A

---

[137] Sobre a superação da "lide" como figura central do estudo do Direito Processual, v. adiante o que foi brevemente exposto no Capítulo Quarto.

[138] CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. p. 154.

causa de pedir é estabelecida *exclusivamente* pelo demandante, vedando-se ao juiz a introdução de novas causas de interdição que não foram apontadas na petição inicial (art. 749 do NCPC). Instaurado o processo, continua a viger o sistema de ônus processuais, pelo qual compete aos interessados praticar, *facultativamente*, os atos que considerarem pertinentes. Por óbvio, a revelia do interditando não produz efeitos materiais, sendo-lhe nomeado um curador especial (art. 752, §2º), e o procedimento especial previsto em lei já especifica as provas que devem ser produzidas para provar a incapacidade (entrevista com o interditando, perícia etc.). No mais, a defesa e o conteúdo da defesa tanto do interditando quanto de seus assistentes é disponível (art. 752, *caput* e §3º do NCPC), todo e qualquer recurso é disponível, as partes podem aquiescer total ou parcialmente à sentença, seja ela de procedência ou de improcedência etc.

Tudo isso demonstra que processos necessários não são processos inquisitivos. A única peculiaridade dos processos necessários é que *por vezes* envolvem interesses indisponíveis, aplicando-lhes então as restrições legais pertinentes.

14. Princípio dispositivo e o impulso oficial

Dispõe o já citado art. 2º do NCPC: "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei". O enunciado positiva a clássica divisão de tarefas entre partes e juiz. Cumpre às partes instaurar o processo, bem como definir o mérito e os fatos primários relevantes ao julgamento da causa, mas é do Estado a responsabilidade de fazer o processo caminhar para frente e chegar ao fim. Em outras palavras, a condução *material* do processo cabe às partes; a condução *formal* do processo cabe ao Estado.[139]

A discussão sobre a condução do processo é antiga e muitas vezes se considera o fator decisivo para qualificar o processo de publicístico ou privatístico, dispositivo ou inquisitivo. O impulso oficial é justificado pelo interesse público na célere conclusão do processo, "a exigir que a relação processual, uma vez iniciada, se desenvolva e conclua no mais breve tempo possível, exaurindo-se, dessa maneira, o dever estatal de

[139] Não se deve equiparar *condução formal* com iniciativa probatória. A instrução não é uma atividade formal, mas *material*. Impulso oficial e poderes judiciais instrutórios são fenômenos distintos. *Cf.* CAVALLONE, Bruno. *In difesa della veriphobia*... p. 17.

prestar o serviço jurisdicional".[140] Para Cândido Dinamarco, p.ex., o processo civil contemporâneo é regido pelo princípio inquisitivo, "responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal" e que "diz respeito ao modo como o processo é conduzido".[141]

Com efeito, a história mostra que uma das primeiras providências do poder público ao assumir para si a função jurisdicional foi assumir também a responsabilidade pela condução formal do processo (v. Capítulo Segundo). Exemplo clássico é o da citação. Nos primórdios do processo romano, a citação era de responsabilidade das partes, mediante emprego da força pelo autor se necessário. A evolução do processo e a "publicização" da função jurisdicional durante o Império fizeram com que ele próprio se encarregasse de citar o réu. Esse fenômeno foi observado também nos povos germânicos e repetiu-se ao longo dos tempos com vários outros exemplos. Mais recentemente, o processo civil francês napoleônico atribuía às partes a responsabilidade pela comunicação dos atos processuais à outra parte.[142] A publicização do processo no final do século XIX e início do século XX praticamente aboliu a prática e os atos passaram a ser comunicados oficialmente pelo próprio Estado.[143]

Contudo, se é verdade que o impulso oficial é uma característica essencialmente publicística, não parece ser um critério definitivo – e nem mesmo relevante – para averiguar o grau de liberdade – e de disposição – que as partes têm no processo.[144] A contraposição do impulso oficial ao princípio dispositivo radica em ao menos dois equívocos.

---

[140] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 336.

[141] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. I. p. 234. Em outro trabalho, ao tratar do impulso oficial, Dinamarco afirma que "Embora possam as partes ter a disponibilidade das situações de direito material pelas quais litigam, não pode o Estado-juiz permanecer à disposição do que elas fizerem ou omitirem no processo, sem condições de cumprir adequadamente a sua função. O processo não é um *negócio combinado em família* ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma instituição estatal". Idem. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*. p. 524-525.

[142] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 351-352.

[143] No Brasil, v. arts. 248 e ss. do NCPC.

[144] Prova da compatibilidade do impulso oficial com o princípio dispositivo é que ele não impede a renúncia à pretensão, as convenções processuais, a suspensão convencional do processo, o reconhecimento do pedido, a aquiescência à decisão etc.

O primeiro é pensar o princípio dispositivo como se fosse a mais ampla e irrestrita inércia jurisdicional. Como se procurou demonstrar, a inércia jurisdicional em atos e momentos importantes do processo (instauração, fase recursal, cumprimento da sentença etc.) é uma decorrência fundamental do princípio, mas isso não quer dizer que o Estado-juiz deva ser inerte em relação a *todos* os aspectos processuais. O princípio dispositivo é, como diz o nome, um princípio. Não é regido pelo *tudo ou nada* que caracteriza as regras, mas erige objetivos que devem ser alcançados pelo sistema jurídico. É, como diria Humberto Ávila, uma norma finalística, prospectiva e parcial.[145] Depende de outras normas para realizar-se e pode sofrer restrições quando estiver em conflito com outros princípios.

Nesse sentido, a inércia jurisdicional é uma *regra* fundamental enquanto garantia de preservação da liberdade. O Estado-jurisdição não instaura um processo de ofício porque isso violaria a liberdade do sujeito de decidir se realmente quer a intervenção estatal para a satisfação de um interesse; o Estado-jurisdição não interpõe recursos de ofício porque isso violaria a liberdade da parte de aquiescer à decisão; o Estado-jurisdição não cumpre oficiosamente uma decisão judicial porque isso violaria a liberdade da parte de optar por não exigir o seu cumprimento.

Todavia, uma vez rompida a inércia do Estado-jurisdição, não se trata mais de liberdade, e sim de efetividade. A parte já manifestou *livremente* a sua vontade; cumpre agora ao Estado-jurisdição, se existente o direito alegado, tutelá-la plenamente.[146] A parte disse o que quer: deve o Estado exercer adequadamente a sua função jurisdicional e adotar as medidas necessárias (dentro da legalidade e da razoabilidade) para dar-lhe o que foi pedido, nos limites em que foi pedido. Por isso, não viola o princípio dispositivo a imposição de medidas coercitivas atípicas ao cumprimento de uma decisão judicial, p.ex. (arts. 297, 536, 773 e outros do NCPC); elas são apenas instrumentos para que se obtenha o resultado pretendido pelo demandante.

O segundo equívoco é associar publicismo a autoritarismo, ou contrapor publicismo e liberdade. Esse é um ponto muito mais estrutural, o qual envolve a concepção

---

[145] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 69-79.

[146] Parcialmente nesse sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 82: "A jurisdição é inerte apenas quanto ao início e aos limites de sua atuação. Uma vez instaurado o processo por iniciativa da parte, este se desenvolve por iniciativa do juiz, independentemente de nova manifestação de vontade da parte".

de Estado e dos fins que ele deve buscar; e que remete à confusão entre interesse público primário e secundário. De todo modo, aludindo brevemente às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, interesse público não se confunde com interesse do Estado nem, muito menos, com restrição de direitos privados. Na esfera administrativa, o autor cita o exemplo da desapropriação. O interesse do Estado é pagar o menor valor possível e nas melhores condições possíveis pela expropriação do bem, mas o interesse público é que o particular receba o valor *justo, prévio e em dinheiro* (art. 5º, XXIV da CR).[147]

Isso demonstra que público e privado não são valores antagônicos. O que Carnelutti disse sobre a liberdade ("O direito limita a liberdade, mas não a suprime; e justamente porque e enquanto a limita, garante-a")[148] vale de forma ampla. O Estado só pode restringir direitos para tutelar direitos.

Trazendo o raciocínio à realidade processual, não é possível afirmar com tranquilidade que o impulso oficial restringe alguma liberdade de quem quer que seja. Trata-se de uma condução *formal* do processo, e não material.[149] Mas supondo que restrinja, essa restrição justificar-se-ia pela realização dos direitos das partes a uma prestação jurisdicional efetiva. O impulso oficial não serve ao Estado, mas aos jurisdicionados. Se o Estado deve adotar as medidas necessárias para "distribuir justiça" da melhor forma possível, é porque esse é um interesse de todos os jurisdicionados que dele se socorrem para a realização de seus direitos. O demandante que acredita ter razão quer receber o que pediu o quanto antes; e o réu que acredita ter razão – e que não é um litigante contumaz – quer a paz de espírito proporcionada pelo encerramento célere do processo.

Por tudo isso, é perfeitamente possível conciliar o princípio dispositivo com o impulso oficial[150] e até mesmo concebê-los como institutos complementares: o primeiro promove a liberdade, o segundo (como tantos outros) promove a efetividade.

---

[147] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 65.

[148] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale C*ivile. p. 53.

[149] AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, María Pia Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*. p. 434

[150] Nesse sentido, embora classificando o impulso oficial como característica inquisitiva, GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 352.

15. Princípio dispositivo e os 'poderes' instrutórios do juiz

Ao lado do impulso oficial, os 'poderes' instrutórios do juiz são o segundo elemento que em geral se considera determinante para definir se um sistema processual é inquisitivo ou dispositivo.[151] Com frequência, confunde-se o próprio princípio dispositivo com o pleno domínio das provas pelas partes,[152] considerando-se inquisitivo o sistema que outorga ao juiz a 'possibilidade' de produzir provas sobre fatos acerca dos quais tem dúvida.

Trata-se, como visto, do significado semântico de inquisição: pesquisar, investigar. O processo em que se autoriza a investigação pelo juiz seria, então, inquisitivo.

Ocorre que, se admitido esse critério, praticamente todos os sistemas processuais atuais serão considerados inquisitivos. Até mesmo na arbitragem, em que vige a mais ampla autonomia privada, além do que já está previsto no art. 22 da Lei 9.307/96, é extremamente comum que os regulamentos institucionais atribuam 'poderes' instrutórios aos árbitros.

Além disso, existem vários graus possíveis para essa investigação judicial. Pode-se partir do modelo socialista, no qual bastava ao demandante formular o seu pedido, assumindo o Estado-jurisdição a função de definir e apurar todos os fatos relevantes, absolutamente desvinculado de quaisquer consensos eventualmente estabelecidos pelas partes, ou de um modelo mais "liberal", que conceda ao juiz apenas subsidiária e acessoriamente a iniciativa na produção de provas.

Não há dúvidas de que o exercício dos 'poderes' instrutórios pelo juiz faz com que ele saia de sua posição de imparcialidade e vire um potencial advogado de uma das partes; ademais, tais 'poderes' podem ser utilizados para privilegiar determinada parte ou direcionar o resultado do processo. Quem tem o ônus da alegação tem o ônus de provar; e se o juiz supre eventuais omissões de uma das partes, estará obviamente beneficiando-a em detrimento da outra. Não convence, portanto, o argumento de que o juiz não sabe a quem

---

[151] Sobre os poderes instrutórios, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. p. 73-157; FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile*. p. 228 e ss.; TARUFFO, Michele. *Poteri del Giudice*. p. 470-477; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. *passim*.

[152] Afirma DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 52-53: "O princípio dispositivo é a matriz das regras e sistemas pelos quais ao juiz não competem iniciativas probatórias".

favorecerá a prova que ele mandou produzir de ofício. Aderindo à conclusão irreparável de Flávio Yarshell, "Se é verdade, por um lado, que ao juiz desconhece a quem favorece certa prova, por outro lado, é rigorosamente certo que conhece a quem desfavorece a correspondente falta".[153]

Ainda assim, a discussão sobre a atribuição de 'poderes' instrutórios ao juiz é de certa forma supervalorizada e não constitui tema realmente lesivo à liberdade das partes no processo. Se é verdade que a atribuição de 'poderes' instrutórios ao juiz não é a medida mais desejável,[154] e nem resolve os verdadeiros problemas na definição dos fatos processuais relevantes, do ponto de vista do princípio dispositivo são muito mais graves, p.ex., (a) aceitar que o juiz possa incluir fatos primários no processo sem alegação de qualquer das partes, (b) a tese de que a confissão ou a admissão não são vinculantes mesmo em causas versando direitos disponíveis e, principalmente, (c) a intepretação ampliativa do pedido do autor para extrair pretensões jamais formuladas.

Embora os 'poderes' instrutórios constituam uma *direção material* do processo, o fato é que eles admitem um raciocínio parecido ao que foi feito para o impulso oficial. Uma vez alegado o fato pela parte, está manifestada a sua vontade: ela confessou os fatos que pretendia confessar, deixou de impugnar os que não quis impugnar e estabeleceu a controvérsia que considerava necessária. O que ela quer é que os fatos por ela narrados sejam admitidos pelo juiz como verdadeiros no processo; e a prova é apenas um meio, um instrumento para tanto. Pouco importa quem a produziu: importa que o juiz se convença das suas alegações.

Ou seja, os 'poderes' instrutórios têm alguma legitimidade desde que coordenados com o princípio dispositivo, atrelando-os *estritamente* aos fatos alegados pelas partes e limitando-os, nos processos que versam sobre direitos disponíveis, às questões controversas.

---

[153] Nesse sentido, conclui YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. p. 131.

[154] Precisa a ponderação de YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. p. 130: "Em igualdade de condições entre os litigantes, e fora do contexto de direitos indisponíveis, é razoável esperar que o resultado a ser obtido pela parte em juízo seja reflexo do grau de empenho e engajamento que dedicou ao processo".

Mas o verdadeiro problema não é propriamente permitir que o juiz produza provas. Os verdadeiros problemas são dois: (i) supor que o juiz tenha *poderes* instrutórios, e não *deveres* instrutórios; (ii) admitir que a parte só possa descobrir se teve êxito na empreitada de convencimento do juiz sobre a veracidade das suas alegações quando proferida a decisão de mérito e preclusa qualquer possibilidade de instrução complementar.

15.1. Os 'poderes' instrutórios são deveres

Em relação ao primeiro problema, é conhecida a jurisprudência do STJ de que os poderes instrutórios seriam meras faculdades a serem exercidas arbitrariamente pelos juízes quando sentirem vontade de fazê-lo.[155] Ou seja, atribuem-se poderes instrutórios para a "melhor formação da convicção do Magistrado", mas para serem exercidos apenas quando esse magistrado *quiser* melhor formar a sua convicção.

Esse tipo de raciocínio é incompatível com o publicismo processual e com o exercício do poder estatal no Estado Moderno e, mais especificamente, no Estado de Direito. Ou o juiz recebe 'poderes' para *sempre* buscar *melhor julgar*, ou então ele simplesmente não pode receber tais poderes.

Nessa dinâmica esclerosada, os 'poderes' instrutórios são realmente um instrumento de favorecimento de uma das partes, pois o simples fato de o juiz *facultativamente* optar por exercê-los já é prova de que, naquele caso, ele está adotando postura distinta da que adotou em outro caso, no qual aplicou friamente o ônus da prova como regra de julgamento.

A verdade é que o processo civil moderno não convive com *poderes* judiciais. O juiz, ao corporificar o Estado e atuar em seu nome, possui apenas *deveres*, ou, na melhor das hipóteses, *deveres-poderes*. Todo e qualquer poder atribuído ao juiz é acompanhado do

---

[155] Por todos, STJ, REsp 471.857/ES, julgado em 21/10/2003: "PROCESSUAL CIVIL - PROVA PERICIAL - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ - POSSIBILIDADE, NÃO DEVER - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. 1. Os arts. 130 e 1.107 do CPC, mitigando o Princípio da Demanda, conferem poderes instrutórios ao Juiz, mas não lhe impõem o dever da investigação probatória. Mesmo porque, nos fatos constitutivos do direito o ônus da prova cabe ao autor (CPC, art. 333, I). 2. A faculdade outorgada para instrução probatória do Juízo milita em favor duma melhor formação da convicção do Magistrado. No entanto, o Juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, inda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito. 3. Recurso improvido".

dever de exercê-lo sempre que preenchido o suporte fático para tanto. Como ensina Dinamarco, "o próprio exercício do poder é para ele um dever perante as partes e uma inerência da garantia constitucional do controle jurisdicional".[156]

Destarte, admitir que o juiz tenha 'poderes' instrutórios impõe concluir que esses 'poderes' são *deveres* a serem exercidos *sempre* que o juiz considerar que o processo carece de uma prova que pode, em tese, ser determinante ao seu resultado.[157] Se os 'poderes' instrutórios não estiverem acompanhados de tais deveres, então eles têm de ser terminantemente rechaçados.

15.2. A solução para o problema dos deveres-poderes *instrutórios: diálogo e informação*

Com o comprometimento e o humanismo que lhe eram inerentes, Barbosa Moreira defendia que "Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o julgador consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos". Por isso, "Quando o juiz determina a realização de prova para melhor esclarecimentos dos fatos relevantes, não está, em absoluto, *usurpando* função da parte; não está agindo no *lugar dela*, fazendo algo que *a ela, e só a ela, incumbia fazer*. Sua iniciativa não é, a rigor, um *sucedâneo* da iniciativa da parte: é qualquer coisa de *inerente* à sua missão de julgador. Ele não atua *como substituto da parte*, atua *como juiz* – como juiz empenhado em julgar bem".[158]

O problema é que, apesar das louváveis intenções dos 'poderes' instrutórios, eles são ineptos para resolver a situação de injustiça e incerteza que se propõem a resolver.

Com efeito, é sabido que o volume de processos impede os juízes de dedicarem-se adequadamente a cada caso e refletir sobre eventuais provas que, embora ausentes dos autos, poderiam ajudá-los a melhor julgar. Ademais, distantes da causa, das

---

[156] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 228. E acrescenta: "desde quando a própria realização da justiça passou a ser vista como um dever e não um favor ou graça, sendo objeto de solene promessa constitucional (acesso à justiça), os poderes desse sujeito processual não são puros poderes, mas *poderes-deveres*".

[157] Defendendo o dever judicial de instrução como desdobramento do dever de colaboração, SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* p. 2.

[158] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. p. 37.

partes e dos fatos, os juízes dificilmente têm condições de saber quais provas poderiam ser úteis ao julgamento. Causa ceticismo a suposição de que o juiz, muito menos interessado no processo do que as partes e seus advogados, teria melhores condições de identificar as provas relevantes e pertinentes ao julgamento. Não por coincidência, alguma experiência revela que as tentativas judiciais de participar ativamente da fase instrutória geralmente implicam desperdício de tempo e de recursos das partes.

Poder-se-ia argumentar, corretamente, que as partes e seus advogados nem sempre conseguem identificar os elementos suficientes ao convencimento do juiz; e que muitas vezes iludem-se imaginando que os fatos já estão provados. Com efeito, advogados sabem quão imprevisíveis são as causas que envolvem fatos controversos, e como é difícil, senão impossível, fazer um juízo de valor sobre o resultado das provas produzidas na fase instrutória.[159] E é justamente por isso que, reafirma-se, os 'poderes' instrutórios não resolvem o problema da incerteza fática.

Mesmo se exercidos os poderes instrutórios, a convicção da parte e deu seu advogado de que uma alegação fática foi cabalmente provada pode não ser compartilhada pelo juiz; e isso só será descoberto quando proferida a decisão de mérito e preclusa toda a faculdade probatória. Quer dizer, a parte só descobre que o juiz não está convencido da veracidade de sua alegação quando já não pode mais fazer nada para corrigir essa situação.

Para resolver parcialmente essa situação o art. 429, 1, §3 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (LEC) dispõe: "Quando o tribunal considerar que as provas propostas pelas partes poderão resultar insuficientes para o esclarecimento dos fatos controvertidos, informará às partes, indicando o fato ou os fatos que, a seu juízo, poderiam ver-se afetados pela insuficiência probatória. Ao efetuar essa manifestação, o tribunal, aderindo aos elementos probatórios cuja existência resulte dos autos, poderá assinalar também a prova ou provas cuja produção considere conveniente".[160]

---

[159] Em uma rápida e informal pesquisa conduzida por este autor, sem nenhum critério científico, mas ainda assim ilustrativa, de dezesseis advogados consultados, todos atuantes no contencioso, quatorze afirmaram que, ao menos na maioria dos casos, são incapazes de prever o convencimento judicial depois de concluída a fase instrutória.

[160] No original: "*Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. (...) Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos*

A LEC impõe ao juiz, portanto, o dever de "informar" às partes que as provas requeridas podem não ser suficientes para o "esclarecimento dos fatos controvertidos", dando-lhes a oportunidade de complementação. Quer dizer, atua-se em prol de um processo mais efetivo sem que a atuação seja um exercício autoritário de poder.

Seguindo nessa linha, ainda mais eficiente seria impor ao juiz o dever de informação *antes de proferida a decisão*, esclarecendo à parte, ao término da instrução, que ele não foi suficientemente convencido da veracidade de determinada alegação fática, oportunizando então à parte a produção adicional de provas. Se mesmo assim a questão não for devidamente esclarecida, então não há nada a fazer senão julgar segundo o ônus da prova.

Essa solução, proposta *de lege ferenda*, não causaria nenhum prejuízo a nenhuma das partes, não tiraria o juiz de sua posição de imparcialidade – escolhendo quais provas produzir em benefício de quem produzir – e, principalmente, reduziria substancialmente as surpresas que as decisões tão costumeiramente causam ao jurisdicionado ao valorar os aspectos fáticos da causa.

---

que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente". Elogiando o dispositivo pela boa forma de "entender a iniciativa probatória", JUNOY, Joan Picó i. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia*. p. 128.

CAPÍTULO SEGUNDO – A PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO E A DERROCADA DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Sumário: 16. A *summa divisio* público-privado. 17. Os problemas da aplicação da *summa divisio* ao processo civil. 18. Privatismo e publicismo no processo civil. 19. O processo civil contratual do *ordo iudiciorum privatorum* e a publicização do processo no Império Romano. 20. O novo ciclo entre privatismo e publicismo na Baixa Idade Média. 21. A formação do Direito Comum e a instituição das bases para o publicismo do processo moderno. 22. O processo civil moderno e a domesticação da função jurisdicional: o processo francês napoleônico. 23. O nascimento do Direito Processual como ciência autônoma: a abstração do poder de ação e os pressupostos processuais de Bülow. 23.1. A abstração do poder de ação; 23.2. Os pressupostos processuais e a relação jurídica processual pública. 24. O Código de Klein e a função social do processo. 25. As raízes socialistas do Código de Klein: a obra de Anton Menger. 26. A adoção da doutrina publicística por Giuseppe Chiovenda. 27. A importância da obra de Chiovenda e a difusão do publicismo na Itália. 28. O Código de Processo Civil brasileiro de 1939. 29. O Código de Processo Civil italiano de 1940. 30. O Código de Processo Civil português de 1961. 31. O Código de Processo Civil soviético de 1964. 32. O Código de Processo Civil da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) de 1975. 33. As consequências da publicização e a desvalorização da autonomia privada no processo civil: a rejeição do princípio dispositivo pela doutrina publicística.

16. A *summa divisio* público-privado

A *summa divisio* público-privado é uma das mais antigas e, até hoje, mais importantes classificações jurídicas. Desde a Grécia Antiga já se diferenciavam as ações relativas à organização das Cidades-Estado das demais ações de interesse privado.[161] No Direito Romano clássico (século I a.C.), Cícero propôs a divisão do Direito de acordo com a fonte normativa. Seriam públicas as normas derivadas das leis, das consultas ao Senado e

[161] BARRIÈRE, Louis-Augustin. Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé. p. 7.

dos tratados; seriam privadas as normas derivadas de atos praticados por pessoas privadas (*tabulae*, *pactum conventum* e *stipulatio*).[162]

Foi no Direito Romano pós-clássico, porém, que a *summa divisio* adquiriu feições verdadeiramente científicas e moldou-se à forma atualmente concebida. Escreveu Ulpiano no século III d.C.: "O *jus publicum* é o que diz respeito ao estado da coisa romana, o *jus privatum* à utilidade dos particulares: há, com efeito, coisas de utilidade pública, outras de utilidade privada".[163]

A distinção de Ulpiano foi calorosamente recepcionada nos séculos seguintes, tendo servido como parâmetro para os redatores do Digesto e das Institutas. A *summa divisio* passou a ser a mais importante divisão do Direito, ainda que o Direito Privado tenha recebido, até a criação do Estado Moderno, maior atenção do legislador.[164]

Atualmente, de um modo bastante geral, pode-se dizer que o Direito Público é o "conjunto de normas específicas" que regula "a organização, o funcionamento e a ação de instituições públicas para lhes permitir perseguir a realização do interesse público",[165] enquanto o Direito Privado regula "as relações entre particulares".[166]

---

[162] Cf. BARRIÈRE, Louis-Augustin. *Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé*. p. 8.

[163] Cf. BARRIÈRE, Louis-Augustin. *Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé*. p. 8-9. Na tradução do autor: "Le jus publicum est celui qui regarde l'état de la chose romaine, le jus privatum l'utilité des particuliers: il est en effet des choses d'utilité publique, d'autres d'utilité des particuliers". Igualmente, TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. p. 223; MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. p. 147.

[164] Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. Iniciação na Ciência do Direito. p. 223-224; BARRIÈRE, Louis-Augustin. *Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé*. p. 9.

[165] Para Marçal Justen Filho, que rejeita a categoria do *interesse público*, o regime jurídico de direito público "consiste num conjunto de normas jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. O regime de direito público caracteriza-se pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem é atribuída a titularidade de bens vinculados à realização de valores essenciais, assim como a competência para promover a satisfação de interesses indisponíveis. Em contrapartida, o regime de direito privado é norteado pela autonomia da vontade na escolha dos valores a realizar a na disponibilidade dos interesses em conflito, reconhecendo-se a legitimidade de condutas de satisfação egoística das necessidades". JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo* (2016). p. 48.

[166] BARRIÈRE, Louis-Augustin. Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé. p. 7. No original: "Droit public que nous pourrions présenter, de manière sommaire, comme un ensemble de normes

Para os países com sistema dualista, como o Brasil, a classificação é de grande importância, pois o regime jurídico de direito público é diferente do regime jurídico de direito privado.[167] Dentre várias peculiaridades, merece destaque o fato de que o regime jurídico de direito público é pautado pela regra da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público, ao passo que o regime jurídico de direito privado é pautado pela regra da licitude e, em geral, pela disponibilidade dos interesses privados.

Salvo casos específicos que se encontram em uma zona intermediária, a distinção entre os regimes não costuma causar dificuldades. De um lado, atos praticados pela Administração Pública direta (lícitos ou ilícitos), relações tributárias, serviços públicos, processos legislativos, processos eleitorais, processos licitatórios, concessões etc. costumam ser regidos pelo regime de direito público, não obstante a Administração possa submeter-se ao regime de direito privado em determinadas situações previstas em lei.[168] De outro lado, as relações entre particulares em geral (como definido por Barrière), tais quais celebração de negócios jurídicos, constituição de pessoas jurídicas de direito privado, discussões sobre propriedade particular, posse, direitos sucessórios etc., são regidas pelo regime de direito privado.

17. Os problemas da aplicação da *summa divisio* ao processo civil

A *summa divisio* perde boa parte da clareza quando transposta ao Direito Processual Civil. Se é verdade que a jurisdição é uma atividade, uma função e um poder do Estado com indiscutíveis finalidades públicas, também é verdade que o processo (no sentido amplo de "realidade fenomenológica";[169] ou, mais precisamente, *jurisdição*) é, sobretudo, um instrumento posto à disposição do particular para que, em substituição à autotutela, possa

---

spécifiques réglant l'organisation, le fonctionnement et l'action d'institutions publiques pour leur permettre de poursuivre la réalisation de l'intérêt général, le droit privé, réglant les rapports entre particuliers".

[167] Na Inglaterra, tida como arquétipo do modelo unitário, os juízes ordinários não apenas têm competência para julgar as causas envolvendo a Administração Pública, mas devem fazê-lo como se se tratasse de um particular. V. FROMONT, Michel. *Le débat à l'étranger*. p. 47. Explica BELL, John. *Le débat au Royaume-Uni*. p. 73: "*En principe, le droit anglais ne connaît aucun clivage juridictionnel entre les juges de droit public et de droit privé. Les tribunaux de droit commun restent compétents pour connaître des affaires tant de droit public que de droit privé*".

[168] V. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* p. 54-55; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 51 e ss.

[169] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 23-25.

encontrar um caminho legítimo à satisfação de seus direitos e interesses. E se é verdade que a atividade jurisdicional possui escopos públicos, e que as decisões judiciais muitas vezes projetam-se para fora do processo (na criação de precedentes, p.ex.), também é verdade que, na grande maioria dos casos, os interesses direta e imediatamente em jogo são exclusivamente privados. É o que ocorre desde causas mais simples, como uma indenização por acidente de trânsito, até causas mais complexas envolvendo disputas societárias, negócios atípicos ou redes contratuais.

Mesmo quando o Poder Público é de alguma forma parte no processo, é frequente que seja um interesse privado o elemento justificador de toda a movimentação da máquina jurisdicional. Servem como exemplos a ação de nulidade de ato administrativo proposta pelo particular, a ação de responsabilização do Estado pela pessoa lesada ou a ação de condenação do Estado a prestar um serviço público em benefício de dado indivíduo. Até mesmo na desapropriação judicial, o interesse que justifica a movimentação da máquina judiciária é privado, pois é a validade de um ato de expropriação patrimonial do particular e o valor da indenização que lhe é devida que estão em jogo. Ainda que o regime de direito material seja o de direito público, são poucos os casos em que estará descartado o interesse privado.[170]

A tudo isso deve ser acrescida a imprescindível função exercida pelo Direito Processual – e pelo *devido processo legal* – no Estado de Direito: racionalizar a atividade jurisdicional e domesticar o exercício do poder. Como toda garantia jurídica, o devido processo legal é, de um lado, uma autolimitação que o Estado se impõe ao exercício de seu poder jurisdicional (dimensão subjetiva) e, de outro, é um instrumento técnico-jurídico para a tutela da pessoa, para a tutela de seus direitos, faculdades e poderes (dimensão objetiva). Essa função primária do Direito Processual é evidentemente de interesse público, mas assim o é precisamente porque serve como garantia do indivíduo contra o exercício arbitrário do poder estatal.

18. Privatismo e publicismo no processo civil

A tensão entre publicismo e privatismo acompanhou todo o desenvolvimento histórico do Direito Processual. Desde o processo romano já se percebe um claríssimo

[170] Até em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público para a tutela do meio-ambiente, p.ex., não é nada incomum que o interesse contraposto seja privatístico (livre iniciativa, propriedade etc.).

movimento pendular entre público e privado, alternando-se entre sistemas processuais controlados pelas partes e sistemas processuais controlados pelo Estado.

Esse embate ficou ainda mais evidente com a emancipação do Direito Processual do Direito Material e a aquisição do *status* de ciência autônoma. Desde o século XIX, as principais discussões processuais estiveram, de alguma forma, relacionadas com a prevalência de interesses privados ou públicos. A evolução da teoria da ação, a sistematização dos pressupostos processuais, a função atribuída à jurisdição e ao processo, os limites aos poderes judiciais, o gerenciamento processual pelo juiz, os poderes instrutórios, os desdobramentos do *iura novit curia*, a feição instrumental do processo, as relações entre tutela jurisdicional e verdade dos fatos e, mais recentemente, a possibilidade de acordos processuais entre as partes ou a extensão, ou não, dos limites objetivos da coisa julgada. Todas essas polêmicas, dentre muitas outras, estão relacionadas com a forma como se compreende o Direito Processual, com os fins atribuídos à jurisdição e com o papel que se confere ao juiz e às partes no processo.

O embate entre público e privado criou uma dicotomia na doutrina processualista contemporânea, desenvolvendo-se o que se denominou de corrente 'privatista' e corrente 'publicista'.

De modo bastante resumido, e por ora incompleto, pode-se dizer que a corrente chamada inadequadamente de "privatista" (autointitulada, de forma mais apropriada, *garantista*) considera que algumas concepções da doutrina contemporânea majoritária reflete a ideologia totalitária-fascista que dominou a primeira metade do século XX, bem como as concepções autoritárias e paternalistas próprias do pensamento socialista. Nesse sentido, os seus adeptos refutam o ativismo judicial e o aumento dos poderes dos juízes, incluindo a iniciativa instrutória, e defendem um processo isonômico que resgate a importância que as partes tinham no *ordo iudiciarius*, privilegiando sempre o contraditório.[171]

---

[171] Nesse sentido, mas cada autor com peculiaridades próprias: AROCA, Juan Montero. *El processo civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritária*. passim; CHIZZINI, Augusto. *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazioni del diritto processuale civile*. esp. p. 170 e ss.; Idem. *In dubio pro libertate. Note sul pensiero giuridico di Edoardo Garbagnati*. passim; Idem. *Oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*. esp. p. 56-66; Idem. *Franz Klein, la codificazione sociale e la procedura civile in Italia*. esp. p. 134-139; CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello Stato democratico.*

A corrente "publicista" (expressão também inadequada) parte da premissa de que a eventual disponibilidade do direito material objeto do processo não implica a disponibilidade do instrumento estatal posto à disposição da sociedade para realização desse direito. Em outras palavras, o processo é, acima de tudo, um instrumento do Estado, e não das partes. Os fins públicos a serem alcançados pela jurisdição sobrepõem-se aos interesses privados que as partes possam ter.[172] O Estado é considerado o "único titular da função jurisdicional, que se serve do processo como instrumento para garantir a efetividade dessa função".[173] Entre os escopos atribuídos à jurisdição estão a pacificação social,[174] a busca da verdade material[175] e a concretização do direito objetivo ("*l'attuazione dela legge*").[176] Daí ser perfeitamente admissível a majoração dos poderes do juiz na condução e gerenciamento do processo, sobretudo na fase instrutória, o qual, na condição de sujeito imparcial, é quem deve garantir a busca da verdade e a obtenção de uma sentença justa.[177]

---

passim; Idem. *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*. passim; Idem. *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*. passim; MENDONÇA, Luís Correia de. *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*. passim; MONTELEONE, Girolamo. *Princípios e ideologias del processo civil: impressiones de un 'revisionista'*. passim; TARELLO, Giovanni. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*. esp. p. 118 e ss.

[172] P.ex., BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. p. 67-68: "Superada hoje a corrente que considera como objeto do processo a defesa de direitos subjetivos, pois resulta de uma análise privatista do fenômeno. (...) Com o desenvolvimento da ciência processual, todavia, não mais se admite tal enfoque, resultado de uma visão eminentemente privatista do processo. O interesse público na correta atuação da lei deve prevalecer sobre o interesse particular das partes em ver reconhecidos seus direitos. A nova escola processual transformou a maneira de considerar o processo e sua finalidade".

[173] JUNOY, Joan Picó Y. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*. p. 129.

[174] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* p. 193 e ss.

[175] P.ex., TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. p. 21-27

[176] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 67 e ss. e 134 e ss.

[177] Dentre muitos outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 51-57; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil. passim*; JUNOY, Joan Picó i. *El Juez y la Prueba*. *passim*, esp. p. 118-121.

19. O processo civil contratual do *ordo iudiciorum privatorum* e a publicização do processo no Império Romano

O processo civil romano caracterizou-se por dois "estágios evolutivos"[178]: o estágio do *ordo iudiciorum privatorum*, compreendendo o período das ações da lei e o período formular, e o estágio da *extraordinaria cognitio*.[179] Esses períodos não foram estanques e em muitos momentos conviveram ou até mesmo sobrepuseram-se.[180] Ainda assim, a passagem do *ordo iudiciorum* à *extraordinaria cognitio* representou a passagem de um processo essencialmente "privatista", de natureza contratual, estruturado e impulsionado pelas partes e julgado por um representante do povo romano,[181] a outro publicista, fundado no "*oficialismo*", legitimado pela emanação de poder do Imperador e controlado por agentes públicos hierarquicamente organizados.[182]

O *ordo iudiciorum privatorum* vigeu por cerca de mil anos, acompanhando Roma desde a sua fundação até o século IV de nossa era.[183] A principal característica daquele sistema processual era a existência de duas fases procedimentais. A primeira, chamada *in iure*, desenvolvida perante um representante do poder público, o pretor (ou magistrado), tinha como objetivo constituir a *litiscontestatio* – um contrato formal pelo qual autor e réu submetiam-se à decisão judicial e atestavam existir entre eles uma controvérsia, a *lis* – e verificar se a causa tinha condições de ser remetida para julgamento.[184] A segunda, chamada *apud iudicem* (*in iudicio*), era a fase de instrução e julgamento perante o juiz (essencialmente

---

[178] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 10.

[179] V. WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 94 e ss. e 255 e ss.; ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 241 e ss.

[180] *Cf.* TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 35. Para um gráfico ilustrativo, v. *Ibidem*. p. 154.

[181] Como explica Metzger, o processo romano clássico era marcado pela "iniciativa privada com uma modesta fiscalização pública" (METZGER, Ernest. *Litigation in Roman Law*. p. 3).

[182] V. WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 29-30; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 38.

[183] V. a linha do tempo disponível em TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 154.

[184] WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 175; ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 277-278; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 10.

o *iudex*, mas algumas causas eram julgadas por tribunais e composições colegiadas*)*,[185] um representante popular nomeado pelo pretor com a participação das partes.[186]

Não existe consenso na doutrina sobre as razões dessa bipartição. Prevalecem as teorias de que (i) se tratava de um resquício da tradição primitiva de resolução de conflitos pela via arbitral e (ii) de que seria uma "reação democrática contra a excessiva autoridade dos reis".[187] De uma forma ou de outra, a natureza contratual do processo era um "princípio fundamental" do *ordo iudiciorum*.[188] Todo o processo girava em torno da *litiscontestatio*, cuja formação exigia a presença de ambas as partes perante o pretor.[189] Como ensina Leopold Wenger, não havia citação ficta: "o princípio constitucional-republicano de que apenas pode julgar o cidadão chamado por cidadãos para julgamento exclui qualquer ficção de formação de uma *litiscontestatio* (...) Sem um réu, a *litiscontestatio* não pode ser formada; aqui, portanto, é negada qualquer possibilidade de efetiva influência direta pelo pretor".[190]

Justamente por causa desse "princípio constitucional-republicano" a que se refere Wenger, a citação era um ato privado de responsabilidade exclusiva do demandante.[191] Nos primórdios do *ordo iudiciorum*, competia ao autor, além de citar o réu, conduzi-lo perante o pretor, coercitivamente se necessário (Lei das XII Tábuas, Tábua Primeira, 2 e 3).[192] No período clássico, o processo iniciava-se pela *editio formula*, que era uma

---

[185] V. ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 256-262.

[186] V. ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 247 e ss.; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 10.

[187] Para um panorama geral das teorias, v. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 39. V. também ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 247-250.

[188] WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 106.

[189] TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 46.

[190] WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 106.

[191] METZGER, Ernest. *Litigation in Roman Law*. p. 4.

[192] Dispunha a Lei das XII Tábuas: "1. Se alguém é chamado a juízo, compareça; 2. Se não comparece, aquele que o citou tome testemunhas e o prenda; 3. Se procurar enganar ou fugir, o que o citou pode lançar mão sobre (segurar) o citado; 4. Se uma doença ou a velhice o impedir de andar, o que o citou, forneça-lhe um cavalo; 5. Se não aceitá-lo, que forneça um carro, sem a obrigação de dá-lo coberto (...)". Versão traduzida ao Português disponível em TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 155.

comunicação prévia da intenção do demandante de instaurar o processo, com a vantagem de permitir ao réu um tempo de preparação ao processo. A citação continuou a ser de responsabilidade do demandante, mas proibiu-se o uso da força em caso de recusa de comparecimento do demandado perante o pretor, a qual foi substituída por outras medidas coercitivas.[193]

Também na fase *in iure*, como já mencionado, era definido o juiz que julgaria a causa nos limites da *litiscontestatio* (e da *lis*). Em razão da natureza contratual do processo, o juiz era escolhido de comum acordo pelas partes e pelo pretor. Se o juiz fosse recusado por uma das partes ou pelo pretor, outro seria escolhido, preferencialmente de uma lista oficial pública.[194]

No período formular, que se desenvolveu sobretudo entre 17 a.C. e o século III, cumpria ao pretor (*in iure*) outorgar às partes uma fórmula escrita com a afirmação da ação do autor e as defesas do réu para julgamento pelo juiz (*in iudicio*). Essa fórmula era um "comando do magistrado dirigido ao juiz, solicitando a ele que decida por julgamento uma controvérsia particular"[195] e tinha até quatro elementos. O mais importante e sempre presente era a *intentio*, a qual indicava qual era a *pretensão* do autor – ou seja, qual era o mérito do processo. Além dela havia a *demonstratio*, que era a causa de pedir; a *adiudicatio*, que permitia ao juiz adjudicar a coisa a uma das partes (inventário e partilha, p.ex.); e a *condemnatio*,[196] que dava ao juiz poder para condenar ou absolver o réu.[197] Embora outorgada pelo pretor, o conteúdo dessa fórmula era estabelecido com a participação das partes.[198]

---

[193] TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 67;

[194] TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 47 e 71.

[195] ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 286.

[196] Institutas de Gaio, Livro Quarto, 39 a 44, versão traduzida ao Português disponível em TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 163.

[197] Para mais detalhes, v. ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 288-301.

[198] TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 72.

Instituída a *litiscontestatio* e formalmente instaurado o processo, passava-se à fase seguinte perante o juiz (*in iudicio*) para que fossem ouvidas as alegações das partes, produzidas as provas e então proferida a sentença.[199]

Um aspecto importante dessa fase do processo romano, intrinsecamente vinculado à natureza contratual do processo e que demonstra o absoluto respeito à manifestação de vontade das partes, é que, se o valor pleiteado pelo autor tivesse sido estabelecido na *litiscontestatio*, o juiz não poderia dar nem mais nem menos do que foi pedido. Não havia, portanto, procedência parcial do pedido. Se o pedido fosse de condenação em quantia incerta, a fórmula poderia deixar ao juiz a fixação do valor devido, mas se o pedido fosse de condenação em quantia certa, o *quantum* era indicado na fórmula e o *iudex* poderia apenas condenar o réu naquele valor ou absolvê-lo por qualquer outra razão, incluindo o excesso de pedido.[200] A *lis* (lide) formada na *litiscontestatio* proibia o juiz de decidir em sentido diverso do que nela ficou estabelecido.

A decisão do *iudex*, a *sententia*, a exemplo do que ocorre na arbitragem moderna, era única e definitiva. O juiz era um representante do povo e decidia em nome do povo na condição de cidadão livre. Não havia recurso contra a decisão, pois não havia um *iudex* hierarquicamente superior a outro *iudex*.[201] Aquela era a "primeira e única instância" de julgamento.[202] [203]

---

[199] WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 190-206; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 48-49.

[200] Bem retratado nas Institutas de Gaio, Livro Quarto, 48 e ss.: "52. Sendo a condenação pedida em quantia certa, o juiz não deve condenar o réu em importância maior nem menor da reclamada pelo autor; do contrário, faz sua a lide. (...) 53. Quem na *intentio* pedir mais do que aquilo a que tem direito, perde a causa; isto é, perde o próprio direito (...)". Versão traduzida ao Português disponível em TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 163.

[201] WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 210; ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 367.

[202] WENGER, Leopold. Institutes of the Roman Law of Civil Procedure. p. 210.

[203] Evidentemente, o processo romano do *ordo iudiciorum privatorum* previa mecanismos de proteção da parte contra decisões eivadas de vícios. Embora os romanos desconhecessem a figura da *invalidade*, criada apenas na Idade Média no embate entre romanismo e germanismo, consideravam inexistente a sentença que desrespeitasse o rito processual estabelecido. Sobre os instrumentos processuais de defesa, que não eram recursos, v. CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, v. I. p. 23-34.; COSTA, Moacyr Lobo da. *A Revogação da Sentença*. p. 14 e ss.; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de*

Esse modelo de processo bifásico e contratual do *ordo iudiciorum* foi paulatinamente abandonado ao longo do Império Romano e substituído pela *extraordinaria cognitio* (ou *cognitio extra ordinem*), momento em que começam a ser edificadas as fundações do processo civil moderno: publicístico e pautado pela autoridade de um agente estatal.[204]

Duas razões foram decisivas para a significativa alteração do sistema processual. Em primeiro lugar, o Imperador passou a concentrar em si todos os poderes públicos, incluindo o poder jurisdicional. Assim, o poder jurisdicional, antes fragmentado entre representantes do povo e legitimado por um contrato celebrado entre as partes, passa a ser exercido como manifestação da vontade e da autoridade do Imperador.[205] O Império Romano assume para si a função de distribuir justiça e realizar o Direito, e a legitimação contratual da jurisdição privada cede espaço a um poder vertical exercido pela autoridade suprema – fenômeno não muito diferente, feitas as devidas ressalvas quanto ao mérito e benefícios de cada um deles, do que houve com a criação do Estado Moderno. Em segundo lugar, justamente em razão dessa concentração de poderes pelo Imperador, houve a proliferação de leis imperiais positivadas, tornando desnecessária a enunciação do princípio jurídico aplicável ao caso pelo pretor.[206]

História do Processo Civil Romano. p. 103-109; WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 206 e ss.; ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 279-281.

[204] Leopold Wenger retrata essa transição em trecho que merece ser reproduzido: "*We picture to ourselves briefly: In place of the procedural contract created by the parties with the written-formula in the litis contestation, whereby the private iudex is called to render judgment (iudicium privatum), in place of a proceeding in which the magistrate only approves, authorizes, places his state authority at the disposition of the parties by way of assistance in that he holds a resisting party to the realization and consummation of the proceeding through indirect means of coercion, and makes it a civic duty on the part of the iudex to assume the office of arbitration through a command to adjudicate, in place of this hybrid court vacillating between a private judicial function and a state judicial office, there now stands a bureaucratic court, in our sense, a court as a state structure, to which the parties must submit, whether it suits them or not, if they at all desire to attain the protection of the law for themselves*". WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. p. 255-256.

[205] TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 112-113.

[206] ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 316-319.

O processo contratual do *ordo iudiciorum* foi substituído por um processo burocrático, desenvolvido perante um complexo sistema hierárquico de funcionários imperiais que exerciam a atividade jurisdicional mediante delegação.[207] Aboliu-se o sistema bifásico *in iure* e *in iudicio* e todo o procedimento passou a ser desenvolvido perante um único juiz 'estatal'.

Dentre muitas outras inovações, foi criada a apelação;[208] a citação, que antes era de responsabilidade do demandante, passou a ser realizada "com a colaboração do Tribunal"; criou-se a revelia;[209] difundiu-se a teoria da prova formal (com número mínimo de testemunhas para provar um fato, p.ex.);[210] e os juízes deixaram de ser escolhidos pelas partes em conjunto com o pretor, pois julgaria a causa o agente público competente previamente designado.[211]

Ainda que não houvesse exigência de conhecimento jurídico específico, popularizou-se a educação formal em Direito e difundiu-se a contratação de assessores especializados, remunerados pelo poder público, para aconselhar os juízes.[212] Além dos assessores, havia também o *"officium"*, antecedente histórico de nossas *varas* e *cartórios*, composto de oficiais subalternos designados pelo Imperador para registrar e cumprir as decisões dos juízes.[213]

---

[207] Cf. CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, t. I. p. 67; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 111-115; ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 263 e ss.

[208] O efeito devolutivo da apelação, até hoje tão importante à teoria geral dos recursos, decorre dessa delegação de poderes do imperador aos agentes imperiais. Falava-se em devolução porque, ao recorrer ao imperador, devolvia-se a ele a função que fora delegada ao seu representante. V. CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, t. I. p. 67.

[209] TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 116.

[210] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 14.

[211] ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 323-324.

[212] ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 267. Muito embora tais assessores já existissem no *ordo iudiciorum*, a contratação era uma opção dos próprios juízes e por eles custeada.

[213] ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 267.

Quanto à *litiscontestatio*, por ter sido o elemento central de um sistema que vigeu por mais de mil anos, não teria como ser inteiramente abandonada. Contudo, embora tenha conservado o seu lugar no processo da *cognitio extra ordinem*, certamente deixou de ter a importância de outrora. De um lado, o objeto do processo continuou a ser definido exclusivamente pelo autor, proibindo-se qualquer iniciativa do juiz nesse particular, a citação do réu era imprescindível para que se pudesse proferir a sentença e o ônus de produzir provas para provar os fatos alegados era todo das partes. Por outro lado, como ocorre hoje, o processo passou a ser instaurado com a "propositura da demanda" pelo autor perante o agente estatal,[214] e não mais pelo acordo de vontades das partes; e passou-se a admitir a citação por edital, bem como a tramitação do processo à revelia do réu que, mesmo citado, não comparecia.[215]

O processo romano imperial, especialmente o que se formou no final do Império, entre os séculos IV e V, constituiu a base do processo canônico e do processo europeu do Direito Comum.[216] Consequentemente, é também a base do processo moderno, desenvolvido sobretudo ao longo do século XIX.

20. O novo ciclo entre privatismo e publicismo na Baixa Idade Média

Ao contrário do que ocorreu no Direito Romano, o Direito dos povos germânicos não conheceu uma distinção tão clara entre público e privado; e também não conheceu a distinção entre processo civil e processo penal. Qualquer ato contrário à lei era considerado uma violação à paz social, e a utilização do processo, em substituição à autotutela, era uma forma de reparar essa violação.[217] Assim, pensar em publicismo e privatismo naquele momento histórico significa compreender a realidade a partir de concepções modernas e tentar identificar feições que chamaríamos atualmente de publicistas ou privatistas.

---

[214] ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 322-323.

[215] TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 116.

[216] ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 243.

[217] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 118-119.

Feitas essas ressalvas, com a queda do Império Romano é possível identificar um novo ciclo evolutivo pelo qual passa o processo civil da Baixa Idade Média, partindo-se de um processo místico, contratual, formalista e descentralizado[218], mas que paulatinamente evoluiu para um processo mais profissional e racional, desenvolvido perante um agente público com formação jurídica. Também a função da prova foi substancialmente modificada: se no início servia para alcançar a vontade divina e, portanto, era solene e ritualística, no final da Baixa Idade Média já possuía uma função mais demonstrativa e persuasiva.

São escassas as fontes relativas ao processo primitivo dos povos germânicos.[219] A primeira lei de que se tem notícia é a *Lex Salica*, já do final do século V ou início do século VI de nossa era.[220] O que se sabe é que, superada a longa fase da autotutela, tratava-se de um processo pouco racional, inteiramente dominado pelas partes com uma modesta supervisão do tribunal, o qual era composto por membros da comunidade. A essa falta de poderes do órgão judicial na condução do processo (e à escassez de definição do direito material) compensava-se com um formalismo extremo, o qual deveria ser

---

[218] Seguindo o resumo feito por Raoul Van Caenegem, no processo civil da Baixa Idade Média: a hierarquia entre juízos desapareceu e foi substituída por jurisdições locais; não havia nenhuma centralização ou procedimento de apelação; os juízes profissionais foram substituídos por juízes leigos sem educação jurídica; o desenvolvimento do feudalismo produziu um sistema de cortes feudais; os processos tornaram-se irracionais e as causas viraram disputas entre as partes, inclusive mediante duelos judiciais; as provas adquiriram feições divinas e sobrenaturais; as autoridades legais limitavam-se a controlar formalmente o desenvolvimento do processo e a produção litúrgica das provas, apenas ratificando ao final qual foi a parte vencedora. *Cf.* CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 25-26.

[219] Uma das poucas e principais fontes de estudo é a obra *Germania*, escrita por Tacitus. Ainda assim, trata-se da visão de um romano sobre as tribos germânicas que estavam próximas ao Império.

[220] Cf. ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 85; CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 19. Sobre a lei, v. SCHULTE, Frédéric de; FOURNIER, Marcel; GLASSON, M. Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de L'Allemagne*. p. 66-69. Antes da *Lex Salica*, acredita-se que todo o Direito era essencialmente costumeiro, inexistindo leis escritas (*Ibidem*. p. 61).

rigorosamente observado em cada ato processual.[221] Mesmo nos processos que tratavam de infrações "penais" vigia a máxima de que não havia juiz se não houvesse demandante.[222]

A dinâmica do processo germânico primitivo era muito distinta da que conhecemos atualmente, e isso torna até mesmo difícil a sua adequada compreensão.[223] Como no *ordo iudiciorum privatorum* romano, competia à parte, acompanhada de testemunhas, providenciar a citação do réu para comparecer em juízo em determinado número de noites.[224] Perante o tribunal, o autor deveria proclamar uma fórmula solene e jurar que pedia o verdadeiro e o justo; ao réu cumpria também fazer um juramento pelo qual negava a demanda do autor.[225] A função do órgão judiciário não era propriamente julgar a causa, mas declarar o direito. O julgamento ocorria antes da produção de provas, tratando-se de um "julgamento final condicional".[226] O tribunal deveria verificar se a demanda e a defesa eram admissíveis formalmente e indicar qual parte deveria produzir qual prova, o procedimento que deveria ser seguido para essa produção e as consequências do cumprimento, ou não, desse "ônus" probatório estabelecido.[227] Contudo, curiosamente, a atividade judicial encerrava-se com essa decisão. Uma vez declarado o direito, cumpria às partes regular o cumprimento do que fora estabelecido pelo tribunal mediante contrato.

---

[221] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 85; GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III. p. 390-391. Sobre o formalismo decorrente da falta de poderes do juiz e incerteza quanto ao Direito, GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 15.

[222] ENGELMANN, Arthur. The Mediaeval German Procedure, in History of Continental Civil Procedure. p. 126: "*Wo kein eleger ist, do ist ouch kein richter*".

[223] Para uma análise descritiva do procedimento, v. GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III. p. 390 e ss.; ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 131-134.

[224] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 125.

[225] SALVIOLI, Giuseppe. Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni. p. 527.

[226] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 85.

[227] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 85-86.

Normalmente, a prova era produzida pelo réu, pois ou ele comprometia-se a cumprir a obrigação pleiteada pelo autor ou ele dispunha-se a provar que o autor não tinha razão.[228] Em outras palavras, o réu deveria, sobretudo em acusações criminais, "purificar-se da acusação por meio do juramento ou do juízo de Deus".[229] Mesmo depois de introduzidas as provas escritas e orais (testemunhos, juramentos das partes etc.),[230] as ordálias e juízos de Deus continuaram a ser usados quando havia conflito entre as provas e não se permitia a definição sobre o fato – as testemunhas de ambas as partes, mesmo depois de confrontadas, mantinham os seus depoimentos, p.ex.[231] O objetivo da produção da prova não era convencer o tribunal de que o fato ocorreu ou não ocorreu, mas satisfazer formalmente o que fora determinado.[232] Ainda que houvesse nítida contradição no depoimento de uma testemunha, não cabia ao tribunal fazer esse tipo de valoração, pois não era o seu dever julgar o mérito.[233] O que importava era a quantidade de testemunhas e a qualidade dos depoentes. Por isso é que se diz que a prova era dirigida à parte contrária, e não ao tribunal; e que a produção da prova era um direito (um "benefício"), e não um ônus.[234]

---

[228] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 15; GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III. p. 464. De acordo com Engelmann, muitos eram os casos em que competia ao demandante produzir a prova, motivo pelo qual essa hipótese não pode ser considerada uma exceção (*cf.* ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 135).

[229] SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. p. 528.

[230] GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III. p. 499-500.

[231] CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 26; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 15; SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. p. 529. Para uma análise detalhada, GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III. p. 505-522.

[232] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 86.

[233] CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 26; SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. p. 529.

[234] GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III. p. 463; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 15 ; SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. p. 528.

Considerando que a sentença apenas declarava o direito latente na consciência popular,[235] ela não tinha "em si força obrigatória nenhuma".[236] O réu poderia, como dito, comprometer-se a cumprir a obrigação solenemente – caso em que a execução seria extrajudicial –, mas o que tinha força vinculante era o vínculo material entre as partes. Engelmann exemplifica com o caso em que se discute o cumprimento de uma obrigação contratual. Produzida a prova formalmente apta a tanto, como estabelecido pelo tribunal, não era a decisão judicial que se tornava exigível, mas a própria obrigação contratual assumida pelo réu.[237] A execução era efetivada pela própria parte de forma privada.[238]

O estabelecimento dos francos na Gália, a transição de um regime tribal para o reinado e a chegada ao poder das dinastias merovíngia e carolíngia provocaram mudanças importantes no processo germânico medieval.[239] Em movimento similar ao que ocorreu em Roma, o Rei assumiu para si todo o poder jurisdicional, o qual era exercido por funcionários reais, também por delegação, mediante a outorga do *ban* – o poder de pronunciar o julgamento.[240] A separação entre o órgão que definia o conteúdo da decisão e o órgão que proclamava solenemente essa decisão permaneceu, mas o exercício desse poder era feito em nome do Rei.

A evolução do processo dos povos germânicos implicou um pequeno aumento dos poderes judiciais, "os atos das partes viraram transações judiciais", os tribunais deixaram de proferir decisões condicionais e começaram a efetivamente decidir as causas, e a prova assumiu, aos poucos, uma função mais demonstrativa-persuasiva, ao contrário da

---

[235] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 145.

[236] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 15.

[237] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 86.

[238] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 127.

[239] GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. t.3. p. 257; ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 86-87.

[240] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 86 e 93 e ss. Explica o autor: "The judicial power of compulsion is called the 'ban'. The word signifies authority to command and prohibit as well as to prescribe punishment for inobservance of the command or prohibition" (p. 95).

antiga função místico-formalista.[241] Também é digno de nota que as decisões não eram mais cumpridas de acordo com a manifestação de vontade do réu-devedor, pois o poder público assumiu a função de execução dos julgados.[242]

Desde os tempos mais antigos, e assim permaneceu até a dissolução do Reino Franco no século IX, o processo tramitava perante uma assembleia judiciária (*mallus*) com a famosa divisão entre o órgão que definia o conteúdo da sentença, formado por representantes do povo que tinham a legitimidade para *criar* o direito (*rachimburgi* e depois *scabini* no Reino Franco), e o órgão que presidia os debates e tinha a legitimidade para declarar formalmente a sentença.[243] Originalmente, acredita-se que esses presidentes-juízes eram eleitos popularmente.[244] As partes não se apresentavam perante uma autoridade superior, mas perante os seus próprios pares.[245] No Reino Franco, o *tunginus* foi substituído pelo "conde", o qual exercia as funções por ordem e em nome do Rei.[246] De qualquer forma, a distinção entre o órgão que definia o conteúdo da decisão e o órgão que proferia formalmente essa decisão permaneceu.

Um aspecto interessante do processo germânico medieval é que todos os homens adultos e livres tinham o dever de comparecer aos julgamentos (*Dingpflicht*) e dele

---

[241] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 86-87.

[242] GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. t.3. p. 428-429: "*Nous allons voir, de plus en plus, la puissance publique prendre la place de l'individu; le magistrat et les juges joueront un rôle plus actif dans la procédure; le demandeur ne pourra plus directement recourir aux voies d'exécution. Cette exécution directe, cette pigneratio comme disent certains auteurs, sur les meubles du débiteur, était trop brutale; elle devenait inconciliable avec le développement des relations sociales*".

[243] V. GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. t.3. p. 253 e ss.; CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, v. I. p. 91 e ss; PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato Civile (storia)*. p. 757 e ss.; ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 94 e ss.; BESSO, Chiara. *La Sentenza Civile Inesistente*. p. 36-37; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 14-18; SCHULTE, Frédéric de; FOURNIER, Marcel; GLASSON, M. Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de L'Allemagne*. p. 344; SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. p. 518-519.

[244] GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. t.3. p. 257; ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 96.

[245] CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, v. I. p. 92.

[246] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 96-97.

participar, pois toda a coletividade era considerada protetora do Direito.[247] Tratava-se de um verdadeiro "dever de cooperação com a administração da justiça".[248] Ainda que não compusessem o colégio de juízes (*rachimburgi* ou *scabini* para os francos), qualquer homem livre poderia formular propostas de sentença, as quais eram deliberadas e eventualmente aprovadas.[249] A sentença era então proferida solenemente pelo presidente e, depois disso, era tida por inviolável.[250]

Durante o reinado de Carlos Magno, no século VIII, houve uma importante reforma que profissionalizou a atividade jurisdicional. Até então, as causas eram julgadas pelos *rachimburgi*, que eram homens livre do povo escolhidos para julgar determinada causa. Os *rachimburgi* foram substituídos pelos *scabini*, um corpo de funcionários públicos permanentes com conhecimentos específicos em Direito e na prática judiciária, os quais assumiam um compromisso formal, mediante juramento, de julgar corretamente.[251] Diante da nomeação real e do juramento, os *scabini* adquiriam a posição de oficiais do Rei.[252] Percebe-se, portanto, uma maior preocupação com a qualidade dos julgamentos, que não eram mais meras consequências necessárias da observância de ritos místicos na produção de provas. A criação dos *scabini* também amenizou o dever que todos os homens livres e adultos tinham de comparecer às sessões de julgamento (*Dingpflicht*).[253]

---

[247] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 121 e 145-146.

[248] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 120.

[249] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 149-151.

[250] CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, v. I. p. 93; PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato Civile (storia)*. p. 758.

[251] GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. t.3. p. 347; SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. p. 521; ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 97-98.

[252] SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. p. 521; ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 98.

[253] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 97.

Outras duas inovações importantíssimas do período franco foram (i) a redistribuição do ônus probatório entre as partes de acordo com a alegação de cada um; e (ii) a criação da *inquisição* (*inquisitio per testes et homines veraces*), sistema pelo qual os próprios juízes interrogavam membros do povo sob juramento para descobrir a verdade dos fatos. Esse procedimento inquisitório era especificamente utilizado em questões relativas a propriedades imobiliárias que interessavam ao Rei e à Igreja.[254]

A dissolução do Reino Franco em 843 pelo Tratado de Verdun provocou novas mudanças no processo e, em algumas regiões, a atividade jurisdicional foi unificada nos *scabini*, os quais não só definiam o conteúdo da decisão, mas também a proclamavam com eficácia e definitividade.[255] Em outros territórios, permaneceu a distinção entre o órgão que definia o conteúdo da sentença e aquele que a prolatava. Já no início da Alta Idade Média, o órgão prolator adquiriu o poder de recusar-se a proclamar definitivamente a decisão estabelecido pelo colégio de juízes se considerasse que ela estava equivocada – determinando-se então ao colégio que encontrasse uma nova decisão.[256]

21. A formação do Direito Comum e a instituição das bases para o publicismo do processo moderno

Superado o período entre os séculos VIII e XI, que ficou conhecido como "'séculos mudos' da história do direito",[257] tendo em vista a significativa ausência de produção jurídica escrita, a ciência jurídica passou por profundas transformações. A descoberta de um manuscrito do Código de Justiniano entre os séculos XI e XII, em um momento histórico em que a Europa ocidental começava a abandonar a sociedade agrária e feudal da Baixa Idade Média e instituir "autoridades nacionais" como fonte de poder

---

[254] CAENEGEM, R. C. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 26; SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. p. 532.

[255] GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. t.3. p. 318: "*Enfin, les anciens rachimbourgs furent en général supprimés et remplacés par les scabini qui, nous les verrons bientôt, était de véritable fonctionnaires. La justice perdit ainsi le plus souvent son vieil élément populaire qu'elle avait en grande partir conservé sous le Mérovingiens: elle devint un justice purement royale*".

[256] ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 146.

[257] TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. p. 159, fazendo referência a Gacto Fernández.

concentrada, além de uma economia predominantemente comercial,[258] provocou o renascimento do Direito Romano na Idade Média e o resgate de um sistema jurídico bastante distinto do sistema germânico que vigia nos séculos anteriores.

Houve então um segundo embate entre romanismo e germanismo,[259] o qual acabou definindo os rumos do processo civil europeu ocidental;[260] e, como consequência, também o destino, séculos mais tarde, do processo civil brasileiro.[261] Daí falar-se, até hoje, em sistemas jurídicos de tradição *romano-germânica*. Nesse período, conhecido como Direito Comum, foram criados muitos institutos importantíssimos à ciência processual moderna. Para citar três exemplos: inaugurou-se o plano da *validade* dos atos jurídicos e, mais especificamente no processo, a hipótese de *invalidação* das decisões judiciais;[262] surgiram os títulos executivos extrajudiciais;[263] e passou a viger o princípio da eventualidade, decorrente de preclusões mais estritas.[264]

No "constitucionalismo medieval", o direito era uma "entidade distinta da ação de governo".[265] O juiz não era um funcionário estatal inserido em um sistema organizacional burocrático e, para garantir a sua independência e imparcialidade, eram

---

[258] CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 30.

[259] ENGELMANN, Arthur. *The romano-canonical procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 417.

[260] Em 1901, afirmou CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. p. 181: "Il nostro codice di procedura civile è il prodotto d'una lunga storia, che per larghissima parte si riassume in quella dei rapporti fra il romanesimo e il germanesimo nel campo del processo civile". V. também CHIZZINI, Augusto. Oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civil. p. 51.

[261] V. LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del diritto commune nel processo civile brasiliano. p. 490-516.

[262] Em Roma, ou a decisão existia e era válida ou ela simplesmente inexistia juridicamente; o recurso de apelação, criado no Império, voltava-se exclusivamente contra a 'justiça' da decisão. No processo germânico, uma vez proclamada formalmente pela Assembleia Judiciária, a decisão existia e era válida; não havia recurso. Foi apenas na Idade Média clássica que se criou a *querela nullitatis* para discutir *vícios* da decisão existente, mas inválida. *Appellatio* e *querela nullitatis* conviviam lado a lado como institutos complementares: o primeiro atacava *errores in iudicando*, o segundo atacava *errores in procedendo*. Séculos mais tarde a *querela nullitatis* foi incorporada pela apelação e todos os erros decisórios passaram a ser atacados pela mesma via. V. CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, v. I. p. 23 e ss.

[263] V. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. p. 11.

[264] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 20

[265] PICARDI, Nicola. *La giurisdizione nel diritto comune*. p. 28.

preferencialmente escolhidos entre estrangeiros.[266] Nessa realidade, até mais ou menos o século XVII,[267] vigia na Europa ocidental o chamado *ordo iudiciarius*, uma justiça extraestatal que derivava "de uma razão prática e social" "confeccionada" "com a colaboração essencial dos juízes e dos advogados".[268] O *ordo iudiciarius* era essencialmente "público, argumentativo e justificativo",[269] "fartamente influenciado pelas ideias expressas na retórica e na tópica aristotélica, concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars opponendi et respondendi* tudo com vistas a resolver o problema, que ocupava o centro da discussão";[270] a retórica era, portanto, o "único instrumento para a formação da verdade judicial".[271] Fala-se, por isso, que o *ordo iudiciarius* era uma *ordem simétrica*, em que juiz, partes e advogados ocupavam posição de igualdade.[272]

No entanto, o que realmente caracterizou esse momento histórico, ao menos no que interessa a este trabalho, foram cinco características que estabeleceram as bases para a formação do processo moderno e implicaram a transição "do juízo ao processo" [273] e a superação da ordem isonômica do *ordo iudiciarius* por um processo assimétrico e estatal: (i) centralização, (ii) especialização, (iii) afastamento das instituições democráticas, (iv) controle estatal e (v) racionalização da instrução processual.[274]

---

[266] PICARDI, Nicola. *La giurisdizione nel diritto comune*. p. 30.

[267] *Cf.* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo de conhecimento*. s.p.

[268] PICARDI, Nicola. *La giurisdizione nel diritto comune*. p. 33

[269] PICARDI, Nicola. *La giurisdizione nel diritto comune*. p. 35.

[270] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo de conhecimento*. s.p.

[271] CHIZZINI, Augusto. *Oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*. p. 55.

[272] PICARDI, Nicola. *La giurisdizione nel diritto comune*. p. 35. CHIZZINI, Augusto. *Oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*. p. 54-55; Idem. *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*. p. 144. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo de conhecimento*. s.p.: "Como o iudicium era imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita, reclamava de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. O ponto de importância para o nosso tema é essa 'ordem isonômica', que visava a garantir a igualdade entre governantes e governados, entre o juiz e as partes e entre as próprias partes".

[273] Para utilizar a expressão de PICARDI, Nicola. *Dal giudizio al processo*. p. 199-232.

[274] Cf. CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 100.

(i) A mesma centralização que impulsionou as monarquias absolutistas, e também uma maior verticalização do poder na Igreja Católica, fez desenvolverem-se "tribunais centrais com poder jurisdicional sobre toda uma comunidade ou principado".[275] Foi assim na Inglaterra com a *Court of Common Pleas*, na França com o *Parlement de Paris*, no Império Germânico com o *Reichskammergericht* e com o *Reichshofrat*, na Igreja Católica com a *Curia Romana* etc.[276]

(ii) A centralização judiciária e o desenvolvimento das Universidades impulsionaram a especialização dos agentes judiciais formalmente educados em Direito. Nas antigas *curia regis* dos séculos XI e XII, questões jurídicas eram discutidas pelo rei com seus vassalos (bispos, condes, duques, cujos conhecimentos jurídicos vinham da experiência) dentre outras questões consideradas mais importantes, como política e aspectos militares. A centralização da jurisdição fez com que se estabelecessem conselhos formados por profissionais, repete-se, formalmente educados que tratavam exclusivamente de questões jurídicas mediante uma estrita divisão de trabalhos.[277]

(iii) A antiga participação popular – obrigatória, inclusive, como foi visto – nos julgamentos dos processos privados, tão cara aos povos germânicos, foi progressivamente abandonada no Direito Comum. O processo oral e público tornou-se escrito e, muitas vezes, sigiloso. Caenegem atribui essa mudança não só à difusão do processo romano-canônico (o que explica, em parte, a importância que o júri tem no *common law*, e não no *civil law*), mas também ao prestígio e à valorização do Direito – e do processo – como ciência a ser aprendida nas Universidades. De acordo com o professor belga, essa alienação popular foi exacerbada quando os juízes passaram a ser recrutados apenas entre os formados em Direito e, principalmente, quando os cargos de juiz adquiriram natureza de bens jurídicos passíveis de compra e venda.[278]

---

[275] CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 100.

[276] Cf. CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 100-101.

[277] Cf. CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 102. V. também SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai nostri Giorni*. p. 535.

[278] CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 104. Sobre a atribuição de valor pecuniário ao cargo de magistrado na França, e a relevância que isso teve para a Revolução Francesa, remeto ao que escrevi em RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes.* p. 106 e ss.

(iv) O fortalecimento das monarquias em toda a Europa, principalmente a partir do século XV, implicou também o fortalecimento da jurisdição real em detrimento das jurisdições feudais. Como relata Caenegem, "a jurisdição das cortes feudais estava essencialmente limitada ao direito da propriedade imobiliária (relativas aos feudos), enquanto a das cortes senhoriais estava frequentemente restrita aos casos de baixa justiça [*low justice*], enquanto as mais altas justiças [*higher justice*] eram administradas em outros locais. Essas jurisdições estavam também subordinadas ao controle central mediante apelação".[279] Trata-se do mesmo movimento que já havia sido observado na Roma Imperial e no processo germânico, sobretudo o franco. Quanto maior a concentração do poder administrativo, maior o sentimento de necessidade de concentrar também o poder jurisdicional.

(v) Por fim, houve no Direito Comum o abandono do misticismo probatório que vinha do processo romano das *actio legis* e, principalmente, do processo germânico. A partir do século XII, as ordálias foram abolidas e substituídas por meios racionais de provas sujeitas a exame crítico pelo julgador. Se no *common law* atribuiu-se ao júri a função de valorar as provas apresentadas pelas partes, na Europa continental o caminho seguido foi regular detalhadamente o direito probatório, estabelecendo-se previamente níveis de força para cada prova. Como resume Caenegem, o "objetivo desse sistema era salvaguardar as partes contra qualquer arbitrariedade por parte dos juízes", embora o sistema fosse "teórico e artificial".[280]

22. O processo civil moderno e a domesticação da função jurisdicional: o processo francês napoleônico

A construção do processo moderno implicou a ruptura com o modelo medieval, "representado pela passagem de uma concepção extraestatal a uma concepção estatal e publicista do processo",[281] compreendendo-se a jurisdição como manifestação da

---

[279] CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 105. Alta, média e baixa justiças eram expressões utilizadas para designar diferentes níveis de competência jurisdicional.

[280] CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 105-107.

[281] PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. p. 34; Idem. *Giurisdizione e sovranità*. p. 104

soberania:[282] o Estado "apodera-se do processo"[283] e, assim como "domesticou as fontes de produção do direito",[284] domesticou também a função jurisdicional. Essa ruptura foi marcada inclusive terminologicamente, substituindo-se o termo *juízo* (*iudicium*) por *processo* (*processus*).[285]

Um momento decisivo nesse período transitório foi a edição da *Ordonnance Civile* de 1667, também conhecida como *Code Louis*, considerada por muitos autores um autêntico – e talvez o primeiro – Código de Processo Civil.[286]. O *Code Louis* estava inserido, é verdade, em um contexto histórico bastante atribulado, editado apenas seis anos após o início efetivo do reinado de Louis XIV (1661-1715) e doze anos após o término da primeira *Fronde* (1648-1649), a guerra civil travada entre a magistratura e a Coroa (Cardeal Mazarin e a Rainha Regente) por causa do aumento do número de magistrados franceses, o que implicou a redução do preço do cargo para venda.[287] De qualquer forma, o Código nitidamente buscou controlar a magistratura e centralizar o poder jurisdicional na França. O Título Primeiro (*De l'observation des ordonnances*) é emblemático, consistindo em autêntica redefinição da competência das cortes francesas. Dispunha o art. 1º: "Queremos que a presente lei [*ordonnance*], e aquelas que nós faremos daqui em diante, em conjunto com os editos e declarações que nós poderemos fazer no futuro, sejam guardadas e observadas por todas as nossas cortes de Parlamento [*Parlements*], grande Conselho, câmaras de Contas, cortes dos *Aides* e as nossas outras cortes, juízes, magistrados, oficiais, tanto nossos quanto dos senhores, e por todos os nossos sujeitos, mesmo nas oficialidades".[288] E no art. 6º constava: "Queremos que todas as nossas leis [*ordonnances*], editos, declarações e letras-patentes sejam observadas tanto nos julgamentos dos processos

---

[282] PICARDI, Nicola. *Giurisdizione e sovranità*. p. 103-104.

[283] CHIZZINI, Augusto. *Oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*. p. 57.

[284] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. p. 38-39.

[285] PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. passim; Idem. *Il monopolio statuale della giurisdizione e della procedura*. p. 128

[286] V., p.ex., GLASSON, Ernest. *Précis Théorique et Pratique de Procédure Civile*. p. 33.

[287] V. DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. p. 357-360.

[288] *Code Louis*, t. 1. *Ordonnance Civile*, 1667, in Testi e Documenti per la Storia del Processo. p. 3.

quanto de outra forma", proibindo-se às cortes que "possam dispensar ou moderar as suas disposições em qualquer caso e por qualquer causa que seja".[289]

No entanto, costuma-se dizer que "a história do processo civil moderno na Europa Continental começou com o Código de Processo Civil francês de 1806".[290] Não que o Código tenha sido realmente inovador. Ao contrário das demais leis editadas por Napoleão no mesmo período, como o Código Civil de 1804, o CPC de 1806 manteve muito do que já constava do *Code Louis* de 1667.[291] Mas a essa "obra de conservação 'razoável" da *Ordonnance* de 1667 somou-se uma importante modernização do processo,[292] a começar pela promoção da publicidade e da oralidade em uma época dominada por processos escritos e secretos.[293] Além disso, como bem sistematiza Ugo Petronio, houve: o "desmantelamento da multiplicidade das jurisdições, feudais ou não"; a substituição do processo feudal por um processo "simples e harmonioso"[294] com apenas dois graus jurisdicionais e uma Corte de Cassação; a simplificação da fase instrutória; uma disciplina detalhada da arbitragem; construção de um processo executivo efetivo e uniforme; e, sobretudo, uniformização de todo o sistema processual.[295]

O Código de Processo napoleônico era um produto de seu tempo. Foi promulgado apenas 17 anos depois da Revolução Francesa e carregava muitos dos valores liberais daquela época. Permanecia viva a necessidade de restringir os poderes da

---

[289] *Code Louis*, t. 1. *Ordonnance Civile*, 1667, in Testi e Documenti per la Storia del Processo. p. 4.

[290] RHEE, C.H. Van. *Introduction*. p. 5.

[291] V., p.ex., GLASSON, Ernest. *Précis Théorique et Pratique de Procédure Civile*. p. 33: "*Le Code de procedure n'est qu'une edition un peu ameliorée de l'ordonnance de 1667*". Também WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p. 199; PETRONIO, Ugo. *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di Procedura Civile del 1806*. p. L; WOLLSCHLÄGER, Christian. *Introduzione. La Zivilprozzesordnung del 1877/1898*. p. XVII; CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. p. 91-92.

[292] PETRONIO, Ugo. *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di Procedura Civile del 1806*. p. L.

[293] RHEE, C.H. Van. *Introduction*. p. 6.

[294] Sobre a complexidade e a extrema morosidade do processo medieval, v. CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil*. p. 312-316.

[295] PETRONIO, Ugo. *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di Procedura Civile del 1806*. p. L.

magistratura, um dos motes da Revolução Francesa.[296] Lembre-se que já estava em vigor a "lei fundamental" de 16-24 de outubro de 1790, a qual tolheu os poderes judiciais e reorganizou o sistema judiciário francês. Pode-se dizer, portanto, que o Código consolidou o "desmantelamento" do *ancien régime* iniciado pela Revolução Francesa.[297] Dentre as várias medidas de reestruturação do Judiciário estão a criação da *Cour de Cassation* e a ampla promoção da arbitragem. Logo no art. 1º da referida lei consta expressamente que a arbitragem seria "o modo mais razoável de terminar as disputas entre os cidadãos", motivo pelo qual nenhuma lei poderia limitá-la ou diminuir a eficácia dos compromissos arbitrais.[298] Ademais, o Código era naturalmente liberal e "enfatizava a responsabilidade individual dos cidadãos, os quais esperava-se que fossem homens razoáveis que litigariam um contra o outro em posição de igualdade".[299]

De acordo com Giovanni Tarello, cinco características do Código de Napoleão o diferenciavam do modelo processual iluminista-germânico: (a) havia poucos procedimentos especiais e, principalmente, pouquíssimos casos de jurisdição voluntária. A jurisdição voluntária era tratada como atividade estritamente administrativa;[300] (b) não havia nenhuma condição ao exercício do poder de ação, ou seja, a admissão da demanda independia da aprovação prévia do juiz; (c) todo o sistema processual estava fundado sobre o "princípio da demanda"; (d) às partes era concedida a disponibilidade do processo, inclusive sobre o seu "tempo"; (e) o processo era considerado oral e público, pois contemplava um tratamento oral e público da causa, não obstante desenvolver-se por escrito.[301]

---

[296] Sobre isso, v. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. p. 104-112.

[297] Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil*. p. 317.

[298] No original: *Article premier. L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis.*

[299] RHEE, C.H. Van. *Introduction*. p. 6.

[300] Havia treze procedimentos especiais, com grande destaque e tratamento detalhado ao "Procedimento relativo à abertura de uma sucessão" (arts. 997 a 1.002).

[301] TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. p. 14-16.

Napoleão também acentuou o caráter instrumental do processo, o que levou a uma rígida distinção entre o processo civil e o processo penal. Considerando que as causas cíveis tratavam normalmente de direitos disponíveis, foi natural que se concedesse maior autonomia processual às partes; o que evidentemente não ocorreu no processo penal, cujas normas eram cogentes e de interesse público.

Ao contrário dos Códigos publicísticos que o sucederam, o Código de Napoleão não estabelecia premissas ideológicas, divisões de atribuições expressas entre partes e juízes ou apresentava princípios gerais. Os seus 1.042 artigos tinham caráter predominantemente procedimental. A enunciação de princípios, de acordo com a doutrina da época, teria ficado sob responsabilidade do Código Civil de 1804.[302]

Ainda assim, é importante ressaltar que o Código não estabelecia um processo totalmente livre perante um juiz omisso. O Código não atribuía poderes instrutórios ao juiz, mas em diversas passagens dava-lhe poderes para garantir o adequado desenvolvimento do processo. As partes, p.ex., tinham um dever de probidade, estando sujeitas a multas caso deixassem de observar a "devida moderação" e o "respeito que exige a justiça"[303] e, embora as partes pudessem advogar em causa própria, os tribunais poderiam determinar a constituição de advogado se "reconhece que a paixão ou a inexperiência impede-lhes de discutir a sua causa com a decência recomendada ou a claridade necessária para a instrução dos juízes" (art. 85). No processo perante os tribunais inferiores, em causas versando direitos disponíveis, havia uma audiência conciliatória prévia e obrigatória ao desenvolvimento do processo, estando a parte sujeita a multa em caso de não comparecimento.[304]

---

[302] Sobre essa opção metodológica e a discussão que precedeu a promulgação do Código, v. PETRONIO, Ugo. *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di Procedura Civile del 1806*. p. XLI.

[303] Dever previsto no art. 10 do Código: "*Les parties seront tenues de s'expliquer avec modération devant le juge, et de garder tout le respect qui est dû à la justice: si elles y manquent, le juge les y rappellera d'abord par un avertissement; en cas de récidive, elles pourront être condamnées à une amende qui n'excédera pas la somme de dix francs, avec affiches du jugement, dont le nombre n'excédera pas celui des communes du canton*".

[304] Art. "48: *Aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger, et sur des objets qui peuvent être la matière d'une transaction, ne sera reçue dans les tribunaux de première instance, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu*". A multa está prevista no art. 56 e o pagamento constituía pressuposto para que a parte viesse a ser admitida em juízo novamente.

A ampla difusão do CPC napoleônico pela Europa foi obviamente impulsionada pela expansão imperialista francesa e pela imposição do Código em diversos outros países. Na Itália, p.ex., foi instituído em 1808 o *Codice di Procedura Civile per Regno d'Italia*, uma mera tradução ao italiano do Código francês acrescido de um *Regolamento Organico della Giustizia Civile e Punitiva per Regno d'Italia*.[305] De qualquer forma, como explica Van Rhee, foi a primeira vez que juristas de muitos países tiveram contato com um processo civil codificado, e com as vantagens que ele proporcionava.[306] E não por acaso, continuou influenciando as codificações europeias durante todo o século XIX.[307]

23. O nascimento do Direito Processual como ciência autônoma: a abstração do poder de ação e os pressupostos processuais de Bülow

A domesticação da jurisdição pelo Estado Moderno, tão bem representada pelo Código napoleônico de 1806, naturalmente levaria à publicização do processo. Fenômeno análogo já havia sido observado na passagem do *ordo iudiciorum* para o processo imperial romano da *cognitio extra ordinem*; e também foi repetido, resguardadas as devidas proporções, sempre que um monarca conseguia atingir determinado nível de poder e dominação (basta lembrar do *Code Louis* de 1667).

No entanto, duas notórias formulações teóricas desenvolvidas na Alemanha aceleraram esse fenômeno e foram decisivos à difusão da concepção publicista do processo e, como consequência, ao nascimento do moderno Direito Processual como ciência autônoma do direito material. (a) Primeiro abandonou-se a doutrina milenar de que a ação era uma manifestação intrínseca ao direito material violado, concebendo-a como um poder (ou direito) autônomo de romper a inércia jurisdicional e formular uma demanda; (b) em seguida o processo deixou de ser visto como mero procedimento, teorizando-se a noção de relação jurídica processual pública.

---

[305] Ambos disponíveis em *Testi e Documenti per la Storia del Processo*, v. V, t. I.

[306] RHEE, C.H. Van. *Introduction*. p. 6.

[307] Dentre os Códigos influenciados, além dos exemplos corriqueiros, como o italiano, incluem-se o russo de 1864 e o romeno de 1865, *cf.* CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil*. p. 354.

23.1. A abstração do poder de ação

Até o século XIX, o conceito de ação ainda era extraído das fontes romanas, sobretudo no Digesto e nas Institutas de Justiniano, sendo muito reproduzida a definição de Celso de que a ação nada mais era do que o direito de perseguir em juízo um crédito (*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* - D. 44, 7, 51).[308]

M. Poncet, p.ex., em 1835 já afirmava, com feições modernas, que "ação judiciária é o exercício voluntário e regular do direito de agir perante a autoridade judiciária, para obter justiça". No entanto, logo em seguida, volta à concepção romana: "o direito de agir confunde-se com a palavra crédito". E conclui: "seguindo o direito romano, a ação é em geral o direito de perseguir na justiça o que nos é devido".[309]

A doutrina, portanto, considerava ação e direito material duas facetas de um mesmo fenômeno. A ação era considerada uma mera exteriorização do direito material, o qual possuía dois estados: o estado estático, que era o direito em si, e o estado dinâmico, que era o exercício desse direito quando violado. Dizia-se que a obrigação era a causa das ações e as ações eram o efeito das obrigações.[310]

Essa forma de compreender as coisas permaneceu até a célebre polêmica entre Windscheid e Muther, entre os anos de 1856 e 1857.[311]

Em 1856, Bernhard Windscheid publicou a obra monográfica *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (A *actio* do Direito Civil Romano do ponto de vista do direito atual). A tese de Windscheid era que "a *actio* do direito

---

[308] V. WINDSCHEID, Bernhard. *L'"actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*. p. 5. Igualmente, PUGLIESE, Giovanni. Introduzione. p. XIII.

[309] M. PONCET. *Traité des Jugements Précédé du Traité des Actions*. p. 14. No original: "3. *Nous voyons clairement, d'après cela, ce qu'on doit entendre par* l'action judiciaire: *c'est l'exercise volontoraire e régulier du droit d'agir par-devant l'autorité judiciaire, pour obtenir justice*. 4. *On ne peut obtenir qu'en demandant; car se rendre justice à soi-même, c'est voie de fait et non de droit, voie arbitraire, conséquemment illicite*. *On ne peut demander qu'en déduisant ses motifs, pour en conclure que la demande est juste.* (…) 5. *Le droit d'agir se confond encore avec le mot créance*. (…) 8. Suivant le droit romain, l'action est en général le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû » (p. 14).

[310] Sobre isso, v. o que escreveu, no século XVII, VINNIUS. *Institutes de Justinien. Traité des Actions*. p. 13.

[311] Para uma síntese da polêmica, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Polêmicas do processo civil: Windscheid e Muther*. p. 99-102; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 159-162.

civil romano não é aquilo que hoje se concebe por ação ou direito de agir, ou seja, um meio de defesa do direito violado, mas uma expressão autônoma do direito, ou melhor, da pretensão jurídica".[312]

De acordo com Windscheid, a doutrina de sua época considerava equivocadamente que o direito era anterior à ação. Dizia-se que "o direito é um *prius*, a ação o *posterius*, o direito é aquilo que produz, a ação aquilo que é produzido". No entanto, para Windscheid não era aquela a verdadeira concepção romana de ação e direito.[313] Segundo ele, o Direito Romano não atribuía às pessoas um direito prévio à ação, como se fosse o seu pressuposto, mas atribuía desde logo a própria *actio*: "O ordenamento jurídico não diz ao indivíduo: você tem este e este direito; mas: você tem esta e esta *actio*". A *actio*, portanto, não seria "nada de derivado" do direito material, mas "uma coisa original e autônoma";[314] ela "não é emanação do direito", mas "está no lugar do direito". Por isso é que "Pode haver uma *actio* sem haver um direito, e não haver uma *actio*, ainda que havendo um direito".[315] Diante de tudo isso, Windscheid concluiu que o Direito Romano não era "o ordenamento dos direitos, mas o ordenamento das pretensões" (*Ansprüche*), pois "*actio* é a expressão para indicar a pretensão",[316] é a "persecução judicial".[317]

Logo no ano seguinte, Theodor Muther escreveu um livro em resposta a Windscheid com o título *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen* ("Sobre a doutrina da *actio* Romana, do direito de ação atual, da *litiscontestatio* e da sucessão singular nas obrigações"). Ao título foi incluído um subtítulo para indicar claramente que aquela era uma obra crítica

---

[312] WINDSCHEID, Bernhard. *L'"actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*. p. 3.

[313] O trabalho de Windscheid tinha como premissa a figura da *Klagerecht*, que era a forma pela qual os germânicos referiam-se ao direito de ação. Contudo, como explica Giovanni Pugliese, a "possibilidade de uma divergência entre aquilo que os Romanos consideravam *actio* e aquilo que os modernos entendiam por ação (Klagerecht) não era seriamente considerada". PUGLIESE, Giovanni. *Introduzione*. p. XIV.

[314] WINDSCHEID, Bernhard. *L'"actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*. p. 8-9.

[315] WINDSCHEID, Bernhard. *L'"actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*. p. 10.

[316] WINDSCHEID, Bernhard. *L'"actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*. p. 12.

[317] WINDSCHEID, Bernhard. *L'"actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*. p. 14.

(*Eine Kritik des Windscheid' schen Buchs, 'Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*).

Em sua dura resposta, Muther rechaçou a tese central de Windscheid, pois "o ordenamento jurídico romano não era o ordenamento das pretensões judicialmente persequíveis, mas o ordenamento dos direitos, e que apenas direitos (em senso objetivo) podiam ser perseguidos em juízo".[318] Assim, a *actio* não seria a pretensão, mas "a fórmula que se deve observar e à qual se deve conformar para agir".[319]

Mas se a *actio* era o direito à fórmula, então o obrigado perante o autor não era o réu, mas o Pretor. E aqui está o ponto central da obra de Muther e a sua grande contribuição ao Direito Processual: existem dois direitos distintos, um privado e outro público. Afirmou Muther: "temos então dois direitos completamente diversos, dos quais um é o pressuposto do outro, mas pertencem, todavia, a duas esferas diversas, pois aquele é um direito privado, este tem natureza publicística. Este direito público, o direito de agir ou a *actio* neste senso, pode considerar-se conexo desde o início, como direito condicionado, ao direito originário, ainda quando o segundo não tenha sido ainda violado (...)".[320] Em outras palavras, ainda que vinculada ao direito material, a ação seria um direito cujo obrigado é o Estado, e não o réu.

Esse embate, alimentado por mais um livro publicado por Windscheid em 1857 para rebater as críticas de Muther (*Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther*), criou um terreno fértil para novas reflexões de toda a doutrina germânica e levou a teorizações mais complexas e adequadas sobre o real significado da ação.[321] Ao fim, a doutrina acabou por diferenciar a ação do direito material e construir, como fizeram Plósz e Degenkolb,[322] as teorias abstratas que viabilizaram a criação de uma ciência jurídica processual autônoma e independente da ciência jurídica material. Com efeito, foi a polêmica entre Windscheid e

---

[318] MUTHER, Theodor. *Sulla dottrina dell'actio romana…* p. 233.

[319] MUTHER, Theodor. *Sulla dottrina dell'actio romana…* p. 229.

[320] MUTHER, Theodor. *Sulla dottrina dell'actio romana*… p. 233-234.

[321] V. PUGLIESE, Giovanni. *Introduzione*. p. XV.

[322] V. CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. p. 9-11; PUGLIESE, Giovanni. *Introduzione*. p. XVIII.

Muther que deu espaço à aquisição de "personalidade" pelo Direito Processual e permitiu a sua desvinculação do Direito Civil.[323]

De mera manifestação do direito material, de feição eminentemente privada, a ação evoluiu para um poder público de romper a inércia jurisdicional e demandar ao Estado – com ou sem direito material que suporte essa demanda.[324]

23.2. Os pressupostos processuais e a relação jurídica processual pública

O segundo episódio fundamental à publicização do processo foi a publicação, em 1868, da obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais) por Oskar von Bülow.

Embora o livro contenha sete capítulos, foi logo no primeiro, sobretudo nas nove páginas iniciais, que Bülow lançou a pedra fundamental da conceituação do processo como relação jurídica de natureza *pública*.

De acordo com Bülow, até aquele momento a doutrina não havia nem tratado nem entendido com clareza que, embora o processo fosse uma relação de direitos e obrigações recíprocos – isto é, uma relação jurídica –, não poderia ser confundido com as relações de direito privado.[325] Duas seriam as diferenças.

Em primeiro lugar, Bülow defende que o processo é uma relação que se desenvolve entre "os funcionários do Estado e os cidadãos", pois no processo "trata-se da função dos oficiais públicos" e as partes "leva-se em consideração unicamente no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial". Logo, "essa relação pertence, com

---

[323] COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 53.

[324] Em clássicas lições, Eduardo Couture definiu o direito de ação como "forma típica do direito de petição". Explica: "*El derecho de pedir no requiere un examen del contenido de la petición, pues siendo un derecho de garantía, debe tener andamiento hasta el momento de la decisión. Si efectivamente existe un derecho lesionado, la resolución será estimatoria; si no existe, la petición será rechazada en cuanto a su mérito. Pero en todo caso, la autoridad debe admitir el pedido en cuanto tal, para su debido examen con arreglo al procedimiento establecido*" (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 63.

[325] BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. p. 1.

toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma relação jurídica pública".[326]

Em segundo lugar, o processo seria uma "relação jurídica contínua" que "avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo". Isso diferenciaria o processo das "relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial", as quais "apresentam-se totalmente concluídas". Ainda segundo Bülow, a relação processual "aperfeiçoa-se com a *litiscontestatio,* o contrato de direito público firmado entre as partes e o tribunal. Por esse contrato, "o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo", enquanto "as partes ficam obrigadas, a ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum".[327]

Bülow critica a doutrina porque "em lugar de considerar o processo como uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes", sempre foi dado destaque apenas ao procedimento, "a noção de processo que salta à vista da maioria".[328]

A partir dessa concepção de processo como *relação jurídica,* Bülow propõe a sistematização das hipóteses que esclareçam "entre quais pessoas, sobre quais matérias, por meio de quais atos e em qual momento pode haver um processo". A esses "elementos constitutivos da relação jurídica processual" Bülow deu o nome de "pressupostos processuais".[329]

A teoria dos pressupostos processuais imediatamente ecoou por toda a doutrina da época e rapidamente espalhou-se não só pela Alemanha, mas também pela Itália.[330] Ainda que não houvesse consenso sobre "o modo de entendê-lo", o conceito de

---

[326] BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. p. 2.

[327] BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. p. 2.

[328] BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. p. 3.

[329] BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Pro*cesales. p. 5-6. Na tradução espanhola: "*En suma, en esos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal; idea tan poco tenida en cuenta hasta hoy, que ni una vez ha sido designada con un nombre definido. Proponemos, como tal, la expresión 'presupuestos procesales'*".

[330] Por todos, MORTARA, Lodovico. *Manuale della Procedura Civile*, v. 1. p. 11 e ss. No original: "*Pertanto, l'azione (actio), il diritto cioè di provocare l'esercizio dell'autorità giurisdizionale dello stato contro le violazioni che stimiamo patite da un nostro diritto subbiettivo, presenta, in un senso generale ed ampio, il*

processo como relação jurídica de "direito público, autônoma e formal" era plenamente aceito.[331] Chiovenda, p.ex., acolheu-o integralmente: "Com a demanda judicial nós entramos em um estado de pendência, no qual não sabemos quem tem razão ou não: mas já nesse estado há entre o juiz e as partes direitos e deveres, há, em outros termos, uma relação jurídica de direito público de fato independente da relação substancial que é objeto da lide, e da ação a qual cabe somente *a quem tem razão*".[332]

A conceituação de processo como relação jurídica pública entre as partes e o Estado permitiu que, nos anos seguintes, fossem atribuídas finalidades sociais ao processo para além da "atuação da vontade concreta da lei".

24. O Código de Klein e a função social do processo

A Áustria foi um dos únicos grandes países europeus a se manter incólume à influência do CPC napoleônico,[333] tendo passado por uma importante reforma em 1781 (Código Josefino – *Allgemeine Gerichtsordnung*) para unificar o seu sistema processual. Fundado sobre raízes iluministas, e inserido no contexto do despotismo esclarecido, o Código Josefino continuou estruturado sobre o princípio dispositivo (*Verhandlungsprinzip*) e, consequentemente, em um regime de faculdades, ônus e preclusões.[334] As partes estavam adstritas ao princípio da eventualidade (*Eventualprinzip*), o processo era escrito, e apenas fatos expressamente impugnados deveriam ser objeto de prova. O Código vigeu por mais de

---

carattere esterno di un rapporto di diritto pubblico (rapporto processuale) che si svolge fra tre soggetti: la persona che si duole d'una menomazione delle proprie facoltà giuridiche; la persona contro cui siffatta doglianza è formulata; l'autorità pubblica (magistrato), rappresentante lo stato, a cui appartiene di pronunziare e provvedere".

[331] Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *La azione nel sistema dei diritti*. p. 11.

[332] CHIOVENDA, Giuseppe. *Del sistema negli studi del processo civile*. p. 233. No original: "*Ma il processo va considerato sotto un altro aspetto. Colla domanda giudiziale noi entriamo in uno stato di pendenza, in cui non sappiamo chi abbia ragione o torto: ma già in questo stato vi sono fra il giudice e le parti diritti e doveri, vi è in altri termini un rapporto giuridico di diritto pubblico affatto indipendente dal rapporto sostanziale che è oggetto della lite, e dall'azione la quale spetta solo a chi ha ragione*". Sobre o tema, v. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1. p. 4-10.

[333] TARELLO, Giovanni. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*. p. 127.

[334] A AGO austríaca de 1781, dispositiva, não se confunde com a AGO prussiana de 1791, a qual adotou um processo eminentemente inquisitivo.

um século e foi considerado, por alguns, uma "obra-prima" que antecipou importantes reformas processuais na Alemanha.[335]

No entanto, já no final do século XVIII havia um movimento paralelo para reforma do sistema judiciário e majoração dos poderes judiciais. Em 1796, o Código da Galícia Ocidental foi promulgado e, embora muito parecido ao Josefino, atenuou o princípio dispositivo ao conceder ao juiz maior liberdade para averiguar os fatos.[336]

Em 24 de outubro de 1845, um decreto imperial austríaco introduziu um procedimento sumário para causas que tratassem de demandas líquidas de baixo valor (até duzentos florins), o qual rompeu "conscientemente" com o princípio dispositivo até então estruturante do Código de 1781. Por esse procedimento, o tribunal deveria promover o acordo entre as partes e instrui-las sobre o procedimento. O tribunal ainda teria poderes instrutórios amplos, incluindo a inquirição de testemunhas sem a presença das partes, e a valoração de fatos e provas seria feita pelo princípio do livre convencimento.[337]

Nos anos seguintes houve ostensiva majoração dos poderes dos juízes e flexibilização procedimental. Leis austríacas de 1873 e 1874 criaram um novo procedimento sumário, inicialmente para causas de até 50 florins, mas posteriormente aplicado a causas de até 500 florins. O procedimento era público (as partes poderiam pedir o sigilo), quase inteiramente oral, o juiz tinha o poder de produzir provas de ofício e de rejeitar as que

---

[335] SCHWARTZ, Johann Christoph. *The later development in Austria*. p. 628-631. Para Tarello, o Código proporcionou uma "*riforma procedurale moderna*" duradoura, ainda que "iluminista e paternalista". (TARELLO, Giovanni. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*. p. 127-128). Augusto Chizzini considera o Código reflexo do "*paternalismo giuseppino"* (CHIZZINI, Augusto. *Franz Klein, la codificazione sociale e la procedura civile in Italia*. p. 123). Em sentido oposto, Walter Hans Fasching afirma que o Código nasceu ultrapassado e que "*Los principios rectores, dispositivo y de escrituración, no respondían, sin embargo, a la tendencia evolutiva del derecho procesal*". Como consequência, "*la ley no fue aplicada de acuerdo con su literalidad y sentido*" (FASCHING, Walter Hanz. *Liberalización y socialización del proceso civil*. p. 23).

[336] SCHWARTZ, Johann Christoph. *Germany and Austria. Chapter II. The Code of 1895*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 631-632. V. também RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg. E. *Introduzioni: l'Ordinanza della Procedura Civile austriaca del 1895*. p. IX-X.

[337] SCHWARTZ, Johann Christoph. *Germany and Austria. Chapter II. The Code of 1895*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 632.

considerasse impertinentes, vigia o livre convencimento e não havia preclusão para a alegação de fatos ou produção de provas até proferida a sentença.[338]

A criação de um novo sistema processual que refletisse os ideais austríacos dominantes ao final do século XIX,[339] sobretudo depois da Revolução de 1848,[340] passou a ser uma prioridade.[341] O antigo processo civil, taxado de formalista, incapaz de adaptar-se às realidades da causa, amparado em uma "artificial separação" entre o juiz e as partes, e em uma rigorosa aplicação do princípio dispositivo deveria ser substituído por um processo "mais simples", fundado sobre a oralidade, a publicidade e a livre apreciação das provas.[342]

Depois de várias iniciativas frustradas de editar um novo Código (sobretudo em 1876 e 1881), o Ministro da Justiça von Schönborn solicitou ao processualista vienense Franz Klein que assumisse a reforma.[343] Entre 1895 e 1899,[344] Klein foi o responsável por

---

[338] SCHWARTZ, Johann Christoph. *Germany and Austria. Chapter II. The Code of 1895*, in A History of Continental Civil Procedure. p. 633-634.

[339] É o que consta da exposição de motivos do Código de 1895. Na tradução italiana: "*la convinzione che il modo in cui alla fine del secolo XVIII era stato regolato l'andamento delle controversie davanti ai tribunali civili più non rispondesse alla mutate condizioni ed agli odierni bisogni, che bisognasse adottare principî più conformi alla natura della funzione giudiziaria che non fossero la scritturalità, la mediatezza e il sistema delle prove legali informanti il rigido e pesante procedimento dei Regolamenti giudiziari (...)*". Traduzido ao italiano por Ludovico Eusebio em 1901 e disponível em *Testi e Documenti per la Storia del Processo*, v. VIII, Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. p. 2-3.

[340] V. RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg. E. *Introduzioni: l'Ordinanza della Procedura Civile austriaca del 1895*. p. XII e ss.

[341] De acordo com CHIZZINI, Augusto. *Franz Klein, la codificazione sociale e la procedura civile in Italia*. p. 123, "*l'ansia della riforma fu sempre dominante nell'imperial-regia amministrazione*" austríaca.

[342] Como indicado claramente na Exposição de Motivos do Código de 1895. Disponível em Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. VIII, Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. p. 4-5.

[343] Para uma breve biografia bastante elogiosa, CONSOLO, Claudio. *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*. passim.

[344] Embora a ZPO tenha sido promulgada em 9 de agosto de 1895 após uma tramitação legislativa extremamente célere, entrou em vigor apenas em 1º de janeiro de 1898 (v. SCHWARTZ, Johann Christoph. *Germany and Austria. Chapter II. The Code of 1895* in A History of Continental Civil Procedure. p. 634).

quatro leis fundamentais: o novo Código de Processo Civil (ZPO);[345] a lei sobre a jurisdição (JN); o Código de Execução (EO) e a lei sobre a organização judiciária (GOG).[346]

A escolha de Klein para o projeto não foi ocasional. Pouco tempo antes, em 1891, ele havia publicado a obra *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich* (1891), uma coletânea de artigos em que apontou aqueles que considerava os problemas do Processo Civil austríaco.[347]

O núcleo do trabalho de Klein estava na defesa da "função social" do processo civil.[348] Rompendo com a concepção até então dominante de que o processo era "coisa das partes" (*Sache der Parteien*), "Klein considerava a controvérsia civil uma violação do bem comum, um "mal social" que "rompe a serenidade, laboriosidade, solidariedade da comunidade", além de "empobrecer a economia",[349] e considerava o processo um *Wohlfahrtseinrichtung*, ou seja, um instituto para o bem-estar social".[350] A partir daí, Klein transformou o processo de "instrumento a serviço da justiça comutativa" em "instrumento a serviço da justiça distributiva".[351]

Essa estrutural mudança na forma de conceber o processo evidentemente alterou de maneira significativa a divisão das atribuições entre partes e juiz na ZPO e passou a representar o "modelo processual para o Estado Social".[352] De um lado, Klein buscava um processo mais simples, direto e objetivo, fundado na oralidade e na imediatidade.[353] De outro

---

[345] A ZPO foi o trabalho mais importante de Klein, que dedicou toda a sua vida a desenvolvê-lo e defende-lo, cf. TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. p. 19-20.

[346] PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. p. 7.

[347] RHEE, C. H. van. *Introduction*. p. 11-12; RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg. E. *Introduzioni: l'Ordinanza della Procedura Civile austriaca del 1895*. p. XXIV.

[348] RHEE, C. H. van. *Introduction*. p. 13.

[349] CONSOLO, Claudio. *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*. p. LIII.

[350] PICARDI, Nicola. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. p. 4; FASCHING, Hans Walter. *Liberalización y socialización del proceso civil*. p. 24; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. p. 82-85

[351] PICARDI, Nicola. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. p. 4.

[352] PICARDI, Nicola. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. p. 8.

[353] FASCHING, Hans Walter. *Liberalización y socialización del proceso civil*. p. 24.

lado, o processo publicístico de Klein, centrado em suas funções sociais, não poderia conviver com resultados "injustos". Era preciso garantir que a sentença fosse justa e refletisse com exatidão a realidade material. A descoberta da verdade real dos fatos passou a ser imprescindível no novo sistema.[354]

Para proporcionar o descobrimento dessa verdade real e distribuir justiça com efetividade, Klein transferiu o controle do processo ao juiz, o qual deveria atuar como agente do Estado. Assim, (a) o impulso e o gerenciamento do processo passaram a ser realizados oficialmente, e não mais pelas partes (§§ 180 a 192);[355] (b) foi eliminada a prova legal em benefício do princípio do livre convencimento;[356] [357] (c) o processo tornou-se essencialmente oral (§§ 171 a 225), público (§§ 171 a 175) e imediato;[358] e (d) o juiz assumiu o controle da fase instrutória. Além disso, às partes foi imposto o dever não apenas de falar a verdade em juízo (*Wahrheitspflicht*, §§ 178 e 182), mas de expor os fatos de forma completa, pois Klein entendia necessária a colaboração delas para facilitar o julgamento.[359]

---

[354] V. RHEE, C. H. van. Introduction. p. 12; PICARDI, Nicola. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. p. 10.

[355] V. TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. p. 21; SCHWARTZ, Johann Christoph. *Germany and Austria. Chapter II. The Code of 1895* in A History of Continental Civil Procedure. p. 635; RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg. E. *Introduzioni: l'Ordinanza della Procedura Civile austriaca del 1895*. p. XXVIII.

[356] *"Art. 272. Il tribunale, in quanto in questa legge non sia stabilito altrimenti, giudicherà, con accurate considerazione (Berücksichtigung) dei risultati della complessiva pertrattazione e formazione delle prove, secondo la sua libera convinzione, se una deduzione (Angabe) di fatto si debba ritenere o no per vera"*. Ordinanza della Procedura Civil di Francesco Giuseppe (1895). p. 143.

[357] De acordo com o Relatório do Ministro da Justiça Schönborn sobre o Projeto apresentado à Câmara dos Deputados em 20 de março de 1893, o Código propunha um "procedimento público e oral, no qual a sentença do juiz não está mais constrita a regras de prova vinculantes (...)". Traduzido ao italiano por Ludovico Eusebio em 1901 e disponível em Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. VIII. p. 5. V. TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. p. 21.

[358] RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg. E. *Introduzioni: l'Ordinanza della Procedura Civile austriaca del 1895*. p. XXVIII-XXIX.

[359] V. RHEE, C. H. van. *Introduction*. p. 12. Essa foi a redação dada ao §178: "*Ciascuna parte addurrà, nelle sua esposizioni, in modo completo e determinato e secondo verità, tutte le circostanze di fato occorrenti nella specie per dar fondamento alle sue istanze (...)*". *Ordinanza della Procedura Civil di Francesco Giuseppe (1895)*. p. 90.

O gerenciamento do processo pelo juiz trouxe diversas novidades ao procedimento para a época: as citações e intimações deixaram de ser atribuição das partes e tornaram-se oficiais, de responsabilidade do próprio juízo (§87); proibiu-se a convenção processual para ampliação dos prazos (§128), não obstante as partes pudessem convencionar a redução deles (§129) e, principalmente, o juiz participava ativamente de um "procedimento preparatório" para o debate oral (§245) – uma das principais facetas do Código.

Apesar disso, costuma-se dizer que o Código austríaco fundou-se em um "princípio inquisitório atenuado",[360] pois a demanda continuou a ser proposta pelas partes. Apenas depois de instaurado o processo é que o juiz assumiria o controle de seu desenvolvimento. Nesse sentido foi respeitado o princípio da congruência (§405),[361] bem como a possibilidade tanto de renúncia à pretensão pelo demandante, parcial ou total (§394),[362] quanto de reconhecimento total ou parcial do pedido pelo demandado (§395).[363]

25. As raízes socialistas do Código de Klein: a obra de Anton Menger

A formação do pensamento de Klein foi decisivamente influenciada pela obra de seu mestre, Anton Menger, um dos expoentes da doutrina socialista do século XIX.[364]

Menger foi professor de Processo Civil da Universidade de Viena entre 1874 e 1899 e notabilizou-se pelas críticas ao processo liberal-burguês. Foi profícuo na elaboração de trabalhos em defesa do socialismo e propôs, ao final de sua vida, uma completa teorização

---

[360] Nesse sentido, RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg E. *Introduzioni: l'Ordinanza della Procedura Civile austriaca del 1895*. p. XXVIII.

[361] *"§405. Il tribunale non può accordare ad una parte ciò per cui non fu fatta istanza. Ciò vale, in particolare, di frutti, interessi ed altri accessorî". Ordinanza della Procedura Civil di Francesco Giuseppe (1895)*. p. 201.

[362] *"§394. Se alla prima udienza o al dibattimento orale l'attore rinunzia alla ragione (Anspruch) fatta valere, su istanza del convenuto, la petizione sarà, in base alla rinunzia, reietta mediante sentenza". Ordinanza della Procedura Civil di Francesco Giuseppe (1895)*. p. 201.

[363] "*§395. Se, alla prima udienza od al dibattimento orale, il convenuto riconosce in tutto od in parte la ragione (Anspruch) fatta valere contro di lui valere, su istanza dell'attore si pronunzierà con sentenza in conformità alla ricognizione". Ordinanza della Procedura Civil di Francesco Giuseppe (1895)*. p. 201. V. RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg. E. *Introduzioni: l'Ordinanza della Procedura Civile austriaca del 1895*. p. XXVIII.

[364] CONSOLO, Claudio. *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*. p. XLVIII.

do Estado Socialista.[365] Menger era um "social-democrata" que rejeitava a distinção entre direito positivo e direito natural.[366] Para ele, o direito era sempre um instrumento de perpetuação do poder,[367] e o processo seria um dos principais meios de perpetuação do poder dos ricos e já poderosos.

Para reequilibrar essa situação, Menger defendia a atribuição de prerrogativas aos juízes para que suprissem, com a função diretiva do processo, as deficiências da parte mais pobre e com menos condições de exercer adequadamente as suas faculdades processuais.[368] Em 1889, escreveu: "ainda no século passado, a justiça civil estava quase em todo lugar, inteiramente ou em grande parte, nas mãos do juiz e, portanto, acessível também ao pobre. Hoje cooperam na administração do Direito Civil advogados, notários, oficiais judiciários e outras pessoas, e quem quer fazer valer e assegurar os próprios direitos privados deve ter condições de usufruir e de pagar todo esse complicadíssimo mecanismo".[369]

---

[365] V. MENGER, Anton. *L'Etat Socialiste*. *passim*.

[366] Cf. TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. p. 18-19; PICARDI, Nicola. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. p. 2.

[367] MENGER, Anton. *L'Etat Socialiste*. p. 3: "*Tous les régimes juridiques qui ont existé jusqu'ici ont eu pour fondement dernier la force; c'est la raison pour laquelle ils ont toujours visé à servir la petite minorité des puissants aux dépens des large masses populaires*". V. também, Idem. *Il Diritto Civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*. p. 14-15: "*La straordinaria differenza con cui gli abbienti ed i proletari cercano di far valere l proprio diritto, fu fino ad ora negletta dai giurisperiti. Il motivo di tale fatto sta senza dubbio in ciò, che in seguito alla educazione loro ed ai loro interessi, i giurisperiti di tutti i paesi sono inclinati a considerarsi esclusivamente come servitori e rappresentanti delle classi abbienti. (...) La maggior parte di essi si mise al seguito dei ricchi e dei potenti e sostenne gli interessi effettivi degli abbienti e dei dominatori con quello stesso zelo con cui sostenne la loro stoltezza e la loro presunzione*". Em outra passagem, afirma claramente: "*Naturalmente, il diritto civile, il quale è stato formato, da secoli, unicamente dalle classi abbienti, serve esclusivamente gli interessi di queste*" (p. 20).

[368] Cf. TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. p. 18-19; PICARDI, Nicola. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. p. 2.

[369] MENGER, Anton. *Il Diritto Civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*. p. 23.

Consequentemente, essas "instituições complicadas e custosas" beneficiariam "as classes ricas e cultas", conferindo-lhes "uma extraordinária superioridade".[370]

Para Menger, a solução desse problema seria conferir maiores poderes e maior liberdade ao juiz para corrigir a desigualdade entre as partes: "Esse complicadíssimo aparato seria menos prejudicial aos pobres na realização e defesa dos próprios direitos se ao juiz fosse permitido intervir autonomamente na administração da justiça civil".[371] Menger reconhece que faz parte da "natureza das coisas" que o "juiz não possa constranger ninguém a fazer valer os próprios direitos privados", mas uma vez rompida essa inércia jurisdicional, o juiz deve "aplicar todos os meios legais para fazer triunfar o direito prejudicado".[372] Como resume Giovanni Tarello, Menger pretendia substituir o princípio dispositivo pelo princípio diretivo do juiz.[373]

Em sua teorização do Estado Socialista, Menger propôs a extinção do Poder Judiciário: "É verdade que o Estado Popular do Trabalho suprimirá, como veremos adiante, a distinção que existe hoje entre os tribunais e as autoridades administrativas e os fundirá em um único órgão: as autoridades administrativas". Com isso, processo civil, processo penal e processo administrativo comporiam um único processo, "consistindo essencialmente de uma instrução de ofício".[374] Nesse movimento seria extinta a "última característica que marca e distingue a vasta e importante região do domínio jurídico que nós chamamos atualmente de direito privado".[375]

---

[370] MENGER, Anton. *Il Diritto Civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*. p. 24.

[371] MENGER, Anton. *Il Diritto Civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*. p. 24.

[372] MENGER, Anton. *Il Diritto Civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*. p. 24.

[373] TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. p. 19.

[374] Em uma nota de rodapé, Menger destaca que essa proposta, defendida na obra *Das bürgerliche Recht un die besitzlosen Volksklassen*, de 1890, fora recepcionada pelo Código de Klein (MENGER, Anton. *L'Etat Socialiste*. p. 220).

[375] MENGER, Anton. *L'Etat Socialiste*. p. 219-220.

Outra ideia de Menger, até hoje bastante propagada, é que o juiz deveria educar juridicamente a população. Na medida em que a ignorância jurídica seria um dos maiores males do Direito "burguês",[376] o juiz teria uma "função educadora", cumprindo-lhe fornecer gratuitamente informações jurídicas aos cidadãos com o intuito de auxiliá-los na defesa de seus direitos.[377]

26. A adoção da doutrina publicística por Giuseppe Chiovenda

A difusão do publicismo processual na Itália ao longo do século XX, acolhido de forma praticamente unânime pela doutrina, deveu-se sobretudo à obra de Chiovenda e à influência que tanto os autores germânicos quanto as lições de Klein tiveram sobre o mestre piemontês. Sem nenhum exagero, "na Itália, o sucesso da reforma austríaca identifica-se com a obra de Giuseppe Chiovenda e com o sucesso desta última".[378]

Chiovenda nasceu em 1872 na pequena cidade de Premosello.[379] Graduou-se em 1893 e, em 1900, publicou a sua primeira obra, *La condanna nelle spese giudiziali*, precedida de três artigos sobre o mesmo tema.[380] Em 1901 obteve a livre-docência e passou a lecionar na Universidade de Roma.[381]

Toda a formação de Chiovenda ocorreu, portanto, em um fértil momento histórico para a ciência processual. De um lado havia, na Itália, a forte presença da escola exegética e estava vigente o Código de Processo Civil de 1865, largamente influenciado pelo

---

[376] V. MENGER, Anton. *Il Diritto Civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*. p. 16-18.

[377] PICARDI, Nicola. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. p. 9.

[378] TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. p. 23. No original: "*In Italia la fortuna della riforma austriaca si identifica con l'opera di Giuseppe Chiovenda e con la fortuna di quest'ultima*".

[379] Desde 1959 denominada Premosello-Chiovenda em homenagem ao Mestre.

[380] *Le spese del processo civile romano (1894), La pubblica amministrazione e la condanna nelle spese davanti la IV sezione del Consiglio di Stato (1896)* e *Della condanna nelle spese a favore del procuratore (1899)*. Todos disponíveis em CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*, v. 3.

[381] V. TARELLO, Giovanni. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*. p. 117-118. Sobre a livre-docência e a docência de Chiovenda em Roma, v. a reconstrução histórica crítica de CIPRIANI, Franco. *Le dimissioni del Professore Mortara e i "Germanisti" del Preside Scialoja*. p. 807-813.

Código napoleônico; de outro, a doutrina alemã desenvolvera as teorias abstrata e concretista da ação, as ideias de Bülow sobre a natureza pública do processo já haviam sido difundidas e, em 1895, o Código de Klein fora promulgado. Naturalmente, Chiovenda recebeu influências variadas e isso refletiu em sua obra e na evolução do seu pensamento.

Desde os seus primeiros trabalhos Chiovenda já demonstrava forte rejeição às tradições liberais francesa e italiana.[382] Aproximado à doutrina germânica por Vittorio Scialoja,[383] Chiovenda desenvolveu com ela uma estreita ligação[384] e elegeu Adolf Wach, o mais liberal dos alemães, o seu "*secondo formatore*".[385] Wach era, na opinião de Chiovenda, o "maior dos três ilustres juristas a quem a Alemanha deve a formação da sua moderna ciência processual",[386] e as lições de Wach foram fundamentais à construção da célebre teoria concretista da ação de Chiovenda.[387] [388]

---

[382] P.ex., de 1901, CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella defesa giudiziale del diritto. passim. Em 1907, de forma mais crítica, Id. Le riforme processual e le correnti del pensiero moderno*. passim.

[383] CHIOVENDA, Giuseppe. *Adolfo Wach*. p. 267-268. Sobre a relações entre Scialoja e a doutrina alemã, v. CIPRIANI, Franco. *Le dimissioni del Professore Mortara e i "Germanisti" del Preside Scialoja*. p. 798-807.

[384] Basta ver, p.ex., *Le forme nella defesa giudiziale del diritto*, em que praticamente todas as referências são a autores alemães.

[385] CHIOVENDA, Giuseppe. *Adolfo Wach*. p. 268. O "primo formatore" foi Vittorio Scialoja (p. 267-268). V. também TARELLO, Giovanni. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*. p. 124-126. No original: "*Ammirazione per un processo di ispirazione liberale quale il germanico, scelta del più liberale dei processualisti germanici per mentore: tutto ciò introduce un dubbio sul significato degli atteggiamenti chiovendiani rispetto alla legislazione e alla dottrina francese e italiana; che cioè potesse trattarsi non di un tarlo antiliberale, ma semplicemente di tedescofilia culturale, diffusa del resto, e nello spirito della triplice*" (p. 126).

[386] CHIOVENDA, Giuseppe. *Adolfo Wach.* p. 263. Os outros dois "ilustres juristas" eram Bülow e Kohler.

[387] CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. p. 265. No original: "*Qui dirò solo che cogli anni e colla lunga esperienza nella cattedra si è in me sempre più rafforzata la fede negli insegnamenti del Wach. L'importanza dei quali (questo trovo opportuno ripetere anche una volta) non consiste nell'aver considerata l'azione come un diritto alla tutela giuridica diretto contro lo Stato, ma nell'aver dimostrata l'autonomia dell'azione come diritto a ottenere un provvedimento favorevole*".

[388] Segundo Chiovenda, a ação é "*il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà della legge rispetto alla sua attuazione"* ou *"il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge".* A ação "*non presuppone necessariamente un diritto subbiettivo da difendere, come nel caso sopra immaginato, ma esiste ogni qual volta la volontà del privato si trovi nel detto rapporto colla volontà collettiva".* CHIOVENDA, GIUSEPPE. *L'azione nel sistema dei diritti*. p. 6.

De todo modo, foi com o processo austríaco que Chiovenda realmente identificou-se e por qual desenvolveu verdadeira admiração (ou, nas palavras de Tarello, uma "admiração exagerada").[389]

Em 1901, ao proferir a Prolusione na Universidade de Roma, publicada no mesmo ano sob o título *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, Chiovenda já ressaltava a necessidade de estudo e análise do Código de Processo austríaco, "a última importante expressão da legislação processual" e da ressignificação que foi dada por Klein ao princípio dispositivo.[390]

Alguns anos depois, em 1906, em conferência dada em Napoli, publicada em 1907 como *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, Chiovenda confessadamente "iniciou a propaganda" "conduzida por um quarto de século" "para a reforma do processo civil sobre a base da oralidade, imediatidade e concentração" – exatamente os mesmos princípios vetores do Código de Klein.[391]

Em relação aos poderes do juiz, a posição de Chiovenda foi igualmente determinada. Reconhecendo que a maioria dos problemas processuais giravam em torno da "relação entre a iniciativa do juiz e a iniciativa das partes", Chiovenda concluiu que é nessa relação que está "a chave das reformas processuais, o segredo da adequação do processo às necessidades sociais". Para ele, "as formas podem ser mais ou menos rigorosas ou numerosas; as lides podem ser mais ou menos breves; as garantias de uma justa decisão maiores ou menores; à medida que o juiz tenha mais ou menos poderes. A lide pode tornar-se mais ou menos acessível ao homem fraco e inculto, à medida que o juiz tenha meios maiores ou menores de vir em sua ajuda, de iluminá-lo sobre quanto ele pode fazer por sua defesa, de corrigir os seus erros". E se o Código austríaco se colocou "resolutamente no caminho da extensão dos poderes do juiz", os italianos deram "um pequeno passo com as

---

[389] TARELLO, Giovanni. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*. p. 126.

[390] Segundo Chiovenda, "*i vechi principii forensi* 'Quod non est in actis non est in mundo' e 'Iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet' *non hanno più lo stesso significato*". CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella defesa giudiziale del diritto*. p. 370-371.

[391] CHIOVENDA, Giuseppe. *Le riforme processual e le correnti del pensiero moderno*. p. 379-380. A observação foi incluída na década de 30, em nova publicação do artigo, pelo próprio Chiovenda.

recentes reformas para elevar a função do magistrado do processo civil, mas um passo tímido e quase imperceptível".[392]

27. A importância da obra de Chiovenda e a difusão do publicismo na Itália

O enorme impacto da obra de Chiovenda na doutrina que o sucedeu é notório. Chiovenda foi o responsável por levar a teoria da ação à Itália,[393] instituto que regeu todo o desenvolvimento do Direito Processual nas décadas subsequentes. Também foi Chiovenda quem encerrou na Itália a fase da "*procedura civile*", expressão utilizada por toda a doutrina da época,[394] e inaugurou a fase do "*Diritto Processuale Civile*" público e autônomo.[395] Explicava Chiovenda: "Dizemos 'direito processual', e não 'procedimento' [*procedura*] porque esta última palavra não representa a importância do nosso estudo como estudo 'jurídico'".[396]

Chiovenda é considerado o pai da moderna processualística italiana,[397] tendo influenciado, direta e indiretamente, sucessivas gerações de juristas, incluindo Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Enrico Tullio Liebman, Enrico Redenti, Marco Zanzucchi, Gian Antonio Micheli e tantos outros. Praticamente toda a doutrina que o sucedeu, à exceção talvez solitária de Salvatore Satta,[398] adotou o publicismo como pressuposto fundamental ao estudo do Direito Processual.

---

[392] CHIOVENDA, Giuseppe. *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*. p. 390-391.

[393] TARELLO, Giovanni. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepusculo dello Stato liberale*. p. 149.

[394] Até então, toda a doutrina italiana utilizava a expressão "*procedura civile"*, assim como os franceses até hoje fazem ("*procédure civile*" ou "*droit judiciaire privé"*). Basta comparar os títulos das obras de Mortara (*Manuale della procedura civile*, *Principii di Procedura Civile*, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile* etc.) com os de Chiovenda (*Principii di Diritto Processuale Civile*, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* etc.).

[395] V. o interessantíssimo trabalho de SATTA, Salvatore. *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*. p. 115-126.

[396] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 26.

[397] V. SATTA, Salvatore. *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*. p. 115-126, esp. p. 120-121.

[398] V. SATTA, Salvatore. *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo (con postilla)*. p. 173-186; Idem. *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*. p. 187-198; Idem. *Storia e "publicizzazione" nel processo (con postilla)*. p. 199-207.

28. O Código de Processo Civil brasileiro de 1939

As lições de Chiovenda e as novidades trazidas pelo Código de Klein tiveram forte e imediato impacto no Direito Processual brasileiro.

Até a década de 30 do século passado, o processo civil brasileiro ainda era bastante fragmentado em diversas codificações estaduais. Antes disso, o processo brasileiro era regulado pelo Regulamento 737 de 1850, que surgiu inicialmente para disciplinar os processos comerciais, e pelas Ordenações Filipinas de 1613.[399]

Esse cenário foi alterado pela Constituição de 1934, cujo art. 5º, XIX atribuiu competência privativa à União para legislar sobre Direito Processual. Em cumprimento à Constituição, foi editado o Código de Processo Civil de 1939, o qual entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1940.

O Código de 39 foi redigido por Pedro Batista Martins a pedido de Francisco Campos, então Ministro da Justiça. Francisco Campos foi também o revisor do projeto final e autor da Exposição de Motivos. O Código foi instituído por Getúlio Vargas mediante um Decreto-Lei no auge do Estado Novo.

Francisco Campos foi um jurista e advogado mineiro que, além de responsável pelo CPC/39, notabilizou-se por, na condição de Ministro da Justiça, redigir a autoritária Constituição de 1937, o Código Penal (1940), o Código de Processo Penal (1941) e, já nos últimos anos de sua vida, por colaborar com o golpe militar de 1964 e redigir os Atos Institucionais nº 1 e nº 2.[400]

Desde o início de sua carreira, Francisco Campos revelou-se um ávido e confesso defensor do autoritarismo e opositor da liberdade individual e da autonomia privada. Em seu último ano na Faculdade de Direito, ao discursar em homenagem ao falecido Presidente Afonso Pena, afirmou: "O futuro da democracia depende do futuro da autoridade. Reprimir os excessos da democracia pelo desenvolvimento da autoridade será o papel

---

[399] Para um brevíssimo resumo, v. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il nuovo 'Código de Processo Civil' brasiliano*. p. 483-484.

[400] *Cf.* SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo*. p. 32; MALIN, Mauro. *Campos*, Francisco. s.p.

político de numerosas gerações".[401] É o autor da obra "*A doutrina da população"* e notabilizou-se por frases como: "governar é prender" e "o povo não precisa de governo, precisa de curatela".[402]

Em 1935, Francisco Campos proferiu conferência em que criticou os partidos alemães porque "procuravam inutilmente chegar a uma decisão política mediante os métodos discursivos da liberal-democracia", enquanto "Hitler organizava nas ruas, ou fora dos quadros do governo, pelos processos realistas e técnicos, por meio dos quais se subtrai da nebulosa mental das massas uma fria, dura e lúcida substância política, o controle do poder e da nação".[403]

Toda essa ideologia autoritária foi transposta ao Código de Processo Civil, como bem demonstra a sua Exposição de Motivos.

De forma muito similar às lições de Anton Menger, a Exposição de Motivos define o sistema processual brasileiro até então vigente de "formalista e bizantino", tratando-o como "apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça".

Era preciso, então, acabar com "a concepção duelística do processo judiciário, em que o Estado faz apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado e dos processos pelos quais foi obtido". O Estado deveria assumir o controle da Justiça e, "na sua organização e no seu processo, não poderia deixar de imprimir os traços da sua autoridade". Assim, "À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo". Essa "concepção autoritária" seria justamente a "concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça".

O novo processo, "eminentemente popular", colocaria "a verdade processual não mais apenas a cargo das partes", mas confiaria "numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado 'princípio dispositivo', de 'controvérsia' ou 'contradição', introduzira no processo".

---

[401] *Cf.* ABREU, Alzira Alves de; et al. (coords.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930*. Verbete "CAMPOS, Francisco". Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br.>.

[402] Cf. SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo*. p. 32.

[403] CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. p. 55.

Mais uma vez aproximando-se das lições de Anton Menger, a Exposição de Motivos do CPC/39 apresenta esse novo processo popular como "instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária nos quadros do processo anterior singularmente desfavorecia".

A necessidade de um novo sistema processual teria sido acentuada pelo "regime instituído em 10 de novembro de 1937", o qual "consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado". Como consequência, "o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público"; e "a Justiça é o estado, o Estado é a Justiça".

Invocando as lições de Chiovenda e a "concepção publicística do processo", a Exposição de Motivos do CPC/39 redefine "a função que se atribui ao juiz": "A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade".

Eliminando os "princípios privatísticos" do "processo antigo", "a regra que prevalece no CPC/39", "embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade". O juiz assume, então, uma "função ativa e autoritária", com o "dever" "de dizer e de investigar a verdade, sem as restrições que hoje incidem sobre elas".

O CPC/39 também se fundou – *supostamente* – sobre os princípios fundamentais do Código de Klein: a oralidade e a concentração dos atos processuais. Segundo a Exposição de Motivos de Francisco Campos, "O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova". O princípio da concentração dos atos, por sua vez, "completa, ainda, a indispensável situação do juiz relativamente à prova tornando a formação desta mais favorável a uma justa e adequada apreciação por parte do juiz".

Evidentemente, os valores de Francisco Campos estão representados em todo o Código. Dentre muitos outros exemplos: (a) atribuíram-se ilimitados poderes instrutórios

ao juiz; (b) havia apelação de ofício em certos casos; (c) apesar da ausência de disposição legal, a interpretação sistemática do Código levou à concepção doutrinária de que os recursos eram regidos pelo princípio do benefício comum e, portanto, autorizava-se a *reformatio in peius*; (d) a incontrovérsia fática não era vinculante, gerando apenas uma "presunção de veracidade" (art. 209); (e) a sentença arbitral só produzia efeitos depois de homologada judicialmente; (f) proliferaram-se as questões cognoscíveis de ofício pelo juiz; (g) as partes não tinham nenhuma disposição do procedimento; (h) não havia a possibilidade nem de julgamentos parciais nem de julgamento antecipado fundados na incontrovérsia fática; (i) deu-se ampla liberdade ao juiz para conhecer das objeções substanciais; (j) não havia correlação entre coisa julgada, decisão e pedido; (k) havia uma quantidade absurda de procedimentos especiais e, sobretudo, de procedimentos de jurisdição voluntária; (l) não era preciso fomentar o contraditório prévio antes de conhecer de questões consideradas de ordem pública etc.

29. O Código de Processo Civil italiano de 1940

Roteiro muito similar ao brasileiro foi seguido na Itália. Depois de um longo período de fragmentação, o sistema processual italiano foi unificado pela instituição do Código de Processo Civil em 1806, o qual era rigorosamente a versão traduzida do Código francês. Com o término da dominação francesa, diversos novos diplomas processuais foram promulgados nos anos seguintes, como o *Regolamento Generale del Processo Civile pel Regno Lombardo-Veneto* (1815) ou o *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* (1819). Em 1865 foi promulgado o *Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*, inspirado largamente no Código francês.[404]

A nova doutrina publicística italiana do século 20 havia tentado, em mais de uma oportunidade, substituir o Código de 1865. Chiovenda, Carnelutti e Redenti elaboraram esboços e anteprojetos para um novo Código depois da Primeira Guerra Mundial, mas nenhum foi levado adiante. Em trabalho publicado em 1909, Chiovenda atribuiu ao Código de 1865 todas as mazelas do "complicado, longuíssimo e custoso" processo italiano, um

[404] *Cf.* MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 335-336.

"instrumento velho absolutamente disforme das condições do tempo presente e em contraste estridente com a natureza da função pública à qual é destinado".[405]

Com a ascensão do fascismo ao poder, um sistema processual compatível com os ideais políticos e sociais do partido tornou-se prioridade. O próprio Mussolini encomendou o novo Código ao então Ministro da Justiça, Dino Grandi, o qual deu sequência ao "Projeto Solmi", elaborado pelo anterior Ministro da Justiça (*Guardasigilli*) Arrigo Solmi. Em razão de dissensos na Assembleia Legislativa, Dino Grandi nomeou uma respeitabilíssima comissão para auxiliá-lo nos trabalhos, composta por Calamandrei, Carnelutti, Enrico Redenti e Leopoldo Conforti (magistrado da Suprema Corte italiana).[406] O novo Código foi aprovado em 1940 e entrou em vigor em 1942.

Como afirmou o Ministro Dino Grandi na *Relazione al Re* (Exposição de Motivos),[407] a reforma do sistema processual tornou-se "improrrogável por efeito da radical transformação dos nossos fundamentais institutos jurídicos e políticos e das exigências inovadoras da Revolução fascista". Dentre essas transformações, a mais importante era o "renovado sistema das relações entre o indivíduo e o Estado, do qual o processo é expressão singularmente característica".

No discurso ao Senado em 10 de maio de 1940, Grandi afirmou que "a reforma do processo civil, como toda a codificação, antes de ser um problema técnico é um problema político". Por isso, "o novo código acentua as características públicas do processo civil: o princípio de autoridade manifesta-se com a majoração dos poderes do juiz (...). O acrescido poder do juiz é, com efeito, o único meio eficaz para liberar o processo do seu mal pior, isto é, a exasperante morosidade que corroeu na consciência do povo a confiança nas formas de nossa justiça civil".[408]

---

[405] CHIOVENDA, Giuseppe. *Lo stato attuale del processo civile in Italia ed il progetto Orlando di riforme processuali*. p. 395 e ss. (cit. p. 396).

[406] Todos esses fatos estão narrados na exposição de motivos (Relazione al Re) do *codice di procedura civile* de 1940.

[407] Curiosamente, a exposição de motivos do Código italiano foi praticamente eliminada da história. Não acompanha nenhum código moderno e não está disponível nos sítios eletrônicos do Poder Legislativo italiano. Voltou a ser estudada sobretudo pelo resgate promovido por Franco Cipriani na década de 90, que passou a divulgá-la em seus trabalhos.

[408] *Cf.* MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 343.

A exemplo de Francisco Campos, Dino Grandi criticou em sua exposição de motivos a escola exegética que inspirou o Código italiano de 1865 e exaltou a nova "escola sistemática fundada por Giuseppe Chiovenda", a qual promoveu uma "radical revisão teórica de todos os institutos processuais" e "reivindicou ao direito público o processo civil", "estudando-o não mais como expressão de uma luta de interesses privados, mas como instrumento da mais augusta entre as funções do Estado".

Também a exemplo de seus congêneres, o Código italiano estaria, supostamente, fundado nos valores básicos do "publicismo" processual – oralidade, imediatidade e concentração –, embora nenhum deles estivesse realmente presente. O processo italiano do c.p.c. de 1942 era escrito, e não oral, não havia nenhuma garantia de identidade entre o magistrado que instruiu a causa e o magistrado que a julgaria e não havia concentração dos atos em uma única audiência.[409]

Por óbvio, não seria possível elaborar um Código cioso da liberdade individual em um contexto histórico tão atribulado.[410] A *Relazione al Re* de Dino Grandi até chega a flertar com a promoção do indivíduo e com as reais funções do processo civil: "O Estado fascista não nega os interesses privados, mas ao contrário reconhece a importância deles como propulsores das iniciativas privadas e, portanto, validamente os tutela; e não há verdadeira tutela de interesses que não se reflita em um seguro sistema processual". Logo em seguida, porém, os reais objetivos do Estado fascista falam mais alto: "Mas essa tutela não é um fim em si mesmo (...). Portanto, no Estado fascista o processo não é apenas luta de interesses, mas é instrumento de fecunda composição deles, e sobretudo é instrumento para assegurar não apenas um ordenado sistema de vida social, inspirado nos fins supremos do Estado, mas também para assegurar, pela aplicação das normas jurídicas que disciplinam a vida da Nação, a realização nas relações privadas dos interesses supremos desta".

Com a queda do regime fascista, o autoritarismo do codice foi atenuado com uma reforma promovida em 1950.[411]

---

[409] *Cf.* MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 338-339 e 345-347.

[410] Cf. CIPRIANI, Franco. *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*. p. 112.

[411] Cf. CIPRIANI, Franco. *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*. p. 39-43.

30. O Código de Processo Civil português de 1961

Em 1933 foi instituído, em Portugal, o regime autoritário que se convencionou chamar de Estado Novo (a exemplo do que tivemos no Brasil na mesma época) ou regime salazarista. Esse regime durou 41 anos ininterruptos, vigendo até 1974. E assim como ocorreu no Brasil e na Itália, considerou-se necessário editar um Código de Processo Civil que estivesse de acordo com os ideais políticos então vigentes.

Isso foi feito logo em 1939, erigindo-se um processo "construído do ponto de vista do juiz, *ergo* do Estado, à custa das garantias das partes".[412] Um processo no qual se buscava a "justiça real", e não a justiça formal; uma justiça "em harmonia com os factos verdadeiros"; um processo no qual as partes "apenas cooperam na preparação dos elementos processuais" e "se não colaborarem sofrem sanções de diversas espécies".[413]

Passados alguns anos, foi editado o Código de Processo Civil português de 1961,[414] com história muito parecida à do nosso Código de 1939. Foi instituído por Decreto-Lei, tinha como objetivo adequar o processo aos ideais autoritários de um governo ditatorial e pretendia substituir um processo considerado privatístico por outro publicístico.

A Exposição de Motivos do Código inicia com a seguinte afirmação: "O processo civil anterior às reformas empreendidas a partir de 1926 assentava, como de todos é sabido, sobre uma concepção essencialmente privatística da relação processual".

Esse processo privatístico, "todo decalcado sobre os postulados fundamentais do liberalismo individualista, já não correspondia às exigências dos tempos modernos". E, como havia sido anunciado e prometido por Francisco Campos, Dino Grandi, Anton Menger e tantos outros, o processo moderno era aquele com "predomínio mais seguro da justiça material sobre a pura justiça formal e, consequentemente, uma intervenção mais activa do juiz no desenvolvimento da relação processual".

Assim como fora feito por Francisco Campos, a Exposição de Motivos portuguesa invocou a doutrina italiana e a ampliação da inquisitoriedade pelo juiz: "os

---

[412] MENDONÇA, Luís Correia de. *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*. p. 415.

[413] V. MENDONÇA, Luís Correia de. *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*. p. 415.

[414] Luíz Correia de Mendonça considera esse código uma mera reforma, cf. MENDONÇA, Luís Correia de. *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*. p. 416.

princípios proclamados pelos processualistas italianos na sequência das novas correntes de ideias e que da Itália rapidamente se propagaram às restantes legislações de tipo continental, dão ao processo uma feição marcadamente publicística; não eliminam, mas reduzem aos seus justos limites o chamado princípio dispositivo, ao mesmo tempo que ampliam em termos consideráveis o domínio de aplicação do princípio inquisitório".

Também a exemplo do CPC/39, o Código português estava fincado sobre os valores do Código de Klein: eficiência, simplificação, oralidade, imediatidade e, principalmente, aumento dos poderes diretivos e instrutórios do juiz. Consta o resumo da própria Exposição de Motivos: "Se quiséssemos definir, em síntese, os rasgos essenciais do novo regime, poderíamos destacar as notas seguintes: simplificação do formalismo processual e moderação das consequências da sua inobservância; possibilidade de o juiz arredar certos obstáculos levantados pelas partes ou pelos auxiliares processuais ao curso normal da acção; ampla consagração do princípio inquisitório em matéria de instrução do processo; garantia efectiva do princípio da imediação das provas, através do sistema da oralidade pura, que permite ao julgador a utilização plena dalguns coeficientes de valorização dos diversos depoimentos que escapam por completo ao puro relato escrito das provas; concentração do processo, através do princípio da continuidade da audiência e da fisionomia especial que a audiência de discussão e julgamento passou a revestir".

Embora se apresentasse como um 'moderno processo publicístico', o Código português não incorporou o desenvolvimento científico ocorrido nos séculos XIX e XX. Manteve, p.ex., a teoria imanentista da ação (art. 2º), falava em "personalidade e capacidade judiciária" (Capítulo II, Secção I) e deu tratamento muito tímido ao princípio da instrumentalidade das formas.

Em relação aos poderes do juiz, apesar de romper com um suposto 'privatismo', fez referência expressa ao princípio dispositivo em seu artigo 264º, intitulado "Princípio dispositivo. Poder inquisitório do juiz". O artigo continha três parágrafos assim redigidos: "1. A iniciativa e o impulso processual incumbem às partes. 2. As partes têm, porém, o dever de, conscientemente, não formular pedidos ilegais, não articular factos contrários à verdade nem requerer diligências meramente dilatórias. 3. O juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer".

Foi atribuído às partes um dever de colaboração (art. 265º), que consistia basicamente em "comparecer sempre que para isso forem notificados e a prestar os

esclarecimentos que, nos termos da lei, lhes forem pedidos"; e o juiz tinha "poderes para tornar pronta a justiça" (art. 266º), cumprindo-lhe "remover os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa".

31. O Código de Processo Civil soviético de 1964

Três anos depois do Código português, foi promulgado, em 1964, o Código de Processo Civil da República Socialista Federativa Soviética da Rússia. Com apenas 438 artigos, o Código foi precedido por uma enunciação de 64 "Princípios Fundamentais", em vigor desde 1962,[415] incorporados ao longo do seu texto.[416] O Código de 1964 pouco inovou em relação ao Código anterior de 1923 e manteve, naturalmente, a estreita ligação com a filosofia marxista e com a concepção de que a função da lei é "ajudar a criar o 'homem soviético'".[417]

É preciso ter em mente que a distinção entre interesses públicos e privados nunca foi muito clara no regime soviético, a ponto de a doutrina rejeitar a *summa divisio*.[418] As partes não tinham propriamente direitos subjetivos, mas interesses tuteláveis, e o princípio da legalidade socialista regia todo o sistema jurídico soviético.[419] Era fundamental, portanto, garantir que a ordem jurídica soviética fosse respeitada a qualquer custo. Juízes, advogados e órgãos públicos deveriam sempre agir em prol da ordem pública. Os advogados,

---

[415] Cf. GURVIC, Mark. A. *Profili generali del processo civile sov*ietico. p. XLVII.

[416] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 1 e ss.; 27 e ss.

[417] V. MORTON, J. Alex. *Civil Procedure in the U.S.S.R*. p. 212. No mesmo sentido, PICARDI, Nicola; LANTIERI, Rossella Lavinia. *La giustizia civile in Russia da Pietro il Grande a Krusciev*. p. XXXV-XXXVI: "*In aperta rottura con tale giudizio, Vysinskij promosse la legge ad elemento fondante della società socialista, definendola 'la traduzione in atti normativi della volontà del popolò'. Mentre la legge borghese serviva la sopraffazione e l'immobilismo sociale, quella socialista riconosceva il suo primo obiettivo nella creazione dell'uomo nuovo ed emanava direttamente dalla volontà popolare; oltre a ciò, essa si rivelava elemento indispensabile di gestione del sociale e strumento di rafforzamento dello Stato socialista*". Para uma abordagem propagandista do Código e do regime "democrático soviético", com nítidas distorções conceituais, v. GURVIC, Mark. A. *Profili generali del processo civile sovietico*. p. XLV-LVIII.

[418] DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. p. 177.

[419] DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. p. 153: "*La stricte observation du principe de légalité socialiste, c´est à dire la stricte conformité à l´ordre juridique soviétique a été un impératif absolu*".

p.ex., extintos logo após a revolução comunista,[420] mas readmitidos com o passar do tempo, tinham o dever de agir como auxiliares da justiça e promover a legalidade socialista antes de defender os interesses de seus clientes.[421] Além deles havia a Prokuratura, uma mistura de Ministério Público com Advocacia Geral da União a quem competia, dentre muitas outras atribuições, fiscalizar a correta aplicação da lei em *todos* os processos judiciais.[422]

Tudo isso, é óbvio, repercutiu naquele sistema processual. A legitimidade para propor a demanda foi flexibilizada,[423] com atribuição de significativos poderes à *Prokuratura*,[424] e bastante "atenção foi dada às formas procedimentais que facilitassem a correção do réu e a educação de terceiros, incluindo a participação no caso de pessoas estranhas às partes".[425] Como não havia uma distinção minimamente clara entre público e privado, membros da *Prokuratura* poderiam recorrer de qualquer decisão que reputassem ilegal ou "juridicamente infundada", não importa a natureza da questão debatida (art. 282 do Código de Processo),[426] e manifestavam-se no julgamento de todos os recursos em defesa da lei (art. 303).[427]

O Código soviético seguiu estritamente a "cartilha publicista": a função social do processo deveria prevalecer sobre os interesses privados das partes; o processo deveria fundar-se sobre a imediatidade, oralidade e concentração (Princípio Fundamental nº 35); o juiz deveria ter amplos poderes instrutórios e diretivos para alcançar uma decisão justa e

---

[420] Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil*. p. 356.

[421] DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. p. 157.

[422] DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. p. 155-157; CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil*. p. 356.

[423] O art. 4º, item 3 do Código atribuiu legitimidade a "qualquer cidadão, nos casos em que a lei faculta o agir em juízo para a tutela dos direitos e dos interesses de terceiros".

[424] V. V. MORTON, J. Alex. *Civil Procedure in the U.S.S.R*. p. 216.

[425] Cf. MORTON, J. Alex. *Civil Procedure in the U.S.S.R*. p. 216.

[426] Na tradução italiana: "282. *Impugnabilità delle sentenze. (...) Il procuratore di Stato può proporre 'ricorso per cassazione' contro ogni sentenza non conforme alla legge o giuridicamente infondata, indipendentemente dal suo intervento in causa*". Disponível em *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 115-116 e 125.

[427] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p.115-116 e 121.

fundada na "verdade objetiva" da filosofia marxista;[428] e as partes tinham o dever "de cooperar com o juiz no exercício da jurisdição", do qual decorria o "ônus da prova" [429] – que nada tinha de ônus, configurando um *dever* de provar segundo o que fora estipulado pelo tribunal (art. 50 do Código).

Em relação à função social do processo, o Princípio Fundamental nº 2 do Código, reproduzido em seu art. 2º, é claro: o "escopo do processo civil soviético é a justa e solícita cognição das causas cíveis ao fim de garantir a defesa da estrutura social e estatal da URSS, do sistema socialista da economia e da propriedade socialista; a tutela dos direitos políticos, do trabalho, da habitação e dos outros direitos pessoais e patrimoniais e dos interesses dos cidadãos tutelados pela lei".[430] Além disso, "o processo civil deve contribuir ao fortalecimento da legalidade socialista, à prevenção das violações à lei, à educação dos cidadãos ao constante cumprimento das leis soviéticas e ao respeito dos princípios da convivência socialista".[431] Ou seja, o processo civil deveria servir, acima de tudo, ao Estado soviético; apenas em um segundo momento é que ele teria a função de tutelar os direitos individuais.

Outra característica importante, que denota o publicismo-autoritário intrínseco ao Código, é a atribuição irrestrita de poderes diretivos e instrutórios ao juiz. Embora o Princípio Fundamental nº 6 reconheça o "princípio da demanda", pela qual se atribui

---

[428] GURVIC, Mark. A. *Profili generali del processo civile sovietico*. p. LV: "*Il principio del contraddittorio nel processo civile sovietico è intimamente connesso con altri due principi: quello della verità oggettiva e quello dell'uguaglianza delle parti. Il primo costituisce uno dei principali fondamenti dell'attività di assistenza prestata alle parti, ai fini di una giusta risoluzione della controversia, da parte del giudice*". Igualmente, no processo polonês socialista, BRONIEWICZ, Witold. *I poteri del giudice in rapporto ai poteri delle parti nel processo civile polacco*. p. 366: "*Due di questi principi sono trattati dalla dottrina e dalla giurisprudenza come primi dei cosiddetti principi fondamentali del processo. Sono il principio della verità obiettiva e quello della protezione della proprietà sociale*". Sobre a verdade objetiva, Broniewicz explica: "*l'introduzione del principio della verità obiettiva nella procedura civile polacca ha le sue radici da una parte nella tesi della filosofia marxista sulla possibilità di conoscere la realtà obiettivamente esistente, dall'altra invece nell'interesse dello stato socialista a scoprire il sistema reale dei rapporti sociali ed economici sui quali si basano i rapporti giuridici*" (p. 366). V. também AROCA, Juan Montero. *Sobre el mito autoritario de la 'buena fe procesal'*. p. 310-313

[429] GURVIC, Mark. A. *Profili generali del processo civile sovietico*. p. LIV.

[430] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 1 e 27.

[431] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 2 e 28.

jurisdição ao juiz apenas depois de proposta a demanda pelo interessado, o juiz deveria utilizar todos os meios que estivesse ao seu alcance para descobrir a verdade. É o que dispunha o Princípio Fundamental nº 16 e art. 14: "O juiz, sem nenhuma limitação ao material produzido no processo às alegações expendidas pelas partes, adota todas as medidas previstas em lei ao fim de alcançar uma completa, minuciosa e objetiva averiguação dos fatos na causa, bem como dos direitos e obrigações das partes".[432] Idêntico era o princípio fundamental nº 33: "Depois de proposta a demanda, o juiz singular procede à instrução da causa com o objetivo de garantir uma justa e solícita decisão desta".

Estava igualmente presente no Código o dever "informativo" do juiz às partes, defendido por Menger desde o século 19: "O juiz deve manter informadas as pessoas que intervêm no processo de seus direitos e obrigações, advertindo-lhes dos efeitos decorrentes do cumprimento ou da falta de cumprimento dos atos processuais (...)".[433]

Por fim, como sói ocorrer em sistemas autoritários, os fins justificavam os meios. Na medida em que o processo não tinha a função de garantir a racionalidade da prestação jurisdicional, era pouco clara a distinção entre decisões ilegítimas e injustas. O que importava era o resultado final, ainda que isso implicasse a violação de normas processuais. De acordo com o art. 308 do Código, "A violação e a falsa aplicação de normas processuais são motivo de invalidação da sentença *somente se* houver implicado ou houvessem podido implicar uma injusta resolução da controvérsia".[434]

32. O Código de Processo Civil da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) de 1975

Fenômeno similar ocorreu na República Democrática Alemã – ou simplesmente Alemanha Oriental. Depois de quase um século de vigência da CPO de 1877 (denominada ZPO a partir de 1898), o Código de Processo alemão, tido por "burguês", foi

---

[432] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 6 e 31. Na versão italiana: "*Accertamento dei fatti della causa, dei diritti e degli obblighi delle parti. Il giudice, senza alcuna limitazione in dipendenza del materiale acquisto al processo e delle dichiarazioni rese dalle parti, adotta tutte le misure previste dalla legge al fine di pervenire ad un completo, minuzioso e obbiettivo accertamento dei fatti della causa, nonché dei diritti e degli obblighi delle parti*".

[433] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 6 e 31.

[434] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964).* p. 123.

substituído em 1975 por um novo diploma que servisse "à ulterior construção de um autônomo 'ordenamento jurídico socialista'".[435] Como explica Christian Wollschläger, "o socialismo havia determinado uma diversa concepção do processo civil. A controvérsia entre privados era considerada como questão que dizia respeito a toda a sociedade. Ao juiz e ao advogado do Estado foram reconhecidos amplos poderes nesse sentido, enquanto o papel das partes privadas foi enfraquecido".[436]

O Código de Processo Civil alemão socialista estava fundado sobre a estrutura publicística clássica: descoberta da "verdade objetiva" da filosofia marxista; ativismo judicial; imposição de um dever de colaboração às partes; procedimento oral, imediato e concentrado.[437]

Talvez nenhum outro Código tenha sido tão claro e incisivo na atribuição de poderes ao juiz e na supressão da liberdade e da disponibilidade das partes ao longo do processo. A brevidade e superficialidade do Código socialista alemão, com apenas 209 artigos para regular os processos cíveis, de família e do trabalho, certamente contribuía à condução discricionária do processo pelo juiz.

Logo nas Disposições Fundamentais, em seu art. 2º, parágrafo 1º, o Código deixa bastante claro o seu viés ideológico: "(1) Os tribunais têm a atribuição de tutelar a ordem social e estatal, de salvaguardar e realizar os direitos e os interesses garantidos pela lei, de favorecer, mediante a plena eficácia do procedimento jurisdicional, as relações socialistas no âmbito da convivência social dos cidadãos". No mesmo sentido, o parágrafo 4º do mesmo dispositivo dispunha que "Os tribunais devem induzir a uma consciente observância e atuação do direito socialista (...)".[438]

---

[435] WOLLSCHLÄGER, Christian. *Introduzione: la Zivilprozessordnung 1877/1898*. p. XXXVII.

[436] WOLLSCHLÄGER, Christian. *Introduzione: la Zivilprozessordnung 1877/1898*. p. XXXVII.

[437] Exatamente nesse sentido, em trabalho nitidamente propagandista, KELLNER, Horst. *Introduzione*. p. XXXVII: "*Nell'ambito dei princìpi del diritto processuale civile, particolare rilevanza acquistano il principio dell'accertamento della verità oggettiva; della partecipazione attiva del giudice; il principio dispositivo della collaborazione delle parti; (...) il principio della pubblicità, oralità, immediatezza e concentrazione del giudizio*". V. também CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 2. p. 255-256.

[438] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 3.

No art. 2º estão presentes outras três características fundamentalmente publicísticas: (i) o juiz deveria empreender todos os esforços para descobrir a verdade dos fatos; (ii) o processo seria regido pelo princípio da concentração; e (iii) o juiz teria a incumbência de informar e instruir as partes de seus direitos e obrigações. É o que dispõem claramente os parágrafos 2º e 3º: "(2) Os tribunais têm o dever de esclarecer, averiguar de forma verdadeira e decidir, segundo as normas de direito, em um processo concentrado e rápido, os fatos relevantes para o juízo. Esses são responsáveis pela execução das próprias decisões. (3) Os tribunais devem indicar àqueles que participam do processo os respectivos direitos e obrigações, para a tutela deles próprios".[439]

Em seguida, no art. 3º, parágrafo 1º, ao tratar dos "Direitos e obrigações das partes", o Código alemão apresenta mais três características puramente publicísticas: (i) rompe com o tradicional sistema de ônus processuais ao impor às partes um *dever* de participação do processo; (ii) impõe o dever de colaboração para a descoberta da verdade dos fatos; e (iii) impõe não apenas o dever de veracidade, mas também o de completude – ou seja, além de proibir as partes de mentir no processo, proibiu também a omissão de fatos que lhes fossem desfavoráveis. O enunciado normativo merece ser transcrito: "(...) As partes têm o direito e o dever de participar do processo, e sobretudo de colaborar à averiguação das situações de fato. Os respectivos declarações e depoimentos devem ser completos e verdadeiros".[440]

Ainda no que diz respeito ao rompimento com o sistema de ônus processuais, o art. 63 ("Objetos de prova") dispunha que as partes e todas as demais pessoas interessadas no processo tinham o *dever* de "exibir ou disponibilizar os elementos de prova necessários" ao julgamento da causa. A consequência da recusa não era a presunção de veracidade do fato que se pretendia provar, mas "a execução forçada para o adimplemento de tal obrigação".[441]

Como todos os demais que o precederam, o processo socialista alemão estava fundado sobre os princípios da oralidade, publicidade e imediatidade (arts. 42 a 44).

---

[439] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 3.

[440] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 4.

[441] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 24.

Um dispositivo que chama a atenção é o art. 68, intitulado "Manutenção da ordem". De acordo com o seu parágrafo 1º, o presidente do tribunal deveria "manter a ordem na audiência", podendo até mesmo expulsar da audiência ou "excluir os representantes processuais inidôneos às suas funções". O juiz também poderia aplicar multas às partes e aos seus advogados por deixar de cumprir "os deveres que lhe são impostos no processo" (parágrafo 2º); no entanto, os advogados sindicais eram inexplicavelmente imunes a esse tipo de sanção (parágrafo 3º).[442]

Considerando que o Código estava inteiramente fundado na descoberta da verdade e na realização da justiça, as partes poderiam até mesmo alterar a demanda depois de concluída a fase instrutória (art. 64 – "Conclusão da produção das provas).[443]

O Código vigeu até o tratado de reunificação das Alemanhas de 31 de agosto de 1990, quando foi revogado e substituído novamente pela ZPO alemã de 1877.[444]

33. As consequências da publicização e a desvalorização da autonomia privada no processo civil: a rejeição do princípio dispositivo

Por muito tempo, o princípio dispositivo foi considerado um dos mais importantes princípios do processo. Goldschmidt, na primeira metade do século XX, ensinava que "O princípio processual dominante e de mais interesse no processo é o princípio dispositivo". Não por acaso, a sistematização do instituto no início do século XIX representou um significativo acontecimento na história do Direito Processual e foi determinante ao desenvolvimento científico do processo nas décadas subsequentes.

Contudo, esse mesmo desenvolvimento científico que culminou com a intensa publicização do processo significou também a derrocada e desvalorização do princípio dispositivo. A atribuição de finalidades públicas ao processo, sobretudo a realização do direito objetivo e a busca da verdade material, deu espaço ao aumento dos poderes judiciais com a respectiva redução do papel das partes.

---

[442] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 26.

[443] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 24.

[444] *Cf.* PICARDI, Nicola. *Prefazione*. p. IX.

A desvalorização das partes ao longo do século XX foi tamanha que Carnelutti, um liberal, chegou a afirmar que "as partes são meros colaboradores para que o processo atinja o seu fim: formação ou atuação dos comandos jurídicos".[445] Para Carnelutti, eram as partes que serviam ao processo, e não o contrário. Segundo ele, "o princípio dispositivo não se explica com uma direção do processo a serviço da utilidade particular das partes, mas, ao contrário, apenas como um meio para obter do interesse litigioso o maior rendimento para a justa composição da lide".[446]

Cândido Dinamarco, também insuspeito de qualquer viés autoritário – pelo contrário, um dos processualistas que mais bem apreendeu a função de controle que o processo civil exerce no Estado de Direito –,[447] evita referir-se ao princípio dispositivo. Quando o faz, vincula-o "à longa tradição privatista que por muito tempo imperou", "assentada sobre a premissa de que o processo seria mero exercício dos direitos e a ação, o próprio direito subjetivo em atitude de resgate de suas próprias forças".[448] De acordo com Dinamarco, o processo é regido pela "disponibilidade da tutela jurisdicional, que repudia a instauração de processos de-ofício pelo juiz" e pelo "princípio inquisitivo, responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado". Disponibilidade da tutela jurisdicional e princípio inquisitivo atuariam, portanto, "em campos distintos": aquela "informa a conduta dos sujeitos antes da instauração do processo e até que ele se instaure" e este "diz respeito ao modo como o processo é conduzido".[449]

Na França, Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland afirmam que o princípio dispositivo é a tradução "do processo que está à disposição das partes" e que "exprime a concepção acusatória do processo". Como o processo não é nem coisa das partes nem coisa

---

[445] CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*. p. 3.

[446] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. p. 435.

[447] V. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. *passim*, esp. p. 93 e 207: "Outro escopo político considero é o *culto à liberdade.* Trata-se das liberdades públicas, e especialmente das garantias de preservação do princípio liberal nas relações entre o Estado e o indivíduo. O Estado democrático faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns".

[448] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. I. p. 234.

[449] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. I. p. 234.

do juiz, mas de ambos, o princípio dispositivo teria sido substituído pelo princípio da cooperação.[450]

[450] CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. p. 405-406.

CAPÍTULO TERCEIRO – O RESGATE DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O EQUILÍBRIO ENTRE LIBERDADE E AUTORIDADE

Sumário: 34. A natureza pública do processo. 35. Os acertos e benefícios do publicismo. 36. Publicismo não significa autoritarismo. 37. Publicismo, privatismo, autoritarismo e liberdade. 38. O publicismo deve servir aos jurisdicionados, e não ao Estado. 39. A superação dos mitos do publicismo-autoritário. 39.1. O mito de que sistemas autoritários reduzem os poderes do juiz: a abolição do processo civil pelo autoritarismo. 39.2. O mito da atribuição de poderes ao juiz para a busca da verdade material. 39.3. O mito das decisões 'justas': a função do processo e do devido processo legal. 40. Os problemas do "princípio da cooperação" e a sua inaptidão para substituir o princípio dispositivo. 41. A saturação do autoritarismo e o resgate do princípio dispositivo. 42. O princípio dispositivo como princípio de liberdade.

34. A natureza pública do processo

No Capítulo anterior procurou-se demonstrar que a acentuada "publicização" do processo civil – que se iniciou com a centralização jurisdicional no Direito Comum, consolidou-se com a dominação da atividade jurisdicional pelo Estado Moderno e culminou com as diversas codificações autoritárias do século XX – implicou o paulatino abandono do princípio dispositivo. O juiz assumiu a posição de proeminência entre os sujeitos processuais, competindo-lhe descobrir a verdade, aplicar o Direito, suprir as deficiências argumentativas das partes, produzir provas, conhecer de questões fáticas de ofício etc.[451] As partes e seus advogados tornaram-se coadjuvantes processuais, não raro indesejados e inconvenientes, não obstante serem eles os verdadeiros interessados no processo.

Isso não significa que o processo não tenha ou não deva ter natureza pública. Sem ignorar as tensões entre publicismo e privatismo já mencionadas (v. acima, Capítulo Segundo, n. 17), é preciso reconhecer que o processo moderno é indiscutivelmente *público*. O processo é público tanto no sentido de *atividade jurisdicional* quanto no sentido de

---

[451] É interessante perceber o contraste com as legislações pré-modernas. O Título LVXI das Ordenações Filipinas, sobre as "sentenças definitivas, dispunha: *"(...) e assi dê a sentença diffinitiva, segundo o que achar allegado e provado de huma parte e da outra, ainda que lhe a consciencia dicte outra cousa, e ele saiba a verdade ser em contrario do que no feito fôr provado (...)*".

instrumento para o exercício da jurisdição ("método de trabalho"). Não há como chegar a conclusão diversa.

No sentido de atividade jurisdicional, a natureza pública do processo decorre da própria formatação do Estado Moderno, caracterizado, dentre outros, pela institucionalização do poder mediante relações de dominação política impessoais, pelo monopólio da coerção e das fontes do direito e, principalmente, pela adoção do "princípio da unidade", segundo o qual há "unidade de valores resultante do pertencimento a uma esfera pública colocada como distinta da sociedade, unidade do direito estatal, colocando-se como um todo coerente, uma 'ordem' estruturada, unidade do aparelho encarregado de desempenhar o poder do Estado".[452]

Esse princípio de unidade é, sem nenhuma dúvida, o aspecto fundamental do Estado Moderno, o qual domesticou não só as fontes de produção do Direito, para utilizar novamente a feliz expressão de Elival Ramos, mas também domesticou a função jurisdicional,[453] exercida com unidade por uma mesma esfera de poder.[454] O Estado Moderno assumiu para si o papel de legislar e, como consequência, assumiu para si também o papel de aplicar o Direito por ele criado, extinguindo as legislações paraestatais e a

---

[452] CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-Moderne*. p. 12.

[453] Esse fenômeno é similar ao que se observou no Império Romano. Ao assumir a atividade legislativa e substituir o sistema formular por um sistema de leis, o Império viu-se obrigado a assumir também a atividade jurisdicional, publicizando-a mediante o exercício delegado burocrático por agentes públicos. A substancial diferença entre eles é que o poder do Estado Moderno é impessoal, ao passo que o poder imperial era personificado no Imperador. Além disso, a criação do Estado Moderno foi acompanhada da criação do princípio do Estado de Direito: todo poder deve ser exercido com racionalidade e, portanto, submetido a mecanismos de controle contra abusos e arbitrariedades.

[454] Não se olvida que alguns sistemas jurídicos possuem duas ou mais "jurisdições". É a conhecida realidade da França, a qual possui não duas, como normalmente se imagina, mas *três* jurisdições distintas e independentes: a administrativa, a judicial e a constitucional (para uma sinopse do debate na França acerca da natureza jurisdicional do *Conseil Constitutionnel*, v. CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie Générale du Procès*. p. 422-423). Ainda assim, embora o poder jurisdicional na França realmente seja fragmentado em centros de poder autônomos e independentes (não existe um Tribunal Supremo que harmonize e relacione as jurisdições), essa fragmentação se dá dentro do próprio Estado: as jurisdições francesas são atividades e poderes *estatais*. A divisão assemelha-se, portanto, não à fragmentação jurisdicional da Idade Média feudal, mas à divisão dos poderes estatais entre Legislativo, Judiciário e Executivo. O núcleo duro do publicismo é que o Estado tenha o monopólio da atividade jurisdicional, mesmo que fragmentada internamente.

fragmentação jurisdicional. Daí falar-se no Brasil que a jurisdição é una porque é um poder, uma atividade e uma função do Estado, que é, também ele, centro de poder *uno*.[455] Ainda que organizada em diversos órgãos jurisdicionais com competências específicas, a jurisdição mantém sempre intacta a sua unidade.[456]

No sentido de instrumento de atuação jurisdicional, de "método de trabalho", o processo é igualmente público enquanto ferramenta para a disciplina do exercício do poder estatal. O processo e, mais amplamente, o Direito Processual estabelecem regras, poderes, deveres, ônus, garantias e faculdades que ao mesmo tempo limitam e legitimam a prestação jurisdicional: é o que se chama de *devido processo legal*. Por mais "correta" que seja a decisão proferida sob o ponto de vista material, será inadmissível em um Estado de Direito sempre que decorrer de abusos e ilegalidades.[457] Daí a secular distinção entre *errores in procedendo* e *errores in iudicando*.

---

[455] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. p. 326-328. Igualmente, Idem. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 144-146; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelllegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 141; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. (2007). p. 74. Sobre a unidade jurisdicional no Reino Unido, v. BELL, John. *Le débat au Royaume-Uni*. p. 73 e ss.; nos Estados Unidos, v. BERMANN, George A. *Le débat aux États-Unis*. p. 57 e ss.; na Espanha, v. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional I*. p. 114; na Alemanha, v. BENEDUZI, Renato. *Introdução ao Processo Civil Alemão*. p. 50.

[456] Até por isso, é muito problemática a atribuição de natureza jurisdicional à arbitragem, gerando falhas na teoria da jurisdição e do Estado. Com razão Marinoni, portanto, quando afirma que "a outorga do julgamento de um conflito a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam que se aceite a atividade de um órgão privado – como o tribunal arbitral – como jurisdicional" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 147). A 'necessidade' de considerar a arbitragem uma atividade jurisdicional revela traços hiperpublicísticos, de modo que a decisão arbitral só tem aptidão para legitimidade se o poder do árbitro tiver a mesma natureza do poder exercido pelo juiz estatal; como se a autonomia privada e a livre manifestação de vontade de sujeitos de direitos capazes de receber uma decisão vinculante de pessoa por eles escolhida não fosse suficiente para dar-lhe eficácia. E se a equiparação da arbitragem à jurisdição estatal ajudou a explicá-la e, de certa forma, a legitimá-la perante o Judiciário, dando-lhe efetividade em um primeiro momento, prejudica o seu desenvolvimento, abrindo espaço a uma indevida 'publicização' de atividade que é *privada*. Exemplo disso são as recentes propostas de que árbitros sujeitem-se a precedentes judiciais – distorção lógica das relações entre arbitragem e Estado e também da própria noção de precedentes como vinculação do Estado a manifestações prévias do próprio Estado. Por fim, citando mais uma vez Marinoni, "faltaram a essa discussão as lembranças da essência da jurisdição e do princípio da 'unidade da jurisdição'" (*Ibidem*. p. 148.).

[457] Precisa a observação de CAVALLONE, Bruno. *In difesa della veriphobia*... p. 12: "*Ma il fato è che la valenza simbólica dell'amministrazione della giustizia, la correttezza del procedimento e la qualità della*

Por isso, como bem resume Dinamarco, "O Estado-juiz (...) exerce imperativamente o poder, tendo por contraposição o estado de sujeição dos litigantes (sujeição é a impossibilidade de impedir o exercício do poder por outrem). Falando de poder e de sujeição ao seu exercício, estamos falando de direito público".[458] E o Mestre complementa: "precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder".[459]

35. Os acertos e benefícios do publicismo

A publicização do processo e a unidade jurisdicional são conceitos e valores indissociavelmente conectados, e é justamente essa uma das grandes virtudes do publicismo. Ao menos em tese, a unidade jurisdicional serve para eliminar a fragmentação do Direito e de sua aplicação, proporcionando segurança jurídica às pessoas. Por isso, se o publicismo processual não pode ser considerado uma evolução científica, é certamente uma evolução social, política e institucional. Não por acaso, o *Code de Procédure Civile* de Napoleão, com o seu procedimento simplificado e uniforme (v. Capítulo Segundo, n. 22), tendo o grande mérito de extinguir as jurisdições feudais, foi tão avidamente recepcionado em quase toda a Europa; e continuou influenciando as legislações subsequentes muito tempo depois de encerrada a dominação francesa, tendo na Itália, com o seu *codice* de 1865, o exemplo mais evidente.[460]

---

decisione non possono essere viste come valori indipendenti, o addirittura confliggenti, oggetto di scelte ideologiche opposte da parte degli amici e dei nemici della verità, perché sono condizioni parimenti indispensabili della 'buona giustizia'".

[458] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v, I. p. 49

[459] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 93.

[460] É curioso, portanto, o insistente ataque "publicista" ao chamado processo "liberal" instituído pelo Código francês de 1806. Em todos os sentidos, o processo francês pós-revolucionário foi o precursor do publicismo processual na Europa ocidental. As propostas de oralidade, concentração e imediatidade, tão caras aos 'publicistas' clássicos do início do século XX, são meros ajustes superficiais em um processo cujos alicerces remetem justamente ao processo "liberal" tão criticado. Aliás, merece destaque a crítica feita por CHIZZINI, Augusto. *Un 'codice di regole' per um processo liberale?'* p. 67-84, a qual, embora discutivelmente exalte o *ordo iudiciarius* medieval, tem o mérito de projetar as luzes no "mito do código liberal".

Some-se a isso que o correto e moderno dimensionamento das relações de poder entre Estado e indivíduo impede o exercício abusivo do poder jurisdicional. Se antigamente a adequada prestação jurisdicional era apenas instrumento de popularidade do soberano, sujeita, portanto, a desmandos e imprevisibilidade, atualmente é um imperativo do Estado de Direito, o qual não convive com a insegurança ou com o arbítrio. Desde que corretamente compreendido, o processo público erigido pelo Estado Moderno consiste em um poderoso instrumento para a tutela do "patrimônio jurídico",[461] ao mesmo tempo em que garante imunidade ao indivíduo contra a intromissão do Estado-jurisdição em sua vida senão mediante um *devido processo legal*.[462]

Cumpre lembrar ainda que o publicismo impulsionou o desenvolvimento científico do Direito Processual, promoveu a conscientização de que a atividade jurisdicional deve ser efetiva e produzir resultados juridicamente corretos e adequados, e também proporcionou um ambiente mais saudável para a participação das partes no processo ao estabelecer deveres de veracidade (subjetiva), probidade e lealdade.

36. Publicismo não significa autoritarismo

Como se percebe, a natureza pública do processo é a antítese do autoritarismo. Pensar em um processo público significa pensar em regras, deveres, garantias e faculdades individuais para a correta disciplina do exercício *efetivo* do poder jurisdicional.[463]

---

[461] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. p. 107.

[462] Embora a cláusula geral do devido processo legal seja muito mais antiga do que o Estado Moderno, positivada já no art. 39 da Carta Magna na redação que lhe foi dada em 1354 ("*No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law*"), está indissociavelmente associada aos ideais de segurança e liberdade inerentes ao Estado de Direito – os quais acompanharam toda a evolução da civilização desde os tempos mais remotos.

[463] É o que defende, com singular precisão, ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, v. I. p. 189: "Feita a distinção, todavia, e à semelhança do que sucede em outros países, o vínculo entre o órgão judiciário e as partes, estruturando o processo civil, revela-se eminentemente público. O órgão judiciário se reveste das prerrogativas e da autoridade do Estado. Por essa razão, as normas processuais civis são, em geral, imperativas. As partes sujeitam-se ao poder do juiz, emanado do Estado, e semelhante poder há de ser rigidamente controlado a fim de impedir e controlar o arbítrio, os abusos, a prepotência intrínseca ao exercício do poder estatal".

No entanto, foi justamente inverso o caminho percorrido pela doutrina majoritária e pela legislação nos séculos XIX e XX. O processo civil deixou de ser concebido como um instrumento de realização dos direitos dos jurisdicionados e de efetivação do direito positivo e passou a ser concebido como um instrumento do próprio Estado para realizar as *suas* políticas públicas.[464] Partiu-se dos corretos pressupostos de que o processo é um fenômeno que importa a toda a sociedade[465] e que serve à realização do direito objetivo, mas com a perniciosa consequência de sufocar a posição das partes, que são as verdadeiras interessadas na tutela jurisdicional. O processo, de "coisa das partes", transformou-se em "coisa do Estado".

A proliferação de regimes autoritários e a curta memória quanto às mazelas causadas pela magistratura francesa do *ancien régime*, além da incorporação de valores da doutrina socialista do século XIX, permitiram que a natureza pública do processo fosse utilizada como pretexto para erigir um Direito Processual autoritário que estivesse em consonância com valores políticos igualmente autoritários da época – fossem eles de direita ou de esquerda. Uma superficial análise dos ideais processuais nazistas, fascistas, socialistas e de ditaduras militares demonstra que *todos eles*, sem exceção, estavam fundados na crença de que o juiz deveria assumir o protagonismo do processo e praticar todos os atos necessários para que a sentença ao final seja 'justa' e fundada na 'verdade material'.

Com o passar do tempo, esses valores autoritários, transmitidos como dogmas de geração em geração, acabaram internalizados na consciência doutrinária como valores 'publicistas'. Destarte, *público* seria o processo em que o juiz, apesar da sua completa carência de legitimidade democrática,[466] é o protagonista: uma entidade sobre-humana capaz

---

[464] *Cf.* CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. p. 108-109.

[465] V. o resumo sobre as diversas concepções de função social do processo nos últimos duzentos anos feito por CARRATTA, Antonio. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. p. 88 e ss.

[466] Ao contrário do que acontece nos demais poderes, os juízes brasileiros não são eleitos democraticamente para desenvolver a atividade judicante. Eles são escolhidos por suas aptidões *técnicas* e pelo conhecimento que demonstram ter do Direito vigente mediante concurso público. O exercício do poder jurisdicional por tais agentes não tem a legitimação democrática de um senador, deputado, vereador, governador, prefeito ou presidente. A legitimação da atividade jurisdicional decorre do estrito cumprimento do Direito (regras, princípios e postulados) e da demonstração da *juridicidade* dessa atuação (que não é o mesmo que *legalidade*). Daí o motivo pelo qual o dever de motivação é o instrumento fundamental de legitimação da atividade

de suprir as falhas das partes e de seus advogados, corrigir as desigualdades eventualmente existentes entre os litigantes, descobrir a verdade *apesar* do que foi alegado no processo, produzir as provas que as partes omitiram-se em produzir e proferir decisões *justas*, tanto do ponto de vista fático quanto jurídico, pouco importando o que foi estabelecido *democraticamente* pelo legislador.[467]

Essa associação entre publicismo e autoritarismo é, porém, uma deturpação conceitual. Processo público e processo autoritário não têm nenhuma relação lógica; e a natureza pública do processo no Estado Moderno serve não para aumentar os poderes judiciais, e sim para discipliná-los e conferir legitimidade ao exercício de um poder que, reitera-se, *não tem legitimidade democrática*.

37. Publicismo, privatismo, autoritarismo e liberdade

A milenar tradição que associava direito material e direito processual, representada pela teoria imanentista da ação, ainda hoje obscurece a verdadeira função do Direito Processual e confunde a atividade jurisdicional com o instrumento pelo qual ela atua. O Direito Processual continua sendo compreendido como instrumento de realização de direitos, quando, na verdade, o seu objetivo é disciplinar o exercício do poder jurisdicional para que esses direitos sejam realizados. A função de realizar direitos (subjetivos e objetivo) é da *jurisdição*, e não do processo.

Embora se defenda unanimemente a natureza pública do processo, nem sempre se estabelece um diálogo efetivo com os demais ramos do Direito Público. Não há dúvidas dentre a doutrina administrativista, p.ex., que o Direito Administrativo tem como objetivo *disciplinar* a função administrativa do Estado e a organização e o funcionamento dos seus órgãos.[468] Sabe-se que "o controle da administração está (...) no coração das relações entre o 'poder' e os seus 'sujeitos'", tratando-se de "uma necessidade velha como

---

jurisdicional, como procurei demonstrar em RAMINA DE LUCCA. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. p. 124-126.

[467] Similar é o que conclui CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. p. 136: "Ora, com todas as vênias, trata-se da herança de uma visão heroica do juiz como um oráculo divino que revelaria a verdade e expressaria a 'vontade da lei'".

[468] *Cf.* JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo* (2016). p. 27. V. também BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 37.

o mundo".[469] Embora não se perca de vista que essa regulação da Administração Pública não pode inviabilizar a consecução das suas finalidades, parte-se sempre do pressuposto de que o Direito Administrativo é instrumento de *disciplina* para que a atuação administrativa seja feita de forma legítima e racional. E se ao Direito Administrativo compete disciplinar a atuação da Administração para que atinja as suas finalidades, ao Direito Processual Civil compete disciplinar a atuação do poder jurisdicional para que preste adequadamente a jurisdição.[470]

No entanto, o que se percebe é uma reiterada preocupação com o *resultado* da atividade jurisdicional, pouco importando o caminho percorrido para se chegar a ele. Fala-se a todo instante de *efetividade*, de aumento de poderes dos juízes, de busca da verdade, de '*justiça*', de comportamento ativista e casuístico para a promoção da 'isonomia',[471] sem que se estabeleçam as fundações necessárias para que esses objetivos sejam alcançados com racionalidade.

É evidente que não se está aqui minimizando a importância da efetividade processual ou negando que a prestação jurisdicional deva produzir resultados adequados. Ninguém em sã consciência faria isso. O que se está dizendo é que a lógica está invertida. A doutrina 'publicista' preocupa-se com efetividade sem que sejam respeitadas as garantias para que essa efetividade seja obtida de forma *legítima*, mediante um devido processo legal.

38. O publicismo deve servir aos jurisdicionados, e não ao Estado

O 'publicismo' muitas vezes erige como finalidades jurisdicionais a satisfação de interesses do próprio Estado, em detrimento do interesse e da liberdade dos jurisdicionados. Confunde-se interesse público (primário) com interesses estatais secundários.

---

[469] DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. p. 34.

[470] São as irretorquíveis lições, já citadas, mas que merecem ser novamente reproduzidas, de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 93: "(...) precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder".

[471] O que implica, sempre, violação da isonomia.

Nessa confusão, são sempre muito representativas as já citadas lições de Carnelutti de que "as partes são meros *colaboradores* para que o processo atinja o seu fim: formação ou atuação dos comandos jurídicos".[472]

Ora, mas de que serve a formação ou atuação dos comandos jurídicos senão para tutelar os destinatários desses comandos jurídicos? O Direito transforma-se em um fim em si mesmo, desconsiderando-se a sua função de disciplinar a vida em sociedade em proveito dos membros dessa sociedade.

Também é muito representativa dessa confusão entre interesse público primário e interesse secundário do Estado a excessiva importância que se dá ao chamado 'escopo social de pacificação' que teria a jurisdição. Parte-se do pressuposto que a função primária da jurisdição seria pacificar a sociedade, e não realizar os direitos garantidos aos membros dessa sociedade. Ou seja, transfere-se o foco do estudo para o Estado, que é quem presta a jurisdição, e não para o indivíduo, que é quem recebe a prestação jurisdicional.[473] Dinamarco sempre ressalta, é claro, que essa pacificação deve ser feita com "justiça" (atendendo-se então ao *escopo jurídico* da jurisdição),[474] além de incluir no escopo político da jurisdição "o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce",[475] mas o pensamento completo do Mestre nem sempre é lembrado e observado.

De qualquer forma, não parece que a pacificação seja *o escopo* da jurisdição, mas *consequência natural* da consecução de suas verdadeiras finalidades:[476] realizar os direitos juridicamente assegurados (individuais, transindividuais, sociais, coletivos etc.) e proteger o direito objetivo. Por mais que se resolvam conflitos pontuais, a jurisdição *jamais* pacificará a sociedade sem uma jurisprudência sólida, congruente e estável, sem um Direito harmônico, claro e previsível, e sem um processo civil seguro, democrático, célere e efetivo.

---

[472] CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*. p. 3.

[473] Para utilizar a espirituosa provocação de Cipriani, o processo 'publicista' é como um hospital projetado para o bem-estar dos médicos, e não dos seus pacientes. CIPRIANI, Franco. *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*. p. 35.

[474] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 193 e ss.

[475] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 204.

[476] Destarte, tem razão MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* p. 108: "a pacificação social é uma mera consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos que se sobreponha sobre os seus subordinados, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional".

Resolver-se-ão conflitos pontuais, é verdade, mas a cada conflito "dirimido" (com a permanente insatisfação e sentimento de injustiça do sucumbente) surgirão centenas de novos conflitos pela absoluta incerteza e imprevisibilidade do que é certo e institucionalmente 'justo'.

Essa inversão lógica da finalidade da atividade jurisdicional permite que, como foi exposto (Capítulo Primeiro, n. 7), o princípio dispositivo, a principal manifestação da liberdade das partes no processo, seja compreendido como instrumento do Estado para a pacificação social.

Também abre espaço, p.ex., para a tendência atual de promover *coercitivamente* a conciliação. Com efeito, a ênfase na pacificação social faz supor, muitas vezes, que as partes têm um *dever* de autocomposição, ignorando-se que o único dever existente é o do Estado de exercer a sua função jurisdicional com qualidade, bem julgando a demanda que lhe foi apresentada. Sintoma disso são as questionáveis campanhas feitas pelo Poder Judiciário em prol da conciliação (criando até *slogans*: "conciliar é legal"), como se a existência do processo fosse resultado do egoísmo do jurisdicionado que não conciliou. Cria-se então um absurdo dever moral ao jurisdicionado de renunciar, parcial ou totalmente, aos seus direitos, pela absoluta inaptidão do Estado-jurisdição de prestar decentemente a jurisdição que lhe prometeu. Nesse sentido, há não muito tempo, certo magistrado fez constar em voto-vista que estava desapontado com as partes e seus advogados porque não chegaram a um acordo, dando a entender que, em sua opinião, pela complexidade do caso, a solução do litígio era uma responsabilidade das próprias partes.

Essa situação chegou ao cúmulo com o art. 334 do NCPC, talvez o pior dispositivo do Código, o qual *exige* que as partes submetam-se a uma impositiva audiência de conciliação para que só então ele possa ter acesso à prestação jurisdicional – o que gera morosidade e desperdício de recursos públicos e privados. O não comparecimento da parte à audiência é considerado "ato atentatório à dignidade da justiça" e acarreta a aplicação de multa (art. 334, §8º).[477] Apenas se *ambas as partes* manifestarem desinteresse na conciliação

[477] O NCPC atendeu, portanto, os anseios de Baumbach, quando ele propôs audiência de conciliação obrigatória em seu "novo processo" de jurisdição voluntária – v. abaixo, n. 39.1.

(art. 334, §4º, I) – com o constrangimento imposto ao autor de desde logo afirmar que "não quer conciliar" (art. 334, §5º) – é que ela pode ser dispensada.

Há um descompasso, portanto, entre o Direito Processual e as conquistas do Direito Público. Com efeito, é assente na doutrina publicista que "Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica ou axiológica", pois "o interesse público existe *antes do Estado*".[478] Mais do que isso, o interesse público não pode ser compreendido como antagônico aos interesses privados, pois o respeito destes faz parte do interesse público,[479] enquanto "interesses juridicamente protegidos".[480]

Nesse sentido, com o equilíbrio e a sabedoria que lhe eram peculiares, Couture já alertava que o processo (ou, mais precisamente, a jurisdição) possui uma finalidade pública e uma privada, mas que "A primeira de todas as concepções sobre a natureza do processo deve ser, pois, uma concepção eminentemente privada: o direito serve ao indivíduo, e tende a satisfazer as suas aspirações".[481] Dirigindo-se à noção de processo como instrumento de atuação jurisdicional, complementa: "Configurado como uma garantia individual, o processo (civil ou penal) ampara o indivíduo e o defende do abuso da autoridade do juiz, da prepotência dos credores e da sanha dos perseguidores".[482] Apenas depois de "Colocada em primeiro plano a premissa de que o direito satisfaz antes de nada uma necessidade individual", é que o Mestre uruguaio dirige-se à "projeção social que essa tutela leva consigo", pois "O Estado não tem no processo um interesse superior à soma dos interesses individuais".[483]

---

[478] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo* (2006). p. 38.

[479] ÁVILA, Humberto. *Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular"*. p. 214.

[480] HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público.* p. 377. Note-se que o autor contrapõe os interesses juridicamente protegidos aos interesses meramente privados, que seriam "os interesses puros e simples e os interesses ilícitos" (*Ibidem*). Neste trabalho a expressão "interesses privados" remete exatamente aos interesses juridicamente protegidos de que fala Hachem. Trata-se, portanto, de uma mera divergência terminológica.

[481] COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 119.

[482] COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 119.

[483] COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 119-120.

Ou seja, é preciso romper com a dicotomia público-privado no processo, como se as finalidades públicas da jurisdição fossem antagônicas (ou pior, superiores) aos interesses privados das partes.[484] Como lembra Franco Cipriani, o Estado-juiz "presta um serviço aos cidadãos", constituindo, a "justiça civil" "*in primis et ante omnia* um serviço público".[485]

Destarte, pensar em processo público significa pensar em um processo construído *pelo Estado para o jurisdicionado*. Sobrepor as "conveniências egoísticas"[486] do Estado aos legítimos interesses do indivíduo equivale a desrespeitar a própria essência da atividade jurisdicional.

39. A superação dos mitos do publicismo-autoritário

O movimento pendular em direção a um processo que valorize a liberdade das partes passa pela superação de ao menos três mitos que serviram e servem de base à doutrina publicística-autoritária.

39.1. O mito de que sistemas autoritários reduzem os poderes do juiz: a abolição do processo civil pelo autoritarismo

Parte da legitimidade e da aceitação do processo autoritário decorre de um mito bastante difundido e repetido de que regimes autoritários não produzem sistemas processuais autoritários; ou que jamais houve uma ditadura de juízes. Ao contrário, em regimes ditatoriais, os poderes dos juízes seriam na realidade reduzidos, pois o Poder Executivo é que seria o verdadeiro protagonista do Estado. Costuma-se dizer que entre bons juízes e bons legisladores, são preferíveis aqueles. Por isso, atribuir poderes aos juízes seria uma atitude democrática, consciente e civilizatória.

---

[484] Tampouco se pode esquecer (Capítulo Segundo, n. 17) que a *summa divisio* público-privado no processo civil possui contornos especialmente incertos. Se os demais ramos do Direito Público são normalmente caracterizados pela atuação oficiosa dos agentes estatais para a consecução das finalidades do Estado, a atividade jurisdicional depende, sempre, de provocação e de pedido de tutela.

[485] CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello Stato democratico*. p. 20.

[486] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo* (2006). p. 40.

Não é isso o que nos ensina a história. Quanto à alegação de que nunca houve ditadura de juízes, basta lembrar das *Frondes* francesas entre a coroa e a magistratura, e do fato de que a Revolução Francesa foi, em grande parte, uma "Revolução contra os Juízes".[487]

Quanto à alegação de que o aumento dos poderes dos juízes é incompatível com regimes autoritários, trata-se de sofisma facilmente desmentido; e que *precisa ser desmentido*. Como foi visto no Capítulo Segundo, praticamente *todos* os regimes autoritários do século XX editaram novos códigos para adaptar o processo aos seus valores e, sobretudo, majorar os poderes dos juízes para "descobrir a verdade" e "fazer justiça": foi assim no Brasil de Getúlio Vargas, na Itália fascista, em Portugal do Estado Novo; na Alemanha socialista, na União Soviética, na Polônia pós-guerra etc.[488]

Embora a Alemanha nazista não tenha chegado a editar uma nova ZPO, houve uma importante reforma processual em 1933 que aumentou os poderes judiciais e, no final da década, a doutrina já defendia a redução da liberdade processual das partes e a transferência de todo o controle do processo aos juízes.[489]

Em 1938, Calamandrei publicou um importante artigo para analisar a doutrina germânica que, no auge do Estado Nacional-socialista, propunha a extinção do processo civil e a sua completa substituição por processos de jurisdição voluntária.[490]

---

[487] Explica ROUSSEAU, Dominique. *Juger, une profession et un acte citoyen*. p. 18: "*Autant qu'une révolution contre le roi, 1789 est en effet une révolution contre les juges de l'Ancien Régime qui avaient bloqué toutes les réformes, fiscales notamment, envisagées par le pouvoir exécutif. La première grande loi des révolutionnaires, celle des 16-24 août 1790, interdit aux juges 'd'empêcher ou suspendre l'exécution des lois sous peine de forfaiture'. De cette histoire particulière à la France est né un modèle constitutionnel qui surévalue la place du politique et sous-évalue celle du judiciaire: sous la légitimité donnée par le suffrage universel, le Parlement fait la loi, l'exécutif et son administration en assurent la mise en œuvre, et la justice tranche les conflits nés de son application*".

[488] Sobre isso, afirma MONTELEONE, Girolamo. *Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de un 'revisionista'*. p. 114: "*(...) los modelos procesales llamados autoritarios y sociales se han siempre enraizado de preferencia en los regímenes políticos dictatoriales o antiliberales, aquellos en los que el individuo titular de derechos no es un sujeto a preservar y ayudar, sino un obstáculo a derribar, y a poner a merced de quien ejercite un poder cualquiera*".

[489] V. AROCA, Juan Montero. *Sobre el mito autoritario de la 'buena fe procesal'*. p. 316-321.

[490] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 386. V. também CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. p. 729, com referência a vários outros autores que atacaram o princípio dispositivo entre 1936 e 1939.

Calamandrei debruçou-se especificamente sobre um trabalho de Adolf Baumbach, publicado naquele mesmo ano em uma das mais importantes revistas jurídicas alemãs da época, a *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*. Baumbach era um renomadíssimo jurista alemão, autor de diversas obras sobre Direito Comercial e Direito Processual Civil, foi magistrado em Berlim e Presidente (*Senatspräsident*) do *Kammergericht* (Tribunal de 2ª instância de Berlim). Não se tratava, portanto, de trabalho irrelevante ou proposta aventureira de um radical qualquer.[491]

Como relata Calamandrei, Baumbach defendeu que o fim da distinção entre público e privado promovida pelo Partido Nazista teria removido a "base para a própria existência de qualquer Direito Processual".[492] Diante do aumento das hipóteses de jurisdição voluntária na Alemanha, e da zona de incerteza que havia entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, dever-se-ia dar um "passo mais corajoso" e transformar todo o processo civil em jurisdição voluntária.[493] Hipótese não muito distinta da defendida por Menger (v. Capítulo Segundo, n. 25).

Baumbach, assim como Menger, Francisco Campos e tantos outros, criticou a natureza adversarial do processo.[494] Para ele, seguindo ainda o relato de Calamandrei, todo o mal estaria radicado na bilateralidade do processo e na tentativa de cada parte fazer valer as suas razões – fossem tais razões justas ou injustas. No Estado *Nacional-socialista*, o juiz não pode ser considerado um sujeito imparcial que arbitra um duelo entre os litigantes, mas, assim como a polícia, tem que ser visto como um "amigo" dos jurisdicionados. Daí a importância de se ampliar, como vinha sendo feito, o procedimento obrigatório de conciliação como pressuposto ao início do processo contencioso.[495]

---

[491] Basta ver, p.ex., que Baumbach é um dos nove autores que Adolf Schönke colocou, em 1946, na sua lista de "abreviaturas" (*Derecho Procesal Civil*. p. 11). Baumbach também é a principal referência de Robert Wyness Millar para, em 1927, descrever as reformas processuais alemãs de 1924 (v. MILLAR, Robert Wyness. *Germany and Austria – Chapter III. The Reforms of 1924*, *A History of Continental Civil Procedure*. p. 627).

[492] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 386.

[493] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 386-387.

[494] Também identificando semelhanças entre as ideias de Baumbach e Menger, AROCA, Juan Montero. *Sobre el mito autoritario de la 'buena fe procesal'*. p. 317.

[495] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 387.

Partindo dessas premissas evidentemente patológicas, mas que em muito lembram as ideias socialistas que inspiraram a "moderna ciência processual" no século XIX, Baumbach propôs a substituição do processo contencioso pelo voluntário para que o processo fosse mais simples, conferisse mais liberdade ao juiz e estivesse fundado sobre os princípios da oficiosidade e veracidade, em semelhança aos processos administrativos.[496]

Em relação ao princípio dispositivo, a posição de Baumbach mais uma vez aproxima-se das lições socialistas do século XIX. O princípio dispositivo seria, de acordo com o relato de Calamandrei, "perigoso para a parte mais fraca ou menos esperta" e atentaria contra "a dignidade dos tribunais e do Estado". Baumbach invoca, então, o sempre recorrente "dever de colaboração": todos os jurisdicionados teriam o dever de "ajudar o juiz com todas as forças a encontrar o direito". No processo ideal de Baumbach ninguém poderia alegar ou confessar fatos falsos; o silêncio não valeria nunca como confissão; sentenças fundadas na revelia não deveriam fazer coisa julgada e o juiz jamais ficaria vinculado ao reconhecimento de pretensões injustas.[497]

Para concluir, Baumbach propôs a extinção do direito de ação, o qual seria substituído por um mero pedido de decisão judicial. O juiz, evidentemente, não estaria vinculado à pretensão deduzida pela parte nesse pedido, competindo-lhe resolver toda a relação controversa como lhe parecesse mais oportuno.[498]

Após analisar o trabalho do magistrado alemão, Calamandrei chega a uma conclusão irretocável: as ideias de Baumbach demonstram qual poderia ser o "ponto de chegada" da caminhada da publicização do Processo Civil; ou, em outros termos, demonstram como a publicização "pode significar (...) nada mais do que a abolição do Processo Civil".[499]

---

[496] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 387.

[497] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 388.

[498] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 388.

[499] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 389.

39.2. O mito da atribuição de poderes ao juiz para a busca da verdade material

O segundo – e com certeza o mais importante – mito publicístico-autoritário é que o processo deve alcançar a verdade material (*objetiva*, para os sistemas socialistas) e, para tanto, o juiz deve ser investido de todos os poderes necessários para a consecução desse objetivo.[500] Em outras palavras, majoram-se os poderes judiciais para que a verdade seja descoberta por um Estado onisciente e onipresente. Considerando que juízes com excesso de poderes não teriam nenhuma relação com o autoritarismo (mito 1), tratar-se-ia de medida perfeitamente legítima e democrática em busca da justiça. Não raro, o mito da busca da verdade é acompanhado do ataque aos advogados, os quais são considerados empecilhos à descoberta da verdade pelo juiz. Foi o que defendeu Baumbach, foi o que sustentou Taruffo recentemente,[501] e, não coincidentemente, foi dessa premissa da qual partiu o sistema soviético ao extinguir a advocacia na primeira metade do século XX (v. Capítulo Segundo, n. 31).

É evidente que o estabelecimento dos fatos relevantes é tema de primeira grandeza no Direito Processual; afinal, é sobre tais fatos que as partes *pedem* (demandante) ou *impedem* (demandado) algo ao Estado, e é a partir deles que se fará o juízo de subsunção necessário para concluir se dos fatos decorre a tutela pretendida no processo.[502]

É igualmente evidente que o estabelecimento dos fatos processualmente relevantes deve, na medida do possível, corresponder ao que realmente ocorreu no mundo real. Durante toda a história do processo, o procedimento foi construído para permitir a *definição* da verdade, ainda que de forma mística e irracional. Felizmente encontra-se superada a fase arcaica da teoria das provas, atualmente regida pelo chamado 'princípio' do convencimento judicial racional e motivado.

---

[500] V., especialmente, a descrição do processo alemão socialista por KELLNER, Horst. *Introduzione*. p. XXXVII-XLIX. Merece destaque: "*Il principio dell'accertamento della verità oggettiva è, pertanto, espressione dell'interesse della classe proletaria che, nella lotta per il socialismo ed il comunismo deve consentire il superamento di ogni barriera esistente fra le classi, sotto la guida del partito dei lavoratori. Nel processo borghese, una particolare barriera è costituita dal principio del contraddittorio*" (p. XXXIX).

[501] Criticando contundentemente o ataque de Taruffo aos advogados, CAVALLONE, Bruno. *In difesa della veriphobia*... p. 6-9.

[502] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 44; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. p. 131; ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. p. 4-5.

É evidente, ainda, que a natureza pública do processo impõe que o Estado-juiz esteja comprometido com o resultado da atividade jurisdicional, a qual deve ser prestada com segurança, efetividade e *qualidade*.

O grande problema, portanto, não é tirar o juiz de uma posição de inércia desinteressada, como se a boa prestação jurisdicional não lhe dissesse respeito, nem valorizar os mecanismos para a apuração dos fatos alegados pelas partes. O problema é supor que a verdade "*descoberta*" pelo juiz é mais 'verdadeira', ou ao menos mais legítima, do que a verdade construída democrática e paritariamente no processo pela atuação das partes. O viés autoritarista faz supor que a parcialidade das partes e de seus advogados contamina os seus comportamentos processuais, sendo imprescindível a angelical intervenção do juiz estatal para definir o justo, o bom e o *verdadeiro*. E paradoxalmente, apesar dessa parcialidade indesejável das partes e de seus advogados, é preciso que o Estado-juiz a todo instante supra as suas omissões para que se chegue à justiça.

É representativo que *todos* os sistemas processuais autoritários – nazista, socialista, fascista, dos regimes militares – tenham atribuído mais poderes aos juízes para a busca da verdade material, muito embora apenas o socialista tenha adotado um modelo no qual até mesmo as alegações fáticas das partes tornaram-se processualmente irrelevantes.[503] Também não se pode ignorar que, ao fim e ao cabo, a defesa de que é o juiz quem deve buscar a verdade *material*, independentemente do que foi alegado pelas partes e dos consensos por elas estabelecidos, invariavelmente evolui para teorias que significam o fim do processo civil, seja pela substituição do processo contencioso por procedimentos de jurisdição voluntária (Baumbach), seja pela *extinção* do Poder Judiciário e a integração de todos os processos (civil, trabalhista, penal etc.) em um único procedimento instruído oficiosamente (Menger).

Do ponto de vista técnico, a tese de que o juiz deve "descobrir" a verdade desconsidera os avanços teóricos, filosóficos e científicos na área. Sabe-se hoje que a verdade não está no objeto (o chamado "paradigma do ser"),[504] pronta para ser descoberta,

---

[503] Sobre essa característica do sistema socialista, v. CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 2. p. 244-246.

[504] V. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Verdade e finalidade da prova*. p. 164-166; ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. p. 2.

mas é construída processualmente pelos mecanismos democráticos de participação que permitem *convencer* o juiz de que uma alegação fática é verdadeira ou falsa. Não se *descobre* a verdade, portanto.[505] O sujeito apenas pode ser *convencido* de que algo é verdadeiro, tendo a prova função *persuasiva*, e não demonstrativa.[506] [507] Daí o regime de valoração de provas ser o do *convencimento* racional e motivado,[508] também chamado de *persuasão racional*.[509]

Do ponto de vista prático, todo o sistema processual moderno (envolvendo direitos disponíveis) é construído sobre a *disponibilidade fática* e a *indisponibilidade jurídica*: *narra mihi factum, dabo tibi ius*. Foi-se o tempo em que o juiz romano poderia deixar de julgar o caso por não estar convencido acerca da verdade dos fatos (*non liquet*). De uma forma ou de outra, estabelece-se uma verdade, que é a verdade *construída no processo*. E se o juiz não estiver convencido sobre a "verdade", cumpre-lhe julgar segundo a distribuição dos ônus da prova.

Nessa dinâmica, a noção de *controvérsia* (questão) ou *incontrovérsia* (ponto) fática assume posição central.[510] Não se provam *fatos*, provam-se *alegações fáticas*

---

[505] Sempre preciso, ensinava MOTULSKY, Henri. *Direito Privado*. p. 174: "A verdade que a prova é capaz de fornecer é contingente, humana. Ela reside no espírito do juiz e não na realidade. Ela é, pois, subjetiva".

[506] Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. p. 34-39; CAVALLONE, Bruno. *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*. p. 109-110; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2. p. 180. MICHELI, Gian Antonio. *Derecho procesal Civil*, v. II. p. 88; MOTULSKY, Henri. *Direito Privado*. p. 173-174; RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil*. p. 288.

[507] Sem desconsiderar a acertada conclusão de PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Verdade e finalidade da prova*. p. 185-186: "Ainda que o discurso jurídico seja dialético, conducente ao provável, e o processo seja o palco da argumentação, é incorreto considerar a prova como mero instrumento de persuasão. (...) O processo, portanto, deve se pautar pela verdade, valendo-se da prova para tanto. Mas deve se contentar com uma verdade probabilística. (...) Pouco importa que a verdade não seja atingível e que o processo possua limitações na busca da verdade. O que importa é que se estabeleça, de maneira clara e previsível, quais os *standards* probatórios para determinadas decisões, isto é, os critérios de distanciamento entre verdade e prova suficiente, que legitimarão as decisões judiciais. O importante, é dizer, é estabelecer critérios decisionais".

[508] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 105-107.

[509] *Cf.* GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2. p. 197-199.

[510] *Cf.* CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. p. 54; MICHELI, Gian Antonio. *Derecho procesal Civil*, v. II. p. 89. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. p. 29; MOTULSKY, Henri. *Direito Privado*. p. 171-172.

controversas.[511] São as partes que alegam os fatos e, se houver consenso, salvo em causas versando sobre direitos indisponíveis, essa é a verdade processual estabelecida. Não se produzem provas sobre alegações fáticas incontroversas, pois, para o processo, elas são verdadeiras. A prova é justamente o instrumento para convencer o juiz de que uma das partes tem razão em caso de divergência.

Destarte, o autor tem o ônus de deduzir os fatos constitutivos em que se ampara o seu pedido (art. 319, III do NCPC); o réu tem o ônus de impugnar especificamente as alegações fáticas do autor (art. 341 do NCPC); o réu só pode inovar faticamente no processo nas hipóteses previstas em lei (art. 342 do NCPC); se o réu não criar a controvérsia fática, o fato presume-se verdadeiro e independe de prova (art. 374 do NCPC); se o fato for incontroverso, é dever do Estado-juiz indeferir a dilação probatória (art. 139, III do NCPC); inexistindo controvérsia fática, o Estado-juiz tem o *dever* de julgar antecipadamente o mérito (art. 355, I do NCPC) ou proferir decisão de mérito parcial (art. 356, II do NCPC); e até mesmo configura litigância de má-fé a dedução de pretensão ou defesa contra *fato incontroverso* (art. 80, I do NCPC).

Ou seja, o mito da busca da verdade material é incompatível com a dinâmica processual vigente e amplamente disseminada. Afirma-se que o juiz deve descobrir a verdade (desconsiderando inclusive a confissão quando, em sua *opinião*, ela contrastar com o conjunto probatório), mas admite-se claramente a formação de uma *verdade processual* pelas partes. Essa incongruência cria um sistema esquizofrênico, no qual a verdade ora é definida pelas partes, ora é definida unilateralmente pelo Estado-juiz, gerando insegurança e, aí sim, *injustiça*, dando-se tratamento distinto a casos idênticos.

39.3. O mito das decisões 'justas': a função do processo e do devido processo legal

O publicismo-autoritário foi fortemente influenciado pelos ideais socialistas de justiça material e pela concepção de que o processo seria instrumento de promoção social e redução das desigualdades. Assim, seria fundamental que os sistemas processuais

---

[511] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 58: "Objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmo".

previssem mecanismos para compensar as dificuldades das pessoas "socialmente mais fracas".[512] Essa concepção de processo notabilizou-se na obra de Anton Menger e de outros adeptos do chamado "socialismo jurídico", que pregavam o dever dos juízes de educar e instruir os jurisdicionados, e foi positivada no Código austríaco de 1895 (§432)[513] por Franz Klein, discípulo de Menger.

Essa noção de que o processo deveria proporcionar justiça foi transmitida ao longo das gerações e tornou-se muito comum afirmar, contemporaneamente, que o processo seria instrumento de realização da justiça. Reputa-se justo o processo que produz decisões justas, ignorando-se a divisão entre 'justiça' e legitimidade, bem como a possibilidade de que existam decisões substancialmente corretas ('justas')[514] proferidas em processos ilegítimos, e decisões substancialmente incorretas ('injustas') proferidas em processos legítimos e racionais. Em outras palavras, afronta-se a autonomia do processo em relação ao direito material e abole-se a função que o Direito Processual desempenha de legitimar o exercício do poder jurisdicional.

O mito de que o processo justo é o processo que produz decisões justas é perigosíssimo, pois valida comportamentos autoritários e despóticos em nome de ideias não só equivocadas, mas vazias de conteúdo. Quanto a isso, relembre-se a positivação expressa de "os fins justificam os meios" no art. 308 do Código de Processo Civil soviético: "A violação e a falsa aplicação de normas processuais são motivo de invalidação da sentença *somente se* houver implicado ou houvessem podido implicar uma injusta resolução da controvérsia".

---

[512] CARRATTA, Antonio. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. p. 89.

[513] Essa foi a redação traduzida ao italiano: *"§432. Il giudice darà, all'ocorrenza, alle parti ignare del diritto e non rappresentate da avvocati l'istradamento (Anleitung) necessario per compiere i loro atti di procedura e le istruirà sulle conseguenze derivanti dai loro atti e dalle loro omissioni (...)"*. Ordinanza della Procedura Civile di Francesco Giuseppe (1895). p. 212. V. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. p. 55-56.

[514] Adota-se o mesmo conceito de decisão justa de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*. p. 32: "O resultado será justo se, na medida do possível, coincidir com aquilo que ocorreria no plano do direito material, mediante a atuação espontânea da norma reguladora da situação controvertida, submetida ao Poder Judiciário tão-somente porque impossível a solução consensual".

Com efeito, de acordo com a doutrina clássica do século XX, incluindo mestres como Radbruch e Roubier, o Direito existe para atingir três finalidades: (a) promover segurança jurídica, garantindo estabilidade e previsibilidade às situações jurídicas; (b) proporcionar justiça (considerada por muitos como sinônimo de isonomia); e (c) viabilizar o progresso social.[515]

Essas são lições atemporais que até hoje permanecem inteiramente válidas. Além da evidente segurança jurídica e isonomia proporcionadas pelas normas jurídicas, o Direito é imprescindível ao progresso social e à evolução civilizatória da sociedade. Basta pensar na positivação dos direitos trabalhistas ou, para usar exemplo mais recente, no tratamento mais adequado às relações familiares pelo Código Civil de 2002 e por leis que o antecederam. Também poderiam ser citadas as hipóteses autorizadoras do aborto e o reconhecimento dos direitos homoafetivos aqui no Brasil, ainda que este último tenha sido essencialmente obra da jurisprudência.

Mas se o progresso social e a isonomia material são finalidades intrínsecas ao Direito, não o são ao processo. Ao menos não diretamente.

Já foi citado que o processo é um "método de trabalho"[516] para que o Estado desenvolva, com racionalidade e previsibilidade, a sua função jurisdicional. O objetivo primário desse método de trabalho é estabelecer normas que legitimem a intervenção do Estado na esfera jurídico-patrimonial do indivíduo.

O processo serve, portanto, para dar *ordem à desordem*,[517] para permitir que todos os sujeitos processuais saibam como comportar-se ao longo do procedimento, saibam o que esperar uns dos outros e, dessa forma, tomar todas as medidas que estiverem aos seus alcances para que, de forma lícita e legítima, possam defender adequadamente os seus interesses.

---

[515] RADBRUCH, Gustav. *La securité en droit d'après la théorie anglaise*. p. 87; ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*. p. 318 e ss.

[516] CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. p. 625; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 23-25; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. p. 36.

[517] No Brasil, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo-excessivo*. p. 367. Na Itália, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 663.

O resultado do processo não o torna justo ou injusto. O que importa ao processo é que o seu resultado decorra de um procedimento legal lógico, previsível, conduzido por um sujeito imparcial e dotado de garantias mínimas de participação aos interessados que *possibilite* uma decisão 'justa' (substancialmente correta) e efetiva: esse é o significado de *devido processo legal*.

A função do processo, então, não é "fazer justiça", como equivocadamente se defende com frequência; a função do processo é *permitir* que o Estado-jurisdição "faça justiça" – realizando direitos juridicamente garantidos e atuando o direito objetivo – com *efetividade*, *legitimidade* e *racionalidade*. Se o resultado ao final é justo ou injusto, esse é um problema que, em um primeiro momento, não tem *nenhuma* relação com o *devido processo legal*,[518] e sim com o descumprimento da missão jurisdicional assumida pelo Estado. A 'injustiça' da decisão importará ao *devido processo legal* apenas quando ela for causada por falhas sistêmicas do próprio processo, incapaz de proporcionar o ambiente propício ao exercício da função jurisdicional.[519]

Nada disso é novidade. Desde o Direito Comum já se diferenciavam os *errores in procedendo* dos *errores in iudicando*. A decisão pode ser irreparável no mérito, mas inválida porque proferida em processo no qual foram desrespeitadas as normas

---

[518] Não justifica, portanto, a importação do malfadado *devido processo legal substancial*, um ornitorrinco criado de forma controversa pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas para justificar o *judicial review*, aproveitando a única expressão constitucional suficientemente abstrata para tanto (v. JACKSON, Jeffrey D. *Putting rationality back into the rational basis test: saving substantive due process and redeeming the promise of the Ninth Amendment*. p. 494-495; HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty.* p. 282; DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*. p. 23-34; DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. p. 339-340). Embora útil no Estados Unidos, trata-se de conceito que não tem *nenhuma utilidade ou relevância em outros países*, sobretudo no Brasil (*cf.* ÁVILA, Humberto B. *O que é 'devido processo legal'?* p. 353-362). Serve apenas para desvirtuar o significado real do devido processo legal, o qual é uma garantia *formal* do Estado de Direito (v. PAULSEN, Michael Stokes. *Does the constitution prescribe rules for its own interpretation?* p. 897: "*Not only is it a made-up, atextual invention latched on to a clause that does not properly bear that meaning, it is a made-up, atextual invention latched on to a clause that affirmatively* contradicts *such a meaning. 'Substantive due process'* violates *the Due Process Clause*").

[519] É o que acontecia, p.ex., com a impossibilidade de se proferir decisões parciais de mérito no Brasil até muito recentemente. O processo falhava em sua missão de proporcionar as condições necessárias para uma prestação jurisdicional efetiva.

processuais; e vice-versa. O processo pode ter se desenvolvido de forma impecável, mas a decisão conter falhas de conteúdo.

Em debate com Taruffo, Bruno Cavallone corretamente concluiu que de nada adianta 'descobrir a verdade' "segundo rigorosos parâmetros epistemológicos", se o juiz desrespeitar as formas procedimentais: a decisão "será inevitavelmente injusta".[520] O que fez Cavallone, portanto, foi restabelecer a ordem correta no estudo do Direito Processual: primeiro disciplina-se o exercício do poder, garantindo que ele se dê de forma legítima, e então procura-se estabelecer um sistema efetivo que proporcione ambiente propício a que sejam proferidas decisões 'justas' (i.e., juridicamente corretas).

40. Os problemas do "princípio da cooperação" e a sua inaptidão para substituir o princípio dispositivo

Na tentativa de resolver o problema do publicismo-autoritário e da excessiva assimetria processual, a doutrina *resgatou*, dos escombros da obscura história socialista do processo,[521] posteriormente apropriado também pelas ditaduras militares de direita, o chamado "princípio da cooperação" (ou princípio da colaboração).

Apresentado com ares de novidade e progresso, tido como uma das contribuições da doutrina moderna ao desenvolvimento da ciência processual, o princípio cooperativo seria um resgate parcial do *ordo iudiciarius*, proporcionando um processo simétrico no seu desenvolvimento e assimétrico no ato decisório.

A intenção certamente é das melhores. De um modo geral, a melhor doutrina utiliza o princípio da cooperação para defender que juiz e partes devem ocupar o mesmo nível hierárquico ao longo do desenvolvimento processual. Com isso, *todos* os sujeitos do processo, incluindo o juiz, atuariam com lealdade, diligência e boa-fé para promover um processo efetivo e célere. Além disso, o Estado-juiz assumiria ao menos os deveres de

---

[520] CAVALLONE, Bruno. *In difesa della veriphobia*... p. 12: "La decisione distillata nella solitudine e nel segreto del suo 'laboratorio' da un giudice che ha disapplicato le forme del procedimento (rispettate invece scrupulosamente da Bridoye, convinto che forma mutata mutatur substantia) potrà anche essere 'veritiera' secondo rigorosi parametri epistemologici, ma sarà inevitabilmente ingiusta".

[521] Sobre o "princípio da colaboração *das partes*" na Alemanha socialista, v. KELLNER, Horst. *Introduzione*. p. XLIX-LI.

esclarecimento, prevenção e consulta[522] e, mais controversamente, auxílio.[523] Dois exemplos de aplicação do princípio cooperativo seriam a obrigatória instauração do contraditório antes da tomada da decisão (arts. 9 e 10 do NCPC) e o estabelecimento conjunto de um calendário processual (art. 191 do NCPC).

Esse resgate do princípio cooperativo, que se observa em todo lugar, não apenas no Brasil e Portugal, foi inclusive positivado no art. 6º do NCPC: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

A proposta doutrinária tem, repete-se, as melhores intenções. No entanto, o "princípio cooperativo" – não as *boas* ideias que parte da doutrina tenta imputar-lhe – possui seis problemas insuperáveis.

O primeiro problema é que, como mencionado, o princípio cooperativo não tem nada de novo e não é, em nenhuma hipótese, construção doutrinária moderna. Relembrando o que foi exposto até aqui, Baumbach já defendia, em 1938, o dever de colaboração, pelo qual os jurisdicionados teriam o dever de "ajudar o juiz com todas as forças a encontrar o direito", ao mesmo tempo em que propunha a extinção do processo civil contencioso.[524] O dever de colaboração *das partes* foi positivado nos Códigos portugueses de 39 e 61 (art. 265)[525] e, apenas no que se apurou para este trabalho, consistiu em princípio

---

[522] No Brasil, p.ex., DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 124-131; WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 83; MARINONI, Sérgio Cruz; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. p. 503; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual*. p. 223-228; AUILO, Rafael Stefanini. *O Modelo Cooperativo de Processo Civil no Novo CPC*. p. 71-87.

Em Portugal, v. SOUSA, Miguel Teixeira. *Omissão do dever de cooperação: que consequências?* p. 1-5; RODRIGUES, Fernando Pereira. *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*. p. 101 e ss., esp. 103-107. Conservando a natureza autoritária do dever de colaboração, e impondo-o apenas às partes, XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês; CASTRO, Gonçalo Andrade e. *Elementos de Direito Processual Civil: teoria geral, princípios, pressupostos*. p. 144.

[523] Rejeitando o dever de auxílio no Direito brasileiro, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 131-132.

[524] Cf. CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 388.

[525] MENDONÇA, Luís Correia de. *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português.* p. 415.

fundamental dos sistemas processuais soviético,[526] alemão socialista[527] e polonês socialista.[528] Em todos eles, a liberdade das partes foi radicalmente cerceada.

Ou seja, o "princípio da colaboração" resgata o princípio que inspirou a assimetria do processo, o aumento desmedido dos poderes judiciais e a atrofia das partes. O princípio cooperativo é o princípio socialista por excelência e, ao longo da história, foi utilizado como instrumento de submissão das partes ao Poder Judiciário, impondo-lhes – às partes e apenas às partes – cooperar com a correta administração da justiça. Está radicado na ideia de que o processo serve a fins sociais que estão acima dos interesses privados. Por esse motivo, a cooperação não é *entre* os sujeitos processuais, mas *das* partes *com* o Estado para a descoberta da "verdade objetiva".

Aí está o segundo problema. Se o objetivo era "*criar*" um princípio que traduzisse o ideal do processo simétrico e democrático, o resultado é exatamente oposto. O princípio cooperativo foi criado e desenvolvido historicamente para impor deveres *apenas* às partes. A invocação de tal princípio por Baumbach no auge do Estado nazista para propor a extinção do processo contencioso fala por si só.

O terceiro problema é que cooperar significa, etimologicamente, trabalhar em conjunto com determinado objetivo. Os objetivos das partes, porém, são opostos no processo. As partes não são sujeitos colaboradores, mas sujeitos antagonistas. Devem, não há nenhuma dúvida, atuar no processo com *absoluta lealdade*, mas daí a supor que assumiram o dever de fraternalmente colaborar para descobrir a verdade e alcançar a justiça é uma inegável utopia. Muito mais grave, o dever de colaboração subentende um autoritaríssimo *dever de participação* no processo em prol da descoberta da verdade e da justiça da decisão (retomando-se, então, dois dos mitos do publicismo-autoritário).

O quarto problema é que o Estado-juiz tem uma missão constitucional a ser exercida, que é prestar adequadamente a jurisdição. O juiz, ao corporificar o Estado, não tem um "dever de colaboração" com as partes, como se fosse, para utilizar a expressão de Menger, "um amigo" do jurisdicionado. Se ele tem o dever de informar, consultar, prevenir,

---

[526] GURVIC, Mark. A. *Profili generali del processo civile sovietico*. p. LIV.

[527] *Cf.* KELLNER, Horst. *Introduzione*. p. XXXVII; CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 2. p. 255-256.

[528] BRONIEWICZ, Witold. *I poteri del giudice in rapporto ai poteri delle parti nel processo civile polacco*. p. 374-375.

é porque ele tem o *dever institucional* de bem julgar, coibindo-se qualquer comportamento autoritário e inesperado. A conscientização de tais deveres judiciais é formidável, mas deve ser feita a partir dos fundamentos corretos, sob pena de pessoalizar a jurisdição e transformar deveres funcionais em deveres de fraternidade – ou mesmo cívicos e morais – do juiz-pessoa.

O quinto problema é que o princípio da cooperação pode até trazer o juiz ao plano do jurisdicionado e lhe impor deveres de diálogo, mas em nenhum momento o processo "cooperativo" rompe com o autoritarismo ao reconhecer esferas de liberdade às partes para que possam autorregrar-se e tomar as decisões que considerarem adequadas à autorrealização pessoal. Em outras palavras, o princípio da cooperação não engloba nem substitui o princípio dispositivo.

Por fim, o sexto problema, e talvez o mais grave deles, decorre de tudo o que já foi dito. O princípio cooperativo, por não ter nenhuma ligação semântica com diálogo ou simetria, permite as mais diversas deturpações doutrinárias e judiciais.[529] Toda e qualquer arbitrariedade passa a ter guarida em um princípio de raízes autoritárias e com significado potencialmente ilimitado. Prova disso é que já se fala em um *dever probatório* das partes decorrente do dever de colaboração, subvertendo completamente o sistema de ônus do nosso sistema processual, o qual inevitavelmente evoluirá para novos deveres casuísticos que as partes descobrirão ter apenas depois de sancionadas por seu descumprimento. E o processo, que supostamente deveria tornar-se "simétrico" em seu desenvolvimento, fica cada vez mais autoritário e cerceador da liberdade.

Diante de tudo isso, é preciso rejeitar o acolhimento entusiasmado do princípio da colaboração pelo Direito brasileiro, sem prejuízo de conservar os *deveres judiciais* que a doutrina vem dele extraindo para a promoção de um processo mais democrático e participativo.

41. A saturação do autoritarismo e o resgate do princípio dispositivo

Apesar de dogmas ainda presentes na ciência processual que merecem maior reflexão, o inchaço de poderes e atribuições judiciais próprio da filosofia autoritária que

---

[529] O STJ já invocou o "princípio da colaboração" para decidir sobre a incidência de honorários em medida cautelar, o que demonstra a perigosa maleabilidade do instituto (STJ, AgRg no REsp 1043796/SP, julgado em 21/05/2009).

reinou no século XX parece ter chegado ao seu ponto de saturação. Ao que tudo indica, o pêndulo entre 'público' e 'privado' (ou autoridade e liberdade) que caracterizou todo o desenvolvimento histórico do processo está em movimento descendente; não rumo a um processo privatista, frise-se, mas a um processo *público cioso da liberdade individual*.[530]

A realidade brasileira é muito representativa desse fenômeno. Durante décadas a arbitragem foi severamente reprimida pelo legislador. O CPC/39 não só estabeleceu um *procedimento arbitral* (art. 1.036 e ss.), contrariando a flexibilidade que é tão cara à arbitragem, mas transformou a sentença arbitral em um mero *laudo* sujeito à aprovação judicial: era inconcebível que um particular pudesse proferir uma decisão vinculante sem o 'selo de validade estatal'. Dentre as hipóteses de "nulidade" do laudo arbitral estava a "infringência de direito expresso" (art. 1.045, IV), hipótese na qual o Judiciário deveria rejulgar a causa ("o Tribunal aplicará o direito à espécie" – art. 1.046, parágrafo único, *b*); e dentre as disposições sem nenhuma razoabilidade estava a nulidade por falta de depósito do laudo no cartório para homologação no prazo de cinco dias da sua assinatura (art. 1.045, VII). O procedimento estabelecido em lei era tão falho que se cogitava de ineficácia por "empate no julgamento" (art. 1.039, III).

O tratamento dado à arbitragem pelo CPC/73 não foi melhor. O *procedimento arbitral* previsto em lei foi ainda mais detalhado (art. 1.085 e ss.), com prazos definidos para alegações, modo de apresentação de documentos, disposições sobre produção de provas e audiências etc. Houve o declarado desrespeito à regra da competência-competência (art. 1.091) e a supressão de todos os poderes coercitivos dos árbitros (arts. 1.086 e 1.087).

É óbvio que o desenvolvimento da arbitragem era impossível nessas condições. Foi apenas em 1996, depois de muitas idas e vindas, que enfim a arbitragem conseguiu um ambiente legislativo propício para a edição da Lei 9.307/96 e a revogação de toda a terrível disciplina do CPC/73. Ainda assim, foram necessários muitos anos de progressiva conscientização dos magistrados para que a arbitragem se tornasse um instrumento efetivo, paulatinamente livre da danosa interferência do Poder Judiciário.

Além disso, mais recentemente, depois de dois Códigos elaborados no auge de regimes autoritários (um no Estado Novo, outro na Ditatura Militar), foi enfim

---

[530] Ou, como afirma CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. p. 108, "no que se refere ao publicismo, o avanço significa regressar no sentido de valorizar a participação processual das partes".

promulgado um Código de Processo Civil produzido democraticamente. Embora o NCPC não esteja livre de alguns dogmas e valores autoritários (a audiência de conciliação prévia e obrigatória, p.ex.), traz incontáveis novidades que seriam impensáveis há não muito tempo. As convenções processuais atípicas do art. 190 são o exemplo mais evidente, mas há muitas outras normas que demonstram uma maior preocupação com a participação das partes no processo e a limitação do exercício arbitrário do poder jurisdicional. Nesse sentido, são absolutamente fundamentais, dentre outros, os arts. 9º e 10, que estabelecem o contraditório prévio e obrigatório antes de proferida qualquer decisão, o art. 489, §1º, que dá nova dignidade ao dever de motivação, um dos mais importantes instrumentos do Estado de Direito contra abusos judiciais, o art. 357, §2º, que permite a delimitação convencional dos fatos controversos sobre os quais recairá a atividade probatória, e o art. 357, §3º, o qual impõe a participação das partes no saneamento do processo. O NCPC ainda reduz os procedimentos de jurisdição voluntária e consolida o movimento de desestatização de certas questões (autorizando, p.ex., a formalização da usucapião extrajudicial – art. 1.071).

Na Espanha, a Ley de Enjuiciamento Civil de 2000, segundo a sua própria Exposição de Motivos, "segue inspirando-se no princípio de justiça rogada ou princípio dispositivo". Desse modo, não apenas deve ser respeitada a "iniciativa processual e a configuração do objeto do processo" pelo particular, mas também deve-se ter em mente que "os ônus processuais atribuídos a esses sujeitos e sua lógica diligência para obter a tutela judicial que pedem, podem e devem configurar razoavelmente o trabalho do órgão jurisdicional, em benefício de todos".[531]

Ainda de acordo com a Exposição de Motivos, "não se considera razoável que ao órgão jurisdicional incumba investigar e comprovar a veracidade dos fatos alegados", "tampouco impõe-se ao tribunal o dever e a responsabilidade de decidir qual tutela, dentre todas as possíveis, pode ser a que corresponde ao caso". A LEC parte do pressuposto de que

---

[531] No original: "*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos*".

"é a quem crê necessitar de tutela a quem se atribuem os ônus de pedi-la, determina-la com suficiente precisão, alegar e provar os fatos e aduzir os fundamentos jurídicos correspondentes às pretensões daquela tutela". Justamente para que se desincumbam adequadamente de seus ônus que se exige a representação das partes por advogado.[532]

Seguindo nessa linha ideológica, diametralmente oposta à dos Códigos autoritários do século XX, a LEC contém uma enunciação expressa do princípio dispositivo em seu art. 216: "Os tribunais civis decidirão os assuntos em virtude das contribuições [*aportaciones*] de fatos, provas e pretensões das partes, exceto quando a lei disponha outra coisa em casos especiais".[533]

Também nesse sentido, a LEC contém, lembre-se, uma admirável disposição que demonstra que a solução para os problemas processuais nem sempre está em um de dois extremos. De acordo com o art. 429, 1, §3, "Quando o tribunal considerar que as provas propostas pelas partes poderão resultar insuficientes para o esclarecimento dos fatos controvertidos, informará às partes, indicando o fato ou os fatos que, a seu juízo, poderiam ver-se afetados pela insuficiência probatória. Ao efetuar essa manifestação, o tribunal, aderindo aos elementos probatórios cuja existência resulte dos autos, poderá assinalar também a prova ou provas cuja produção considere conveniente".[534] Um autêntico desdobramento do tão defendido diálogo entre juiz e partes.

---

[532] No original: "*De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado*".

[533] No original: "*Artículo 216. Principio de justicia rogada. Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales*".

[534] No original: "*Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. (...) Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el*

Na Itália, embora ainda vigente o c.p.c. fascista de 1940 (que, apesar disso, é muito menos autoritário do que os seus congêneres), faz muito tempo que desapareceu o monopólio ideológico do 'publicismo' processual difundido por Chiovenda. Independentemente de qualquer juízo de valor sobre as críticas formuladas, é representativa a corrente "garantista" que questiona as raízes autoritárias do 'publicismo' processual e que denuncia os perigos do aumento desenfreado dos poderes judiciais.[535] Além disso, também na Itália observa-se um resgate parcial do princípio dispositivo com a admissão das convenções processuais.[536]

42. O princípio dispositivo como princípio de liberdade

Ao tratar das convenções processuais atípicas que foram consagradas pelo NCPC, Fredie Didier Jr. chega a uma conclusão irreparável: "É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p.ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil".[537]

---

tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente".

[535] Já citados, CHIZZINI, Augusto. *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazioni del diritto processuale civile*. esp. p. 170 e ss.; Idem. *In dubio pro libertate. Note sul pensiero giuridico di Edoardo Garbagnati*. passim; Idem. *Oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*. esp. p. 56-66; Idem. *Franz Klein, la codificazione sociale e la procedura civile in Italia*. esp. p. 134-139; CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello Stato democratico*. *passim*; Idem. *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*. *passim*; Idem. *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*. *passim*; MONTELEONE, Girolamo. *Principios e ideologías del proceso civil: impresiones de un 'revisionista'*. *passim*; TARELLO, Giovanni. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*. esp. p. 118 e ss.

[536] Por todos, CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. p. 99-119.

[537] DIDIER JR., Fredie. *Princípio do autorregramento da vontade no processo civil*. p. 21

Com efeito, processo e liberdade convivem, mas a relação entre eles vai além. Como vem sendo repetido insistentemente, o processo é *instrumento da liberdade*.[538] O processo existe *especificamente* para garantir a liberdade do jurisdicionado contra o exercício arbitrário do poder jurisdicional: essa é a grande virtude e a grande magia do devido processo legal.

O Estado não precisa do processo para fazer "justiça". Não fosse a exigência de liberdade e de contenção do arbítrio, bastaria ao Estado assumir o monopólio jurisdicional e exercê-lo sem nenhuma formalidade pré-estabelecida; cada juiz poderia seguir o procedimento que considerasse mais adequado ao caso concreto, facultando a participação das partes à medida que a considerasse necessária à descoberta da verdade. Era o que queria Menger; era o que queria Baumbach. Talvez houvesse 'justiça' em alguns casos; talvez não houvesse em outros. Mas é certo que em todos eles as partes não teriam liberdade; e em todos eles o resultado do processo seria absolutamente ilegítimo.

Depois de analisar as ideias propostas por Baumbach para o processo nazista ideal, Calamandrei concluiu que os institutos processuais "perdem todo o significado" quando o processo deixa de ser concebido "em função dos interesses individuais das partes que pedem tutela, mas unicamente como instrumento da vontade do Estado e do interesse público na atuação dessa vontade". A transformação de direitos em meros interesses que serão satisfeitos *se* e *quando* coincidentes com o interesse público torna inútil a ciência processual "pacientemente elaborada nos séculos para garantir aos privados a certeza de seus direitos e a defesa de suas liberdades".[539]

Nada justifica, portanto, essa ojeriza generalizada ao princípio dispositivo, como se o publicismo processual fosse incompatível com a liberdade: nega-se a liberdade em um instrumento que existe *para* a liberdade e *pela* liberdade.

Evidentemente, nenhum direito e nenhuma faculdade são exercidos irrestritamente. O princípio dispositivo encontra muitos limites e deve ser compatibilizado com a natureza pública do processo, com os interesses de terceiros e com o bom funcionamento da atividade jurisdicional – que é, em última análise, um serviço público

---

[538] De acordo com DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 205, "*Poder* (autoridade) e *liberdade* são dois polos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter".

[539] CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?* p. 389.

prestado a todos os jurisdicionados. O legislador habilmente previu muitos desses limites: o autor não pode desistir da demanda sem a anuência do réu depois de oferecida contestação, a desistência do recurso não prejudica o recurso do litisconsorte; a confissão não afeta litisconsorte unitário; o processo não pode ser suspenso por mais de seis meses; o consenso fático não torna verdadeiro fato primário em causa versando direito indisponível etc. Todos limites absolutamente razoáveis e legítimos que buscam harmonizar interesses potencialmente conflitantes, mas que em nenhuma hipótese negam o princípio dispositivo.

Como foi exposto no Capítulo Primeiro, é o princípio dispositivo que conecta todos os variados atos de disposição das partes no Direito Processual, substancialmente majorados agora pela autorização de que sejam celebradas convenções processuais atípicas. Mesmo que se aceite o princípio da cooperação, ele não exerce essa função; ele não fundamenta a renúncia ao recurso, a desistência do recurso, a revelia, a inércia na produção de provas etc.

Por isso, a conclusão parcial a que se chega neste trabalho é que o rompimento definitivo com o autoritarismo processual que reinou no século XX implica o reconhecimento e a valorização do princípio dispositivo como princípio de liberdade das partes no processo.

CAPÍTULO QUARTO – A DISPONIBILIDADE DA AÇÃO E DA DEMANDA

Sumário: 43. Princípio dispositivo, inércia jurisdicional e ação. 44. Princípio dispositivo e demanda judicial; 45. Princípio dispositivo e o mérito do processo. 46. Demanda e defesa. 47. Demanda inicial, reconvenção e demais demandas. 47.1. As ações dúplices. 48. Disponibilidade do pedido. 48.1. Disponibilidade do pedido, certeza e determinação. 48.2. A cumulação "própria" de pedidos: simples e sucessiva. 48.3. A cumulação "imprópria" de pedidos: eventual e alternativa. 48.4. Os pedidos condicionais e eventuais. 48.5. A interpretação do pedido. 48.6. A inexistência de pedidos implícitos. 48.7. A inclusão de matérias no objeto do processo por determinação legal. 48.8. A alteração do pedido por manifestação de vontade das partes. 49. A disponibilidade sobre a composição dos polos processuais. 49.1. A composição dos polos processuais. 49.2. A exigência da legitimidade *ad causam*. 49.3. Litisconsórcio facultativo. 49.4. Litisconsórcio facultativo: alternativo, eventual e sucessivo. 49.5. Litisconsórcio necessário. 49.6. A excepcionalidade do litisconsórcio necessário. 49.7. Inexistência de litisconsórcio ativo necessário. 50. A disponibilidade da causa de pedir. 50.1. Causa de pedir, fatos e Direito. 50.2. Cumulação de causas. 50.3. A inexistência de causas de pedir implícitas. 51. A indisponibilidade da ação e da demanda pelo Estado: a regra da correlação. 51.1. A correlação e os elementos da demanda. 51.2. Decisões *extra petita*, *citra petita* e *ultra petita*. 52. A correlação entre pedido, decisão e coisa julgada.

43. Princípio dispositivo, inércia jurisdicional e ação

A jurisdição é inerte e só age quando provocada, nos limites em que provocada. Ninguém é obrigado a buscar o Estado para que tutele um direito ou um interesse. Só o faz se assim for da sua vontade. Essa fundamental regra do processo civil está positivada no art. 2º do NCPC ("*O processo começa por iniciativa da parte*") e no art. 141 do mesmo Código ("*O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes*, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte"). A inércia jurisdicional era um dogma absoluto do Direito Romano, pois apenas o que fazia parte da *litiscontestatio* poderia ser analisado pelo *judex*, e foi consagrada no Direito Comum (*nemo*

judex sine actore; *judex judicet secundum allegata partium*; *ne eat judex ultra petita partium* etc.).

Ao menos na teoria, a inércia jurisdicional na *instauração do processo* é amplamente respeitada nos mais diversos ordenamentos jurídicos, sejam eles liberais ou autoritários. Até mesmo Códigos de Processo redigidos com a declarada intenção de restringir o princípio dispositivo preservaram a inércia jurisdicional. Era o caso, p.ex., do CPC brasileiro de 1939, cujo art. 4º dispunha que "O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte"; e era o caso do CPC soviético de 1964, cujo art. 6º estabelecia que o juiz só era "investido da cognição da causa" depois de proposta a demanda pelo interessado.[540]

A inércia jurisdicional é, sem nenhuma dúvida, a mais importante consequência do princípio dispositivo e, como já foi exposto, radica em três fundamentos essenciais (Capítulo Primeiro, n. 7, acima): (i) protege a autonomia privada e o direito à autodeterminação do indivíduo; (ii) preserva a imparcialidade do juiz, evitando a sua vinculação a determinado resultado do processo; e (iii) proporciona segurança jurídica às partes, que sabem exatamente quais são as possíveis consequências do processo.

Inerte a jurisdição, concede-se ao jurisdicionado a possibilidade de provocá-la e colocá-la em funcionamento. É o que se convencionou chamar de *ação*.

A ação é o instituto processual fundamental. Todo o processo romano foi estruturado sobre as *actiones* e sobre a confusão entre *actio* e direito material. Mais recentemente, a polêmica sobre o conceito da *actio romana* foi um dos eventos decisivos para o surgimento da *ciência processual autônoma* e, nas décadas seguintes, o desenvolvimento do conceito de ação foi a mola propulsora ao desenvolvimento do Direito

---

[540] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 6. Exceção parece ter sido o processo civil polonês instituído a partir da década de 50. De acordo com o que relata Witold Broniewicz, a inércia jurisdicional "*non è applicabile quando l'attore è un ente dell'economia socializzata nonché nelle cause relative alle prestazioni alimentari od al risarcimento del danno cagionato da un fatto illecito. In tali cause il giudice pronuncia sulle pretese che derivano dai fatti allegati dall'attore anche quando la pretesa non era compresa nella domanda o vi era presentata in un'estensione inferiore a quanto giustifichino i risultati del procedimento"* (BRONIEWICZ, Witold. *I poteri del giudice in rapporto ai poteri delle parti nel processo civile polacco*. p. 368).

Processual. Praticamente todo processualista refletiu e escreveu sobre a ação, dando-lhe contornos e características próprias. A ação já foi considerada o direito potestativo para a atuação da vontade da lei (teoria concretista),[541] o simples poder (ou 'direito') de romper a inércia jurisdicional e formular uma pretensão (teoria abstrata),[542] o direito a uma sentença de mérito (teoria eclética),[543] o direito a uma tutela jurisdicional efetiva,[544] o conjunto dos atos postulatórios das partes ao longo do processo,[545] um direito complessivo de todos os poderes processuais das partes[546] etc.

Neste trabalho opta-se pela concepção mais simples, singela e abstrata que se pode ter da ação: um poder abstrato (ou "prerrogativa legal")[547] que todas as pessoas têm de romper a inércia jurisdicional, formular uma pretensão ao Estado e instaurar um processo judicial.[548] O direito da parte a uma sentença de mérito, o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, e quaisquer outros direitos, faculdades e garantias que os jurisdicionados possam ter em decorrência do devido processo legal não fazem parte da ação; são outros institutos jurídicos com suas próprias características e finalidades.[549]

---

[541] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. p. 45.

[542] ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. p. 153 e ss.

[543] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I. p. 200-201.

[544] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 221.

[545] HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 57-58. Apesar de adotar um conceito abstrativista, também considera incluídos na ação "todas as faculdades que correspondem às partes no procedimento" ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. p. 165.

[546] CARRATTA, Antonio. *Poteri del Giudice*. p. 1.

[547] A interessante expressão é utilizada por GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 107 e ss.

[548] COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 57: "*La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente*". V. também GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 107: "o acesso aos tribunais é uma liberdade pública à qual ninguém pode ser privado".

[549] Não por acaso, Liebman teve que criar duas ações para justificar a sua teoria eclética: a ação *constitucional*, consistente justamente no poder de romper a inércia jurisdicional, e a ação *processual*, consistente no direito a uma sentença mérito. No entanto, essa ação processual não tem nenhuma relação com a inércia jurisdicional, e sim com o preenchimento de condições que nada são senão instrumentos para o julgamento de improcedência de demandas manifestamente infundadas.

De todo modo, independentemente do conceito de ação adotado, o que importa aqui é saber que a inércia jurisdicional só pode ser rompida por uma manifestação de vontade nesse sentido. Essa manifestação de vontade é exercida pela *demanda*, o *ato jurídico* que tira o Estado-jurisdição de sua inércia e instaura o processo.[550]

44. Princípio dispositivo e demanda judicial

A demanda judicial é o ato jurídico voluntário pelo qual a parte exercita o seu poder de ação e deduz ao Estado-jurisdição uma pretensão jurídica a ser satisfeita.[551] A formulação de uma *pretensão* é a razão de ser da demanda judicial, o seu elemento central e nuclear.[552] Sem pretensão, a demanda é um ato jurídico inexistente, um *nada* sob o ponto de vista do Direito: "sem pretensão, não há demanda judicial".[553]

---

[550] *Cf.* YARSHELL, Flávio. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 276: "Na verdade, tais elementos não identificam a ação, quando pensada de forma genérica e abstrata: como garantia constitucional incondicionada (que assegura o ingresso em juízo), a ação ainda não guarda nexo com pessoas determinadas, fundamentos e objeto. Isso só ocorre quando, concretamente, alguém exercita o direito de ação e, dessa forma, propõe uma *demanda*, que é o ato inaugural de todo processo e meio pelo qual se invoca a tutela jurisdicional". Na França, v. GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 260: "*L'action, entendue comme prérogative légale permettant à chacun d'agir en justice, qui appartient virtuellement à chacun, se traduit d'une manière concrète par un acte particulier, la demande en justice*".

[551] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 260: "*La demande en justice est l'acte juridique par lequel un personne soumet au juge une prétention"*. É exatamente isso o que dispõe o art. 53 do CPC francês: "*La demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance".* V. também MOTULSKY, Henri. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*. p. 44. Idênticas, entre nós, são as lições de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 102: "O ato de vir ao juiz pedindo tutela jurisdicional, chamado *demanda*, tem por conteúdo uma *pretensão* de quem o realiza". Na Espanha, PENADÉS, Rafael Bellido; RAMOS, Manuel Ortells. *La demanda. La contestación y otras alegaciones*, in Derecho Procesal Civil. p. 239: "*La demanda es el acto que contiene la petición del demandante de que se le otorgue determinada tutela jurisdiccional mediante sentencia"*. A noção de demanda como ato jurídico que provoca a jurisdição já era defendida por CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 627.

[552] Sobre demanda e pretensão, muito precisas as lições de HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 110 : "*La demande, c'est l'acte processuel par lequel le juge est saisi d'une prétention: la prétention est l'objet de la demande. Ainsi, contrairement à ce que les mots suggèrent, ce que l'on demande au juge d'accorder, ce n'est pas la demande, c'est la prétention que l'on soumet au juge au moyen d'une demande*".

[553] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 260-261.

Além da pretensão, materializada no *pedido*, a demanda é composta de outros dois elementos: as partes do processo e a causa de pedir, que é o fundamento da pretensão do demandante. Assim, toda demanda judicial tem três elementos essenciais: um subjetivo – as partes – e dois objetivos, a causa de pedir e o pedido.[554] É o que dispõe o art. 337, §2º do NCPC, com redação idêntica à do art. 301, §2º do CPC/73: "uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido".[555] Esses três elementos são denominados *tria eadem* (*eaedem personae, eadem causa petendi* e *eadem res*) e são eles os responsáveis pela identificação da demanda.[556] É pela análise desses três elementos que se constata a existência de litispendência ou coisa julgada. Sendo idênticos os três elementos, a demanda está sendo repetida pelo demandante e deverá ser rejeitada pelo Estado-juiz sem análise do mérito. Havendo alteração de um desses elementos, então há outra demanda que, preenchidos todos os pressupostos processuais, deverá ser julgada.

A propositura da demanda gera ao menos seis efeitos jurídicos de grande importância: (a) provoca a jurisdição, instaura o processo (no caso da demanda inicial) e define os limites da atuação jurisdicional; (b) impõe ao Estado o *dever* de dar uma resposta ao jurisdicionado; e se preenchidos os pressupostos processuais, *obriga* o Estado-jurisdição a se manifestar sobre a pretensão do demandante;[557] (c) constitui em mora o devedor; (d)

---

[554] No Brasil, dentre muitos outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 112-113; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 276; ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. p. 178 e ss.; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 209-211. Na Itália, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 62-63 e 280-287; SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. p. 141; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 97-106; MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 201 e ss. Na França, MEKKI, Soraya Amrani; STRICKLER, Yves. *Procédure Civile*. p. 157 e 320 e ss.

[555] Na França, o art. 1.355 do Code Civil tem disposição muito parecida: "*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*".

[556] Por vezes utilizam-se categorias diversas, como "objeto litigioso do processo" ou "resultado útil do processo", com nítidas desvantagens.

[557] Com boa redação, dispõe o art. 5 do Code de Procédure Civile francês: "*Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé*".

induz litispendência; (e) interrompe a prescrição; (f) torna a coisa ou o direito litigiosos. Os últimos quatro efeitos dependem da citação válida do demandado (art. 240 do NCPC).

45. Princípio dispositivo e o mérito do processo

Todo processo possui um objeto, que é a razão pela qual ele existe e desenvolve-se. Esse objeto, também denominado de mérito, é aquilo que o demandante espera receber do Estado, aquilo que ele *pretende* com o processo, o motivo pelo qual ele rompeu a inércia jurisdicional e formulou a sua demanda. Sob o ponto de vista jurisdicional, o mérito é aquilo que o Estado-juiz deve necessariamente julgar de modo definitivo, dando uma resposta positiva ou negativa ao demandante.

Considera-se mérito, portanto, a *pretensão processual*[558] deduzida pelo demandante na fase postulatória pelo pedido.[559] Com menor rigor técnico, mas sem nenhum prejuízo concreto, pode-se dizer que o mérito é o *pedido* formulado pelo demandante.[560] É mérito tanto a pretensão processual deduzida pelo autor na petição inicial, quanto a pretensão processual deduzida pelo réu em sua reconvenção. Se houver sucessivas reconvenções, haverá sucessivas ampliações do mérito.

---

[558] Pretensão processual é a pretensão à tutela jurisdicional do demandante; a pretensão a uma declaração, constituição, desconstituição, condenação ou execução. Não se confunde com a pretensão material, que é a *exigibilidade* do direito a uma prestação (art. 189 do Código Civil).

[559] *Cf.*, dentre muitos outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. p. 323; TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. p. 79-80; SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. p. 5; GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 384-385; CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. p. 389-391; AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO María Pía Calderón. *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*. p. 152-153.

[560] *Cf.* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. p. 242: "Entende-se por 'julgamento de mérito' a resposta dada ao pedido formulado pelo autor (...). Julgar o mérito significa julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o". Parcialmente no mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. p. 11: "Através da demanda, formula a parte um *pedido*, cujo teor determina o objeto do litígio e, consequentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lide". Em sentido contrário, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 228: "Note-se, aqui, que a pretensão não é o pedido, sendo este apenas a sua manifestação no processo. Pretensão é intenção, elemento volitivo e subjetivo. Pedido é o meio de declaração da vontade de se obter determinado resultado em juízo, ou em outros termos, manifestação processual de pretensão".

O conceito de mérito como pretensão processual é antigo na doutrina alemã,[561] mas foi apenas recentemente recepcionado entre nós. A pouca atenção dada ao instituto pela doutrina brasileira, que, a exemplo da italiana, tradicionalmente concentrou os seus estudos na ação e na demanda,[562] certamente contribuiu para o seu desenvolvimento tardio.

Por muito tempo equiparou-se o mérito à lide, em um evidente resquício da superada *litiscontestatio* romana e, principalmente, da *lis* que ela estabelecia. O CPC/73 a todo instante referia-se a "julgamento da lide" (art. 5º, 126 e outros), "decidir a lide" (art. 47, 128 e outros), "julgamento antecipado da lide" etc. No entanto, ainda na primeira metade do século passado Calamandrei já havia demonstrado que a lide era um conceito sociológico com pouco utilidade ao Direito Processual.[563] Nenhum juiz julga "lides", mas *pedidos* formulados por alguém que *demanda*;[564] nenhum processo é instaurado sem que seja deduzida uma pretensão clara e expressa pelo demandante.[565] Ciente disso, a doutrina, capitaneada por Liebman, até tentou, em vão, corrigir o instituto e criar uma "lide processual", que seria o litígio "depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz".[566] Mas uma análise crítica da "lide processual" permite concluir que se trata de construção que decorre mais de um apego a um instituto milenar do que propriamente de uma necessidade científica.

Deve-se a Cândido Dinamarco a grande virtude de ter, entre nós, rompido com a confusão entre mérito e lide e permitido uma compreensão mais adequada do fenômeno. Como ensina o Mestre em trabalho clássico, mérito vem do verbo latino *mereo*,

---

[561] V. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II. p. 27 e ss.; SCHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. p. 165; SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. p. 3-98.

[562] DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. p. 334 e ss.

[563] CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*. p. 204 e ss.

[564] CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*. p. 221.

[565] Nesse sentido, PENADÉS, Rafael Bellido; RAMOS, Manuel Ortells. *La demanda. La contestación y otras alegaciones*, in Derecho Procesal Civil. p. 239: "*No hay ningún tipo de acto de iniciación del proceso de declaración que se limite a ser un acto de petición de iniciación del mismo. Aunque la LECiv ha previsto modalidades simplificadas de demanda, ninguna de ellas consiste simplemente en pedir que se inicie un proceso entre partes determinadas sin proponer, al mismo tiempo, sobre qué ha de versar, de qué ha de tratar el proceso*".

[566] LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*. p. 90

que significa "pedir, postular exigir"; motivo pelo qual, etimologicamente, mérito "é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame".[567]

O mérito é, portanto, a pretensão processual deduzida na demanda por meio do pedido; é aquilo que o demandante espera obter com o processo. Não fazem parte do *mérito*, contudo, as *questões de mérito*, que são as questões fáticas e jurídicas relevantes ao processo e que servirão de fundamento ao julgamento do mérito. O mérito é o objeto do processo; as questões de mérito são o *objeto de conhecimento do juiz*.[568] Evidentemente, a causa de pedir de uma demanda é fundamental para individualizar, compreender e delimitar o pedido, inclusive para se estabelecerem os limites da atuação jurisdicional, mas não é o mérito propriamente dito; não é aquilo que o demandante pretende receber do Estado-jurisdição.[569] Para se chegar a essa conclusão basta constatar que, formulados dois pedidos cumulados pelo demandante, ambos devem necessariamente ser analisados pelo Estado-jurisdição, sob pena de negativa de prestação jurisdicional. Contudo, se formulado um único pedido suportado por duas causas de pedir cumuladas, o acolhimento de uma delas basta ao julgamento de procedência do *mérito*. Aplica-se aqui, *mutatis mutandis*, o *principio della ragione più liquida* dos italianos:[570] i.e., o Estado-juiz pode fundar a sua decisão na razão mais líquida – mais evidente – ao julgamento do mérito (procedência ou improcedência), ainda que subverta a ordem lógica da cognição judicial.[571] Se a causa de pedir fosse o mérito

---

[567] DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. p. 322.

[568] DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. p. 324 e ss.

[569] Nesse sentido, SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Processo Civil*. p. 243; TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. p. 79-80: "O objeto do processo (o seu 'mérito') é constituído pela pretensão processual. (...) No pedido é formalmente veiculada essa pretensão. Por outro lado, a causa de pedir é elemento indispensável para que a pretensão seja adequadamente identificada, embora a causa de pedir, em si, não constitua o objeto ou parte do objeto do processo". Em sentido contrário, amparando-se na criticável categoria da "ação material", ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 252: "Só através de uma redução notável da realidade do processo, e de uma ofensa frontal à lei, desnecessária e funesta, poder-se-ia reduzir a ação material – ou, segundo alguns, a pretensão processual – ao pedido".

[570] Por todos, VERDE, Giovanni. *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*. p. 22-23.

[571] É o que acontece, p.ex., quando o réu apresenta como defesas eventuais a inexistência da obrigação, a nulidade do contrato e a exceção de contrato não cumprido. Constatando claramente a exceção de contrato não cumprido, o juiz poderia julgar improcedente desde logo a demanda proposta pelo demandante, não obstante 'desrespeitar' o raciocínio lógico de primeiro averiguar a existência e validade do contrato, para só então decidir se há inadimplemento.

do processo, o seu *objeto*, todas as causas cumuladas deveriam ser analisadas, por mais desnecessário que isso fosse.[572]

46. Demanda e defesa

Tampouco integra o mérito a defesa do réu. Na dinâmica processual, o demandado adota sempre a mesma posição: reconhece a procedência ou *resiste* à procedência da pretensão do demandante. Essa resistência pode, é claro, adotar as mais variadas formas: pode voltar-se contra a validade do processo (exceções processuais), pode limitar-se a rejeitar a legitimidade da pretensão deduzida pelo autor pela negativa dos fatos ou da consequência jurídicas que lhes foi atribuída, pode admitir os fatos constitutivos alegados, mas deduzir novos fatos que de alguma forma impeçam o acolhimento do pedido. Contudo, salvo quando reconvém ou denuncia a lide, e então torna-se um autêntico demandante, o réu *nada pede para si*.[573] Como resumiu com precisão Ricardo de Barros Leonel, o demandado "impede, não pede".[574] Por isso, o julgamento de improcedência não é uma concessão de tutela ao demandado, mas a *negativa* de tutela ao demandante.[575]

Nada disso implica desvalorizar ou reduzir a posição do demandado. O devido processo legal pressupõe que ambas as partes tenham igualdade de condições para influenciar o convencimento judicial, exercendo plenamente as garantias inerentes ao

---

[572] Evidentemente, esse raciocínio só se aplica quando ao menos uma das causas de pedir é acolhida para julgar procedente o pedido. Se o julgamento for de improcedência, todas as causas de pedir devem ser necessariamente rejeitadas.

[573] Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. p. 45: "Defendendo-se, o réu *não pretende* nada de quem aciona, mas resiste à sujeição processual a que o submete o órgão jurisdicional, ou à pretensão do autor, afirmando que não está sujeito ao seu poder jurídico". V. também MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. p. 170-179.

[574] LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição*. p. 364 e 404: "em verdade o réu não 'pede', ou seja, não formula pedido ao contestar a demanda ajuizada pelo autor, mas apenas 'impede' ou oferece resistência". Em sentido contrário, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 655-656.

[575] AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO María Pía Calderón. *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*. p. 153: "*La resistencia no sirve para delimitar el objeto del proceso: la oposición del demandado, esté o no fundamentada, no introduce un objeto del proceso nuevo y distinto del fijado en la pretensión (salvo en el caso de la reconvención, pero ésta no es mera resistencia, sino algo más)*".

contraditório e à ampla defesa. Deve existir, sem nenhuma dúvida, simetria entre demandante e demandado no processo. Ademais, venho defendendo há algum tempo que a motivação das decisões judiciais deve enfrentar *todas* – e não menos do que *todas* – as alegações fáticas e jurídicas da parte sucumbente, seja ela demandante ou demandada.[576]

Contudo, valorizar o demandado não pode acarretar a alteração e a desnaturação da sua posição no processo. A defesa não é um ato autônomo e não tem nenhuma autonomia frente à demanda; "não se pode conceber uma defesa senão em razão da existência de uma demanda, e em relação a ela", pois "é a demanda que suscita a defesa".[577] Destarte, por mais importante que seja a defesa, ela não compõe o *mérito do processo*. A decisão judicial é uma resposta à pretensão do demandante, positiva ou negativa. Todas as alegações da parte demandada *devem* ser levadas em consideração para acolher o rejeitar o pedido do demandante, mas são analisadas e resolvidas na *motivação* da decisão judicial, e não em seu dispositivo. Nesse sentido, ao tratar das "defesas de mérito" do demandado, o Código de Processo Civil francês dispõe em seu art. 71: "Constitui uma defesa de mérito toda alegação que objetive rejeitar, como injustificada, após o exame do mérito do direito, a pretensão do adversário".[578] Não importa qual é a alegação; o objetivo dela é sempre a rejeição da pretensão do demandante. Justamente por isso é que Montero Aroca *et alii* ensinam que a resistência do demandado faz parte do "*objeto do debate*" do processo, mas não é o objeto *do* processo.[579] Ou, para utilizar a nomenclatura de Dinamarco, o réu apresenta questões de mérito que compõem apenas o objeto de conhecimento do juiz.[580]

---

[576] RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. p. 219-229.

[577] HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 118-119.

[578] Na versão original: "*Article 71. Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire*".

[579] AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO María Pía Calderón. *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*. p. 152-153.

[580] Apesar do empréstimo da nomenclatura, note-se que, ao contrário do que se defende neste trabalho, Dinamarco afirma que a sentença de improcedência implica a concessão da tutela jurisdicional ao réu. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. p. 383-385.

Alguma dúvida poderia existir quanto às exceções substanciais, os chamados *contradireitos* que são atribuídos pelo ordenamento ao devedor.[581] A principal diferença das exceções substanciais para as objeções (pagamento, inexistência do débito etc.) é que, no plano material, as exceções são *exercidas* e podem, inclusive, ser renunciadas. Explicava Pontes de Miranda que a exceção "não corta, não objeta; a sua eficácia afirma-se, e a outra eficácia [do direito, da pretensão], em virtude disso, fica *encoberta*".[582] São exemplos normalmente dados, dentre outros, a prescrição, a exceção de contrato não cumprido e a compensação.

Na visão concretista de Chiovenda, essas exceções eram um "direito potestativo direto à anulação da ação", a qual dependia sempre da iniciativa do demandado.[583] Assim, o titular do direito tinha a 'ação' e o obrigado tinha a sua 'exceção substancial', a qual seria por ele "exercida" tanto quanto a ação do credor. A ação sujeita à exceção encontrar-se-ia em um "estado de pendência; o qual se resolve *a favor* da ação quando a exceção não é exercida; resolve-se *contra* a ação no caso contrário".[584]

Superado o concretismo entre direito material e processo,[585] as exceções substanciais são atualmente compreendidas como uma "situação jurídica ativa – situação de vantagem – exercido como reação ao exercício de um direito".[586]

---

[581] V. SANTOS, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. p. 47-51; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, t. I. p. 182-184.

[582] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direto Privado*, t. VI. p. 18.

[583] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 272-274.

[584] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 272.

[585] O estreito vínculo entre o conceito de exceção e o conceito de ação sempre foi defendido e bem demonstrado por CARNELUTTI, Francesco. *Un lapsus evidente?* p. 447. Em polêmica com Cappelletti, Carnelutti escreveu: "*La prima riguarda il concetto dell'eccezione; più precisamente dell'eccezione in senso sostanziale, che io ritengo superato e lui no. Questione presto liquidata, anch'essa, per non dir liquida di per sé perché il C [Cappelletti]. non può negare che essa sia strettamente legata al concetto dell'azione. Se questa si intende come un diritto alla sentenza favorevole, della eccezione come controdiritto, ossia come diritto di impugnare l'azione, si può parlare; ma se, invece, si intende come diritto al provvedimento di merito, è altrettanto chiaro che al concetto dell'eccezione, secondo Chiovenda, manca la base"*. Sobre o tema, volta em Id. *Eccezione e analisi dell'esperienza*. p. 644 e ss.

[586] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 629.

De acordo com Fredie Didier Jr., o exercício de um contradireito amplia o mérito do processo, pois o réu acrescentaria "ao processo a afirmação de um direito que comporá o objeto litigioso da decisão. O juiz decidirá sobre a existência dessa contradireito; e a existência desse contradireito é, também, uma questão principal".[587]

Não parece ser assim. Ao invocar um contradireito, o réu não pede nada para si, não pede nenhuma tutela jurisdicional. O que ele faz é apresentar um *fato juridicamente relevante* que *impede* o acolhimento da pretensão do demandante por retirar a eficácia do direito ou da pretensão que sustenta o mérito – ou mesmo por extingui-lo (no caso da compensação, p.ex.). Portanto, *no plano processual*, a exceção não é nada mais do que um "fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito" do autor. Esse fato pode ser a extinção da exigibilidade do direito pelo decurso do tempo (prescrição), a extinção do próprio direito (compensação) ou a mera inexigibilidade do direito pelo descumprimento de uma obrigação prévia do demandante (exceção de contrato não cumprido), p.ex. Quando o réu (ou reconvindo) alega que o demandante não pode exigir a prestação enquanto não cumprir a *sua* obrigação, ele não pede a condenação do demandante ao pagamento; ele apenas "impede" que seja condenado, pois o direito que sustenta a pretensão do demandante é *inexigível* e, portanto, não há inadimplemento. A sua posição no processo é exatamente a mesma que seria caso tivesse alegado o pagamento, a nulidade do contrato ou simplesmente afirmado que o direito alegado pelo autor inexiste. Em todas elas, o demandado quer que a pretensão do demandante seja rejeitada. Há, sem nenhuma dúvida, a ampliação do "objeto de debate", ou a ampliação do objeto de conhecimento do juiz; mas em todas essas situações, a consequência é – e pode ser – uma só: a demanda será julgada *improcedente*, e não mais do que isso.[588]

Repete-se. Ao acolher a exceção substancial, o Estado-juiz não julga uma pretensão do demandado. Se João pede a condenação de José a lhe pagar cem mil reais, e

---

[587] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 435. V. também COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, v. I. p. 266-267.

[588] Sobre os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, ensina DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 465: "A alegação de fatos novos alarga o *objeto do conhecimento do juiz*, porque também ela deverá ser submetida à instrução e ao julgamento de mérito a proferir; não alarga porém o *objeto do processo*, porque, acolha ou rejeite os fatos novos, o juiz estará sempre adstrito a conceder ou negar o que o autor pediu, sem poder conceder ao réu algo fora disso".

José defende-se alegando que é credor de João em duzentos mil reais, operando-se a compensação, o acolhimento da defesa de José não implica condenar João ao que quer que seja. O Estado-jurisdição julgará improcedente a demanda de João e, salvo se houver reconvenção de José, nada decidirá em relação aos cem mil reais excedentes.[589] Em idêntico sentido, ao acolher a exceção de contrato não cumprido do réu, o Estado-jurisdição não pode condenar o autor a pagar a prestação inadimplida. Se o réu quiser a condenação do autor, deverá reconvir e tornar-se *demandante*; nesse caso, pode arguir a exceção de contrato não cumprido como matéria de defesa *e reconvir* para pedir a condenação do autor a pagar o que lhe deve. Se fundadas as alegações do réu-reconvinte, haverá então uma sentença de improcedência da pretensão condenatória do *autor*; e de procedência da pretensão condenatória do *reconvinte*.[590]

47. Demanda inicial, reconvenção e demais demandas

A referência a *demanda* automaticamente remete à demanda inicial, mas há outras demandas *incidentais* que as partes podem formular ao longo do processo, as quais ampliam o mérito pela dedução de novas pretensões.

O exemplo mais evidente é o da reconvenção. Quando reconvém, o demandado (réu ou autor-reconvindo) sai de sua posição passiva de *resistente* e assume a

---

[589] A idêntica conclusão já havia chegado SANTOS, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. p. 112: "se o crédito do réu for superior ao do autor, com a extinção de sua dívida, que a sentença declarar, não lhe assistirá meio de exigir deste o restante senão por via de uma outra ação contra o autor".

[590] Essa constatação, é verdade, não é pacífica na doutrina e já gerou debate na jurisprudência. Em 2007, o STJ julgou, na sequência, dois recursos especiais em que se discutiam os efeitos da exceção de contrato não cumprido. No primeiro, REsp nº. 673.773/RN, o Tribunal *a quo* havia confirmado sentença que, embora acolhendo a exceção de contrato não cumprido, julgou procedente a demanda do autor e condenou os réus, mas, de ofício, suspendeu a eficácia da própria decisão até o adimplemento da obrigação de entregar a coisa. Ou seja, proferiu-se autêntica sentença condenatória condicional: o réu está condenado, *desde que* seja implementado um evento futuro e incerto. Felizmente, encabeçado por voto-vista do Min. Ari Pargendler, o STJ concluiu o que deveria ser óbvio: "a prestação inexigível não pode ser tutelada judicialmente". Foi então dado provimento ao recurso especial para julgar a demanda inicial *improcedente* (STJ, REsp 673.773/RN, j. em 15/03/2007). No segundo caso, REsp nº. 869.354/RS, julgado três meses depois, o contexto fático era muito mais complexo e havia reconvenção da parte ré. No que importa a este trabalho, decidiu-se novamente que "O efeito processual do acolhimento da exceção de contrato não cumprido é a improcedência do pedido" (STJ, REsp 869.354/RS, j. em 14/06/2007).

posição ativa de *pretendente*. O réu-reconvinte é tão demandante quanto o autor.[591] Ao contrário do que acontece na apelação adesiva, o reconvinte não adere a nenhuma demanda, mas formula pretensão autônoma e independente da demanda inicial. A reconvenção sujeita-se a pressupostos processuais de constituição e validade próprios e deve ser julgada mesmo quando a demanda inicial for inadmissível ou prematuramente rejeitada. O art. 343, §2º do NCPC é claríssimo: "A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção". Além disso, a reconvenção tem valor da causa próprio (art. 292 do NCPC), possui anotação no distribuidor própria (art. 286, parágrafo único do NCPC), gera encargos sucumbenciais próprios (art. 85, §1º do NCPC) e admite até mesmo a inclusão de terceiros como reconvindos (art. 343, §3º do NCPC) ou reconvintes (art. 343, §4º do NCPC). A reconvenção possui, sob qualquer aspecto, o mesmo *status* da demanda inicial. A sua única restrição é que deve ser "conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa" (art. 343, *caput* do NCPC).

Outras demandas que ampliam o objeto do processo são, p.ex., a denunciação da lide (art. 125 e ss. do NCPC) e a oposição (art. 682 e ss. do NCPC). No CPC/73 havia a hipótese clássica da ação declaratória incidental (art. 5º), mas que foi abolida pelo NCPC. A todas elas valem as considerações feitas neste trabalho à demanda em geral, com uma única exceção: embora rompam a inércia jurisdicional, as demandas incidentais não instauram o processo; aproveitam um processo em curso para forçar o Estado-jurisdição a decidir sobre uma pretensão.

47.1. As ações dúplices

A doutrina admite no processo civil brasileiro o que se convencionou chamar de "ações dúplices". O instituto interessa a este trabalho porque implica, em tese, uma exceção ao princípio dispositivo e à inércia jurisdicional.

---

[591] Citando mais uma vez as lições de HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 111: "*le rôle normal du défendeur consiste à défendre, c'est-à-dire à obtenir le simple rejet de la demande de son adversaire. En soumettant au juge une prétention allant au-delà du simple rejet de celle de son adversaire, il devient à son tour demandeur et élargit la matière litigieuse*". V. também SANTOS, Moacyr Amaral. Da *Reconvenção no Direito Brasileiro*. passim, esp. p. 66-67.

De um modo geral, sobretudo em razão do art. 299 do CPC/73, o qual exigia inclusive a desvinculação física da contestação e da reconvenção, considera-se "ação dúplice" qualquer demanda que tramite perante procedimento que dispense a reconvenção para a tutela jurisdicional do réu: destarte, seria dúplice a ação possessória porque a tutela possessória do réu, incluindo eventual indenização por danos sofridos, pode ser pedida na própria contestação como pedido contraposto (art. 922 do CPC/73; art. 556 do NCPC).[592] Seriam outros exemplos de ações dúplices: a ação consignatória, a ação de prestação de contas, o despejo do locatário caso julgada improcedente a sua demanda renovatória etc.

O problema é que, bem aponta Heitor Sica, esse critério acaba agrupando situações inconfundíveis em uma mesma categoria.[593]

Com efeito, utilizando as ações possessórias como exemplo, o art. 556 do NCPC é cristalino ao condicionar a tutela possessória do réu e a reparação de seus prejuízos a um pedido expresso: "É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, *demandar* a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor". Ou seja, o réu precisa *demandar* em sua contestação, motivo pelo qual a 'ação' do demandante nada tem de "dúplice".[594] Exatamente o mesmo raciocínio se aplica à hipótese de despejo do locatário como consequência da improcedência de sua ação renovatória. De acordo com o art. 74 da Lei de Locações, o mandado de despejo só será expedido "se houver pedido na contestação" do locador.

Na verdade, a característica fundamental das ações dúplices é a assunção concomitante das posições ativa e passiva no processo tanto pelo demandante quanto pelo demandando.[595] Não haveria, portanto, uma distinção clara entre os polos processuais:

---

[592] V. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. p. 92-93.

[593] SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. p. 182.

[594] Quanto a isso v., na vigência do CPC/73, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 3. p. 275: "Todavia, tal proteção não pode ser concedida de ofício, necessitando que seja formulado expresso pedido nesse sentido. Isso faz com que parte da doutrina considere impróprio qualificar as ações possessórias como verdadeiramente dúplices".

[595] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. p. 1209: "A ação dúplice se caracteriza quando as posições de autor e réu no processo se confundem, sendo que, por esta razão, não poderá o réu deduzir reconvenção".

ambas as partes podem sofrer igualmente os efeitos do resultado da prestação jurisdicional. De acordo com Marcato, "as partes assumem, recíproca e simultaneamente, as posições ativa e passiva em relação jurídica processual".[596] Ou, como explica Flávio Yarshell, "o autor desde logo assume a qualidade de réu e vice-versa".[597]

Bom exemplo de ação dúplice é a prestação de contas (arts. 550 e 553 do NCPC). Na ação de prestação de contas, o objetivo imediato do demandante não é a condenação do réu a pagar alguma quantia, mas receber as contas da administração, pelo réu, do bem de que é titular. Ou, em outras palavras, busca-se liquidar a relação entre as partes, estabelecendo-se, apenas como consequência, um eventual saldo de uma a favor da outra.[598] Com precisão, explica Adroaldo Furtado Fabrício: "A prestação de contas tem precisamente a finalidade de aclarar qual o estado, em determinado momento, das relações contrapostas de débito e crédito entre os interessados, de tal modo que só depois de prestadas se saberá quem há de pagar e quem tem a receber".[599] O autor acrescenta: "Não se confunde a obrigação específica de prestar contas com a de dar ou de pagar, nem o direito a exigir contas com o direito a receber pagamento".[600] Tanto isso é verdade que, prestadas as contas pelo réu apurando-se saldo zero, o autor pode aceita-las como boas e encerrar o processo, mas não será, por esse motivo, considerado sucumbente. A finalidade da tutela foi atingida e a eventual sucumbência será do réu por ter recusado esse "aclaramento do estado das relações entre débito e crédito" ao autor previamente.

No CPC/73, a ação de prestação de contas poderia ser proposta tanto por quem está obrigado a prestar contas quanto por quem tem o direito a recebe-las, pois ambos podem ter interesse em encerrar a relação que possuem. O NCPC, erroneamente, restringiu a prestação de contas à *exigência* de contas, alterando inclusive o nome do procedimento. O obrigado a prestar contas perdeu a possibilidade de se desincumbir de sua obrigação e forçar o credor a aceitar as contas da administração de seu bem e dar por encerrada a relação.

---

[596] MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. p. 77.

[597] YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 288.

[598] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. III. p. 92: "Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico de tal modo que, afinal, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora".

[599] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII. p. 387.

[600] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII. p. 388.

De qualquer forma, o procedimento permanece o mesmo: bifásico, há uma primeira fase para que se defina se o réu tem ou não tem a obrigação de prestar contas ao autor; superada essa primeira fase (seja pela prestação de contas espontânea pelo réu, seja por sentença), passa-se à segunda fase, em que as contas são efetivamente prestadas. Ao autor restam então duas opções: aceitá-las ou impugná-las. Se aceitá-las, o processo está encerrado; se impugná-las, a sentença julgará as contas; em qualquer hipótese, será declarado *eventual* saldo a favor de uma das partes, consistindo essa "declaração" em autêntica sentença condenatória.

A peculiaridade do procedimento é que, embora a demanda tenha sido proposta pelo autor, é possível que o réu preste contas e demonstre ter saldo em *seu favor* contra o autor. E se as suas contas forem julgadas boas, o demandante será condenado a pagar o saldo ao réu, independentemente de reconvenção. É isso o que faz do procedimento uma "ação dúplice".

Perceba-se, porém, que a tutela em favor do réu não é uma tutela propriamente *de ofício*, pois o Estado-juiz só poderá apurar saldo em favor do réu em duas hipóteses: (i) o próprio réu presta contas e demonstra existir saldo em seu favor; (ii) o réu não presta contas e o autor faz a sua prestação com saldo a favor da outra parte. Em ambas as hipóteses, a decisão judicial está vinculada às contas apresentadas pelas próprias partes, consistindo a apuração de saldo na consequência do término da relação entre autor e réu. Além disso, a existência de saldo em favor do réu não é, por si só, desfavorável ao autor, pois o objetivo primário da prestação de contas é, repete-se, liquidar a relação, para o bem ou para o mal. Por isso, embora seja uma situação peculiar que foge à dinâmica tradicional de se conceder a tutela apenas ao demandante que deduz uma pretensão expressa, não se pode dizer que haja uma violação à inércia jurisdicional e ao princípio dispositivo.[601] Uma coisa é a sentença que condena o réu a pagar danos morais ao autor apesar de inexistir qualquer pedido nesse

[601] Adroaldo Furtado Fabrício identificou violação ao princípio dispositivo na hipótese em que o autor oferece contas com saldo favorável a si, o réu permanece inerte e o juiz, analisando as contas e os documentos, conclui que há saldo favorável ao réu. Segundo o autor, "Este nada objetou e a nada anuiu, e contudo se vê beneficiado pelo título executivo sentencial. O caso traduz uma clara quebra do princípio dispositivo e só se explica por razões de ordem pragmática, a que o legislador deu prevalência sobre os princípios gerais e bases teóricas do processo civil" (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII. p. 388). Contudo, o professor gaúcho só chegou a essa conclusão porque partiu da equivocada premissa de que o Estado-juiz poderia superar a incontrovérsia fática e oficiosamente perquirir se os fatos incontroversos eram falsos ou verdadeiros. Sobre isso, v. o Capítulo Sexto deste trabalho.

sentido, outra completamente diferente é o reconhecimento de um saldo em favor do réu como consequência necessária da *liquidação* da relação entre as partes; afinal, se não fosse possível a declaração do saldo, a prestação de contas tornar-se-ia inútil e ineficaz.

Destarte, são dúplices apenas os processos cuja natureza e cujas finalidades imponham que o resultado possa aproveitar a qualquer um dos polos processuais. Não se trata de verdadeira exceção ao princípio dispositivo porque o eventual favorecimento do demandado é inerente tanto à situação de direito material quanto à natureza da tutela pretendida e, como regra generalíssima, a tutela em favor do réu apenas será concedida em razão do seu comportamento no processo.

48. Disponibilidade do pedido

No processo de conhecimento, três são as possíveis pretensões que uma parte pode deduzir, cumuláveis entre si: (i) à declaração jurisdicional de que uma situação jurídica existe ou inexiste; (ii) à constituição ou à desconstituição de uma situação jurídica; (iii) à condenação de alguém a pagar uma prestação obrigacional (pagar quantia em dinheiro, fazer, não fazer ou dar coisa). A cada uma dessas pretensões corresponde uma possível tutela jurisdicional: declaratória, constitutiva/desconstitutiva, condenatória. Se a pretensão deduzida não for *legítima* (isto é, procedente), deve o Estado-juiz rejeitá-la e negar a tutela pleiteada.

Essas pretensões constituem o que se convencionou chamar de *pedido imediato*: "a espécie de provimento jurisdicional pretendido" pelo demandante,[602] correspondente "ao ato estatal (provimento), do qual emana eficácia jurídica apta a proporcionar ao demandante a fruição de posição jurídica reconhecida a ele no plano do direito material".[603] Ainda que tenha condições de pedir a condenação do demandando a pagar uma obrigação, o demandante pode optar por pedir apenas a declaração de que o seu direito subjetivo efetivamente existe (arts. 19 e 20 do NCPC). Configurada a anulabilidade do contrato, o demandante pode deixar de lado a sua potencial pretensão desconstitutiva e

[602] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 118.

[603] YARSHELL, Flávio. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 280.

optar por pedir apenas a declaração de inexistência do débito. Tais opções são consequências diretas da disponibilidade da ação, da demanda e do pedido.

Além de especificar a tutela jurisdicional pretendida, o demandante deve especificar o que pretende com a tutela declaratória, constitutiva, desconstitutiva ou condenatória. Trata-se do chamado *pedido mediato*: aquilo que o demandante ao final quer com o processo, instrumento para obtê-lo.[604]

A doutrina costuma falar que o pedido mediato é o "bem da vida",[605] ou "bem jurídico",[606] pretendido pelo demandante. Assim, um pedido condenatório deve vir acompanhado da especificação clara da prestação que deve ser cumprida, que é o bem jurídico pretendido pelo demandante: o pedido de condenação do réu a entregar o veículo vendido ao autor não se confunde com o pedido de condenação do réu a pagar ao autor cinquenta mil reais pelo descumprimento de um contrato, p.ex.: os pedidos mediatos são diferentes. Monteleone chega a afirmar que a distinção entre pedido mediato e pedido imediato é "fruto de uma ilusão ótica, porque à parte não interessa o provimento judicial em abstrato (p.ex.: uma sentença de condenação, ou de declaração etc.), mas apenas se em quanto por seu meio ela consiga obter o bem objeto do direito deduzido em juízo. (...) O objeto da demanda é, portanto, o bem da vida, pedido pelo autor contra o réu". [607]

É preciso cautela, porém. O argumento do professor italiano simplifica uma realidade muito mais complexa e reduz, indevidamente, o processo civil a pretensões condenatórias a prestações obrigacionais.

Como se sabe, um bem jurídico pode "consistir em coisas (nas relações reais), em ações humanas (nas relações obrigacionais), e também na própria pessoa (nos direitos da personalidade e nos de família, em institutos como no pátrio poder, na tutela e na curatela),

---

[604] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 119.

[605] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 119; YARSHELL, Flávio. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 280.

[606] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos*. p. 279; AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO María Pía Calderón. *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*. p. 156.

[607] MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 202-203.

e até em direitos (como no penhor de créditos, no usufruto de direitos). (...) Bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico, como objeto de direito".[608]

Sem nenhuma dúvida, toda pretensão condenatória tem como objetivo mediato um bem jurídico, pois a tutela jurisdicional é apenas um instrumento para se obter o "bem da vida" pretendido pelo demandante; mas o mesmo não pode ser dito das pretensões declaratórias ou desconstitutivas. Nesses casos, além de o pedido ser dirigido única e exclusivamente ao Estado-jurisdição, o provimento jurisdicional encerra-se com o acolhimento do pedido imediato: a declaração ou desconstituição da situação jurídica. O objeto mediato pode ser justamente o oposto: negar ou desconstituir um bem do demandado.

Evidentemente, tanto a pretensão declaratória quanto a desconstitutiva referem-se a uma situação jurídica; e buscam, ao final, uma consequência concreta. Nenhuma delas, porém, tem como objeto a obtenção de um bem jurídico distinto da própria tutela concedida. Poder-se-ia dizer que o "bem da vida" pretendido por um pedido declaratório é a segurança jurídica, ou a certeza; mas essa é a própria finalidade da tutela declaratória, a qual está inserida no pedido imediato; não resolve, ademais, o problema do pedido mediato nas tutelas desconstitutivas.

Na verdade, as pretensões declaratória e desconstitutiva são pretensões eminentemente jurídicas que se voltam a produzir efeitos no mundo jurídico e apenas em um segundo momento projetam-se para o mundo material. O que importa é declarar a inexistência do débito, declarar a paternidade, desconstituir o contrato, desconstituir o vínculo societário etc. Em todas essas hipóteses, o provimento jurisdicional realiza-se no plano jurídico, e não fático.

De todo modo, caso se queira manter a distinção entre pedido mediato e pedido imediato, é preciso compreender o pedido mediato como o *objeto* específico da declaração ou da desconstituição. Quer dizer, o pedido de desconstituição do específico contrato de compra e venda do automóvel X; a declaração de inexistência do específico crédito decorrente da relação jurídica Y etc. Nesses dois casos, os pedidos imediatos são apenas 'desconstituição' e 'declaração', mas os 'pedidos mediatos' são inconfundíveis.

---

[608] AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. p. 308-309.

48.1. Disponibilidade do pedido, certeza e determinação

A plena disponibilidade do objeto do processo exige que o demandante defina com clareza aquilo que pretende. Não basta ao demandante contar uma história ao Estado-jurisdição e esperar *alguma* resposta; ele tem o ônus de especificar de forma clara e expressa o que pretende receber, em que limites e de quem.[609] Por isso, a lei impõe que o pedido seja "certo" e, sempre que possível, "determinado" (arts. 322 e 324 do NCPC).

Certo é o pedido inteligível, claro e inequívoco que materializa *expressamente* a pretensão do demandante.[610] Na vigência do CPC/73, Pontes de Miranda sustentava corretamente que, "No art. 286, 'certo' foi responsável por se omitir a referência a 'expresso'".[611]

A exigência de um pedido *certo*, i.e., expresso e claro, interessa a todos os sujeitos processuais, e também a todos os demais membros da sociedade. Todos devem saber com exatidão o que se quer com o processo, em que limites a inércia jurisdicional foi rompida e qual é a tutela que pode ser concedida pelo Estado. O demandado precisa saber do que se defender; o Estado-jurisdição precisa saber o que decidir; o demandante precisa saber o que pode obter com o processo; terceiros precisam saber se o processo pode afetá-los direta ou indiretamente.

Há casos, porém, em que a *determinação* do pedido mediato pode ficar impossibilitada pelas peculiaridades do caso concreto. Determinação aqui "se relaciona aos limites qualitativos e quantitativos do pedido".[612] O Código exige que o pedido seja certo, mas permite a formulação de pedido *genérico* quando o autor não puder individuar os bens demandados nas ações universais (art. 324, §1º, I do NCPC), quando não for possível determinar as consequências do ato ou do fato que compõe a causa de pedir (art. 324, §1º, II

---

[609] É exatamente por isso que a lide nunca foi o mérito do processo, apesar do que insistia em afirmar o CPC/73 (p.ex., art. 468); nunca foram julgadas "lides", mas pedidos. Não por acaso, Liebman tentou desenvolver a figura da "lide processual", que nada mais era do que a pretensão deduzida pelo demandante em seu pedido ou, em suas palavras, o conflito de interesses "depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*. p. 87).

[610] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 88; ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 234.

[611] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. p. 34.

[612] ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 235.

do NCPC), ou quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato a ser praticado pelo réu (art. 324, §1º, III do NCPC).

Suponha-se que autor e réu, nos termos dos arts. 252 a 256 do CC, celebraram contrato com obrigações alternativas, cuja escolha foi atribuída ao devedor. Decorrido o prazo para pagamento da prestação de dar uma das coisas alternativas, o réu permanece em mora. Sem poder definir qual é o bem que lhe deve ser entregue, o autor não tem como *determinar* a sua pretensão. Deve, sim, deduzir pedido certo de condenação do réu a cumprir uma de suas obrigações alternativas, mas a *determinação* da tutela jurisdicional depende de manifestação de vontade do réu: ou seja, é o réu quem vai definir se o bem a ser entregue ao autor é o X ou o Y.

Do mesmo modo, se autor e réu celebram contrato de compra e venda de uma *biblioteca*, é possível que o autor não tenha condições de individuar cada um dos livros.[613] Nesse caso, deve formular pedido *certo* de condenação do réu a lhe entregar a biblioteca, p.ex., mas genérico quanto aos livros que a compõem. Daí afirmar Pontes de Miranda que "ao pedido genérico exige-se ser certo e preciso na sua generalidade".[614]

48.2. A cumulação "própria" de pedidos: simples e sucessiva

A disponibilidade sobre o objeto do processo engloba a possibilidade conferida ao demandante de formular, em uma mesma demanda, quantos pedidos bem entender (art. 327 do NCPC), desde que (i) eles sejam compatíveis entre si (art. 327, §1º, I do NCPC), (ii) o mesmo juízo for competente para julgá-los (art. 327, §1º, II do NCPC) e (iii) todos possam tramitar por um mesmo procedimento (art. 327, §1º, III do NCPC).

A cumulação de pedidos dispensa que entre eles haja conexão ou que estejam fundados sobre uma mesma causa de pedir. Basta que sejam compatíveis e possam ser julgados em conjunto (pelo mesmo órgão jurisdicional e pelo mesmo procedimento).

---

[613] Bom exemplo de "ação universal" dado por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 166.

[614] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. p. 34.

Existem quatro formas de cúmulo de pedidos: a simples ou sucessiva, que compõem a *cumulação própria*, e a alternativa ou eventual, que compõem a *cumulação imprópria*.[615]

A cumulação simples ocorre quando os pedidos são independentes entre si. Todos podem ser julgados procedentes, todos podem ser julgados improcedentes, alguns podem ser julgados procedentes e outros podem ser julgados improcedentes. Eles podem estar fundados na mesma causa de pedir, ou não. É o que acontece, p.ex., quando o autor pede a condenação do réu a pagar o preço de três contratos de compra e venda distintos que celebraram: há três pedidos distintos fundados cada um em uma causa de pedir própria. Os pedidos estão em um mesmo processo pela conveniência, economia e praticidade que o demandante entendeu existir na reunião deles em um mesmo processo, mas não estão conectados por um vínculo de prejudicialidade. É possível que o primeiro contrato esteja realmente inadimplido, mas o segundo já esteja pago (fato extintivo) e no terceiro haja exceção de contrato não cumprido (fato impeditivo). O primeiro pedido será julgado procedente e os outros dois improcedentes. Quando fundados na mesma causa de pedir, os efeitos jurídicos imputados pelo autor podem ser parcialmente corretos. Se o autor pede a reparação civil por danos emergentes e lucros cessantes decorrentes da violação de um contrato, é possível que um deles esteja configurado, mas outro não. O ato ilícito do réu não implica, necessariamente, que todos os pedidos do autor sejam fundados.

Apesar de independentes, os pedidos precisam ser, lembre-se, compatíveis (art. 327, §1º, I do NCPC). Não se admite a cumulação simples do pedido de invalidação do contrato por nulidade com o pedido de condenação do réu a cumprir a obrigação prevista no contrato. O acolhimento de um inviabiliza o acolhimento do outro.

A conveniência do demandante em cumular pretensões em um mesmo processo não pode prejudicar a defesa do demandado e a racionalidade do processo. Trata-se de limitação legítima à liberdade do jurisdicionado para a proteção da outra parte. Assim, é dever do juiz indeferir a cumulação em um mesmo processo de demandas relativas a, p.ex.,

---

[615] ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 253; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 567-572; LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição*. p. 369-371; ZACLIS, Lionel. *Cumulação eventual de pedidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. p. 413.

trinta contratos celebrados entre as partes, caso constate-se que a defesa do demandado ou a instrução do processo serão excessivamente difíceis, morosas ou custosas.

A cumulação sucessiva, ao invés da cumulação simples, supõe um vínculo de prejudicialidade entre os pedidos formulados. O segundo pedido só pode ser acolhido se tiver sido previamente acolhido o primeiro. É o que acontece, p.ex., no pedido de declaração de paternidade cumulado com o pedido de condenação do alegado pai a pagar alimentos. O réu só pode ser condenado a pagar alimentos se a paternidade for reconhecida. Sem a procedência do primeiro pedido, não há que se falar em procedência do segundo. Na cumulação sucessiva, é comum que a causa de pedir do pedido sucessivo seja *qualificada e potencializada* pela procedência do pedido principal. A causa de pedir da condenação ao pagamento de alimentos é a paternidade, a qual foi previamente *declarada* por sentença. Outro exemplo é o do pedido de decretação de nulidade de contrato cumulado com a condenação do réu a restituir os valores recebidos em razão do contrato nulo. Seria possível pedir a restituição dos valores utilizando a nulidade apenas como causa de pedir, mas o prévio pedido de desconstituição do contrato *potencializa* o fundamento da restituição dos valores. A *opção* por cumular os pedidos é inegável desdobramento do princípio dispositivo.

Por óbvio, a procedência do pedido principal não implica a procedência do pedido sucessivo. A declaração de paternidade não impõe o pagamento de alimentos se afastada a necessidade do demandante ou a possibilidade do demandado, p.ex. A nulidade do contrato não impõe a devolução de valores pagos se provado que já houve a restituição ou que o dinheiro recebido pelo demandado refere-se a outra relação jurídica.

48.3. A cumulação "imprópria" de pedidos: eventual e alternativa

Importante manifestação do princípio dispositivo é a faculdade que o demandante tem de trabalhar com as suas pretensões e estabelecer cúmulos eventuais ou alternativos de pedidos, apresentando, ou não, uma ordem de preferência. É o que se chama de cumulação "imprópria", pois os pedidos não são propriamente *cumulados*: ou acolhe-se um ou acolhe-se o outro.

Na *cumulação eventual* apresentam-se pedidos subsidiários a serem acolhidos apenas se outro pedido não for acolhido (art. 326 do NCPC).[616] O demandante

---

[616] Também chamada de "cumulação subsidiária", cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos*. p. 282 e ss.

erige uma ordem de preferência em seus pedidos, a qual deverá ser necessariamente seguida pelo Estado-jurisdição no julgamento. Se julgado procedente o pedido A, conclui-se a atividade jurisdicional; se julgado improcedente o pedido A, então passa-se ao pedido B. É o que ocorre quando o demandante pede a decretação de nulidade do contrato e, subsidiariamente, a condenação do demandado a cumprir o contrato. O que se quer realmente é que o contrato seja fulminado; porém, se ele for mantido, então que a outra parte cumpra-o. O demandante aproveita o mesmo processo para deduzir duas ou mais possíveis pretensões que, por serem incompatíveis, não poderiam ser propriamente cumuladas.

Desse modo, considerando que os pedidos nunca serão concedidos simultaneamente, porque são excludentes, é perfeitamente válida a cumulação eventual de pedidos logicamente incompatíveis entre si;[617] é, na verdade, natural que assim o seja. A incompatibilidade é vedada na cumulação própria simples porque lá o demandante quer a satisfação de *ambas* as pretensões; a incompatibilidade torna *incerto* o provimento jurisdicional pretendido, pois ninguém sabe exatamente qual o mérito do processo. Na cumulação eventual há clareza quanto àquilo que o demandante realmente quer; a diferença é que existe um caminho alternativo subsidiário em caso de rejeição da sua pretensão principal; e justamente porque esse caminho alternativo subsidiário é incompatível com o principal, é deduzido subsidiariamente.

Por outro lado, não configura o cúmulo eventual quando são formulados pedidos autônomos entre si. Os pedidos não precisam ser compatíveis, mas devem estar conectados por um vínculo de prejudicialidade, de modo que o segundo só possa ser apreciado se o primeiro for rejeitado; ou, sob ponto de vista inverso, "o provimento jurisdicional de procedência do primário fulmina (implicitamente) o interesse processual e, consequentemente, exaure a pretensão do autor em relação ao pedido subsidiário".[618] Utilizando o exemplo do pedido de invalidação do contrato cumulado com o pedido eventual (subsidiário) de condenação do demandado a cumpri-lo, o vínculo de prejudicialidade exige que se esteja tratando do *mesmo* contrato. Se forem contratos diferentes, há pretensões autônomas que se sujeitam a outro tipo de cumulação.

---

[617] V. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos*. p. 285; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 95.

[618] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos*. p. 285.

Pouco importa se, para o juiz, o pedido subsidiário aparenta ser mais favorável do que o primário: a definição da ordem de preferência está dentro da esfera de disponibilidade do demandante e deve ser respeitada.[619] Há, evidentemente, restrições lógicas e legais. O demandante não pode pedir que o réu seja condenado a cumprir uma obrigação contratual e, subsidiariamente, que esse contrato seja invalidado por nulidade. O vínculo de prejudicialidade é inverso, pois o réu só pode ser condenado *se* o contrato for válido; e tratando-se de nulidade, matéria de ordem pública, o juízo de validade tem de ser feito antes de analisado se há uma obrigação exigível inadimplida pelo réu. Contudo, é possível que o demandante peça a condenação do réu a cumprir a obrigação e, caso julgada improcedente, que então o contrato seja invalidado por uma *anulabilidade*. As hipóteses de anulabilidade do negócio são disponíveis e dependem de provocação da parte para serem conhecidas judicialmente; mesmo quando o negócio for anulável, o demandando pode ser condenado a pagar a prestação a que se obrigou. Embora pouco ortodoxa, tal cumulação é possível e deve ser respeitado pelo Estado-jurisdição.

Na *cumulação alternativa*, as pretensões são igualmente excludentes, mas inexiste uma ordem hierárquica de preferência estabelecida pelo demandante. Qualquer um dos provimentos jurisdicionais pleiteados pode ser concedido, a critério do Estado-jurisdição *ou do réu*. Cumulação alternativa não se confunde com pedido incerto ou indeterminado; todos os pedidos alternativos devem ser certos e, preferencialmente, determinados. As pretensões cumuladas alternativamente pelo demandante devem ser cristalinas e prontamente compreendidas, de modo que o réu saiba exatamente do que se defender e o Estado-jurisdição saiba exatamente sobre o que se manifestar.

A cumulação alternativa pode ser impositiva ou facultativa. É impositiva quando couber ao demandado a escolha de qual prestação cumprir dentre as opções que lhe são conferidas (art. 325 do NCPC e 252 do CC). Nesse caso, a disponibilidade do demandante limita-se a exigir ou não exigir o cumprimento de *uma* obrigação, mas não pode delimitar exatamente *qual* a prestação que pretende. Diversa é a cumulação alternativa facultativa (art. 326, parágrafo único do NCPC), manifestação pura de vontade do demandante de delegar ao Estado a escolha de uma das possíveis tutelas pretendidas. Na cumulação alternativa facultativa, o demandante poderia ter formulado apenas um dos

[619] Nesse sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos*. p. 283.

pedidos alternativos, poderia tê-los cumulado de acordo com uma ordem de preferência pré-estabelecida, mas optou por apresentar duas ou mais pretensões ao Estado para que este escolha qualquer uma delas.[620]

Diferença importante entre as duas espécies de cumulação imprópria é que o acolhimento de qualquer uma das pretensões alternativas implica *integral* procedência do mérito, mas o acolhimento de uma pretensão subsidiária implica procedência *parcial* do mérito. Como o demandante declarou a preferência por uma pretensão que não foi acolhida, ele tem interesse em recorrer da decisão para obter aquilo que realmente pretendia com o processo;[621] na cumulação alternativa, o demandante não pode recorrer da decisão que acolher uma das pretensões, pois manifestou previamente a sua vontade no sentido de contentar-se com qualquer uma delas.[622]

48.4. Os pedidos condicionais e eventuais

A *cumulação eventual* de pedidos é muito diferente da formulação de *pedido eventual* ou *condicional* pelo demandante. Se a primeira é admitida, o segundo é terminantemente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois configura *incerteza* quanto ao pedido e ao provimento jurisdicional concedido.[623]

Há pedido condicional (ou eventual) quando a procedência do pedido está condicionada à ocorrência de evento futuro e incerto. É o exemplo do demandante que pede a condenação do demandado a indenizá-lo pelos danos que *vier a sofrer* com o ato ilícito praticado. Em um caso real, um condomínio pediu a condenação da construtora a efetuar reparos no edifício e, *caso necessária* a desocupação do edifício pelos condôminos, então que a construtora fosse condenada a indenizá-los pelas despesas que *viessem a incorrer*. Essa

---

[620] V. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. p. 57.

[621] Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 172; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos*. p. 289; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 570.

[622] *Cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 170-171.

[623] Na Alemanha, JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 225: "A acção não pode ser instaurada condicionalmente, pois que a actividade do tribunal não pode ficar dependente de acontecimentos futuros incertos".

situação difere do pedido genérico,[624] pois uma coisa é a impossibilidade momentânea de *quantificar* um dano que *já ocorreu*, outra completamente diferente é pedir reparação por um dano que ainda *não existe*, mas pode *talvez* vir a existir no futuro.

Pedidos condicionais ou eventuais implicariam tutelas jurisdicionais também condicionais ou eventuais, o que iria de encontro à própria função jurisdicional de consolidar e resolver definitivamente situações jurídicas. Logo, é inadmissível, p.ex., o pedido de condenação do réu *caso* ocorra determinado evento futuro ou *caso* o autor venha a ter prejuízo com o ato ilícito. Se o dano ainda não ocorreu, então não há que se falar em condenação judicial. A parte inocente deve aguardar até que o ato produza as suas consequências danosas e então formular um pedido *certo* de condenação. Não custa repetir: o réu precisa saber exatamente quais são as possíveis consequências do processo para a sua vida. Pedidos condicionais ou eventuais eliminam por completo essa previsibilidade.

48.5. A interpretação do pedido

Tema particularmente sensível ao princípio dispositivo é o da interpretação do pedido.

Tradicionalmente, o Direito brasileiro sempre impôs a interpretação *restritiva* do pedido formulado pelo demandante. Dispunha o art. 154 do CPC/39, o qual foi literalmente reproduzido no art. 293 do CPC/73: "Os pedidos serão interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais".

A interpretação restritiva a que aludiam os Códigos nunca implicou a proibição de interpretar. A demanda é um ato jurídico decorrente de uma manifestação de vontade e, portanto, sempre esteve sujeita à interpretação para compreensão de seu significado e conteúdo. Os próprios CPC/39 e CPC/73 reconheciam isso ao autorizá-la expressamente. Ao referir-se a "interpretação restritiva" o que dispunham os Códigos era que os pedidos "não são alargáveis pelos métodos exegéticos, incluindo-se o que podia ser incluído e não o foi, ou o que apenas aparece em indícios de declaração que falhou em sua

[624] Tampouco deve-se confundir pedido condicional com pedido a condenação ao cumprimento de prestações sucessivas. Nestas, a obrigação do demandado existe – o que se difere no tempo é a exigibilidade do pagamento. No pedido condicional a obrigação nem sequer existe, pois ela ainda depende da ocorrência de um evento futuro.

expressão".[625] Ou então, relembrando lições irreparáveis de Calmon de Passos, "Interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressamente contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo".[626]

Ou seja, ao impor "interpretação restritiva", o legislador buscou evitar que o objeto do processo fosse alargado pelo juiz para além da manifestação de vontade expressa do demandante. Por isso é que, onde estava escrito interpretação restritiva na realizada deveria ser lido *interpretação estrita*, como fez, p.ex., o art. 114 do CC.[627] Utilizando exemplo dado por Pontes de Miranda, se o demandante não pedir a condenação do demandado a pagar aluguel pela coisa que estava em comodato e não foi restituída, a sentença não poderá condená-lo de ofício mediante uma interpretação ampliativa da pretensão inicial expressamente deduzida.[628] As razões são as que vêm sendo exaustivamente expostas neste trabalho: respeito à autonomia, clareza quanto ao mérito, previsibilidade, estabilidade, viabilizar a defesa do réu etc.

Contudo, ao referir-se a "pedido", os Códigos diziam menos do que deveriam. O pedido é veículo que manifesta a pretensão do demandante, mas faz parte de um conjunto postulatório mais amplo, que é a demanda. O ato processual que rompe a inércia jurisdicional é a demanda, e não o pedido, motivo pelo qual a interpretação deveria ser da demanda, do ato postulatório em seu conjunto. Ademais, como é curial, a praxe de apresentar os pedidos

---

[625] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. p. 74. Na Itália, afirma Carratta: "*il potere interpretativo del giudice non possa spingersi fino al punto di sostituire la domanda avanzata con una differente domanda, e dunque di violare il principio della domanda ed il diritto di difesa della controparte*". CARRATTA, Antonio. *Poteri del Giudice*. p. 139.

[626] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III. p. 195

[627] Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 136: "Primeiro, não é correto mandar, como no texto do art. 293 está, que os pedidos sejam interpretados *restritivamente*. Interpretação restritiva é o oposto de interpretação ampliativa. Interpretar restritivamente é interpretar para menos, *reduzindo* o que aparentemente o texto contém. Interpretam-se restritivamente os textos legais sempre que, segundo o intérprete, *lex majus dixit quam voluit*. A interpretação justa nas demandas não deve ser restritiva nem ampliativa, mas *declarativa*, i.é., ela deve colher com precisão o significado das palavras usadas pelo demandante. (...) Onde o art. 293 fala em *interpretação restritiva*, leia-se interpretação *estrita*".

[628] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. p. 75.

ao final da petição inicial (da reconvenção, do recurso etc.), em um capítulo autônomo, não é nada mais do que isso: uma praxe. Os pedidos podem ser deduzidos no começo da petição, no meio ou estar diluídos no texto. O que importa é a real pretensão deduzida de forma *certa* pelo demandante.

Nesse panorama, desenvolveu-se na jurisprudência a concepção de que "a interpretação do pedido do autor deve ser feita levando em consideração toda a petição inicial, e não apenas o capítulo 'dos pedidos', utilizando-se o método lógico-sistemático e, ainda, a própria causa de pedir".[629] Desse modo, "se o pedido comporta mais de uma interpretação, deve-se recorrer à causa petendi para a respectiva compreensão".[630]

O NCPC deu, então, novo tratamento à matéria em seu art. 322, §2º: "A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé". Assim, o pedido deve ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação porque é a manifestação de vontade do demandante que importa, e não apenas aquilo que está escrito ao final da petição como "pedido". Se a intenção do demandante é inequívoca (e é preciso que seja inequívoca!), então não há razão para limitar a pretensão realmente deduzida. Interpretação restritiva nunca significou interpretação "redutiva".

Quanto à observância do princípio da boa-fé, o legislador importou o conteúdo do art. 113 do Código Civil, o qual dispõe: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração", consagrando-se, também no processo, a função interpretativa do instituto (além da integrativa e da limitadora ao exercício de direitos subjetivos).[631] Isso quer dizer que, havendo duas interpretações possíveis do conjunto postulatório, deve o Estado-jurisdição optar por aquela que seja condizente com um comportamento probo e leal do demandante.

Mas nada disso permite que se interprete o pedido para incluir no objeto do processo o que não foi pedido. Se interpretação restritiva difere de interpretação "redutiva", interpretação segundo "o conjunto da postulação" não pode ser confundida com interpretação ampliativa que autorize o Estado-jurisdição a sair de sua inércia *sem*

---

[629] Citando vários outros precedentes, STJ, AgRg no REsp 416.937/SC, j. 12/04/2011.

[630] STJ, REsp 931.659/RJ, j. 15/05/2007.

[631] V. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. p. 421.

provocação. Exatamente nesse sentido, perfeita é a decisão do STJ no REsp nº. 1.155.274: "A interpretação do pedido deve se guiar por duas balizas: de um lado, a contextualização do pedido, integrando-o ao inteiro teor da petição inicial, de modo a extrair a pretensão integral da parte; e, de outro lado, a adstrição do pedido, atendendo-se ao que foi efetivamente pleiteado, *sem ilações ou conjecturas que ampliem o seu objeto*".[632] Mais recentemente, o STJ decidiu que "A interpretação lógico-sistemática do pedido impõe o conhecimento pelo julgador do pedido deduzido de forma lógica a partir da causa de pedir declinada. Entretanto, *não se admite interpretação ampliativa para alcançar pedidos não formulados tampouco deduzidos dos fatos declinados*".[633]

É inadmissível, igualmente, extrair o mérito do processo de atos praticados pelas partes ao longo do processo, além do que consta claramente da petição inicial.[634] A inércia é rompida com a demanda, e apenas com a demanda (inicial, reconvenção, denunciação da lide etc.); depois disso, todos os atos praticados pelas partes devem ser voltados àquilo que foi pleiteado pelo demandante. O mérito não pode ficar à mercê de alterações involuntárias ao longo do processo, sob pena de transformar o processo civil, cuja missão é a "organização da desordem",[635] em anarquia.

A liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao demandante é a mais ampla possível. Como vem sendo demonstrado, o demandante pode cumular pedidos, pode formular pedidos subsidiários e alternativos; enfim, ele pode, de boa-fé, pedir tudo aquilo – ou *apenas* aquilo – que bem entender. Some-se a isso que a identificação da demanda pelos *tria eadem* autoriza a dedução de novas pretensões em novos processos quando alterada a causa de pedir ou o pedido. Não há *nada* – absolutamente nada – que justifique incluir no processo o que não foi claramente pleiteado pelo demandante ao exercer a sua ação.

---

[632] STJ, REsp 1.155.274/PE, p. 15/05/2012.

[633] STJ, REsp 1.331.115/RJ, p. 22/04/2014.

[634] Em sentido contrário, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 164: "Vale dizer: deve interpretá-lo 'sem formalismo excessivo' e considerando as declarações de vontade do autor que ressaem de sua manifestação na petição inicial – e, também, no restante dos atos praticados no curso do processo, já que a postulação não se resume, parece ser evidente, a petição inicial, sendo formada também por todos os demais atos praticados pela parte ao longo do procedimento – como um todo".

[635] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo-excessivo*. p. 367.

Esse tipo de ativismo judicial está normalmente calcado em uma postura paternalista que busca tutelar o demandante que deixou de pedir o que poderia ter pedido. Contudo, tutelar excessivamente uma parte *sempre* vai significar prejuízo à outra parte. Admitir a alteração do objeto do processo depois de estabilizada a demanda para tutelar o demandante que não se desincumbiu adequadamente de seu ônus significa violar os direitos de defesa do demandado e negar-lhe o direito fundamental à segurança jurídica, uma das finalidades precípuas do próprio Direito.

Para resolver parcialmente esse problema, Fredie Didier Jr. sugere que a contestação do réu seja utilizada como instrumento para a interpretação do ato postulatório. De um lado, reconhece que "Não é lícito interpretar a postulação para extrair dela um pedido que o réu não contestou"; de outro lado, afirma que "embora a petição não seja tão clara – o que poderia levar à inépcia da petição inicial -, a contestação, que também deverá será interpretada, serve para revelar o sentido em que a postulação do autor foi formulada – sentido esse que foi efetivamente contestado pelo réu".[636]

A proposta é boa, mas arrisca criar outro problema. É possível que o autor tenha deliberadamente omitido uma pretensão de sua demanda e o réu tenha contestado mais do que precisava por prudência – ou por ter interpretado erroneamente as pretensões do autor. Nesse caso, o tribunal poder-se-ia sentir-se legitimado a julgar improcedente uma pretensão que o demandante jamais formulou, simplesmente porque houve um pretenso contraditório por iniciativa do réu. Sem saber que determinada questão compunha o mérito do processo (o que por si só já desvirtua toda a lógica do sistema processual), o demandante ficou impossibilitado de fazer tudo o que lhe era legalmente admitido para tutelar os seus interesses e, eventualmente, obter outro resultado. A situação é tão patológica quanto a que amplia indevidamente o mérito do processo a favor do demandante.

Por tudo isso, estavam certos os Códigos revogados ao impor a interpretação *estrita* do pedido, e está certo o Código atual ao permitir que essa interpretação *estrita* leve em consideração o conjunto da postulação e desgarre-se de um formalismo excessivo que ignora a real intenção do demandante. No fim das contas, tudo se resume a compreender o que foi *inequivocamente* pedido pelo demandante, de modo que a inércia jurisdicional seja rompida nos exatos limites estabelecidos pela demanda.

---

[636] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 589.

48.6. A inexistência de pedidos implícitos

Com exceção das matérias incluídas no mérito por determinação legal, o Direito brasileiro não admite pedidos implícitos. Admite a interpretação do ato postulatório para que se extraiam todas as pretensões deduzidas expressamente, mas não pedidos implícitos. Como acertadamente defende Araken de Assis, "Descabe ao juiz, atrelado à demanda, reescrever aquilo que o autor efetivamente pediu, ou extrair das entrelinhas o que, na verdade, o autor não pediu, embora pudesse tê-lo feito".[637]

A incompatibilidade do Direito brasileiro com os pedidos implícitos decorre da regra de que os pedidos devem ser certos e determinados. Se o pedido está implícito, então não é certo nem determinado. Aceitar a implicitação cria um ambiente de insegurança e imprevisibilidade para todos os sujeitos processuais. O réu não pode ser obrigado a "supor" qual é a demanda do autor; muito menos pode descobrir ao final do processo que havia um pedido implícito que ele desconhecia e do qual não se defendeu.

Apesar disso, e apesar de reconhecer que a interpretação do pedido não pode ser ampliativa, o STJ aceita pedidos implícitos em alguns casos. Em reiteradas oportunidades, o Tribunal decidiu, p.ex., que se o demandante pede a condenação da companhia telefônica à complementação acionária por subscrição inferior à devida, inclui-se nesse pedido tanto a "dobra acionária" (REsp nº. 1.302.238/RS; REsp nº. 1.633.701/SC etc.) quanto o pagamento de "dividendos e lucros sobre capital próprio, independentemente de pedido expresso" (REsp Repetitivo nº. 1.373.438/RS).

Em uma situação mais delicada, o STJ deparou-se com o seguinte caso (REsp nº. 1.349.336/MG): a parte demandante pediu à parte demandada pensão de 30% do salário recebido em vida por pessoa falecida em acidente de trânsito. No curso do processo houve a inclusão de mais quatro pessoas no polo ativo do processo, *sem aditamento do pedido*. Em sentença, a parte demandada foi condenada a pagar 30% a cada um dos réus – ou seja, 150% do salário do *de cujus*. Em apelação, o tribunal reduziu a pensão para 66% do salário do *de cujus* rateada entre os cinco autores. De acordo com o STJ, "Ainda que não tenha ocorrido de forma expressa o aditamento dos pedidos, percebo que dos fundamentos utilizados decorrem logicamente os pedidos deferidos pela sentença, confirmados pelo acórdão recorrido e parcialmente reformados em sede de recurso especial".

---

[637] ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 251.

Ora, uma coisa é defender-se de um pedido condenatório de 30%; outra completamente diferente é defender-se de um pedido condenatório de 66% ou, pior, de 150%. O réu tem que saber *exatamente* o que está sendo pedido contra si e *quanto* ele pode ter que pagar em caso de sentença condenatória. A inclusão de pessoas no polo ativo de um processo não pode fazer *supor* que o pedido foi também ampliado. Não há pedido certo nem determinado. Era ônus dos novos demandantes aditar o pedido e esclarecer exatamente o que pretendiam. A decisão revela um paternalismo incompatível com a isonomia e a segurança que se esperam de um devido processo legal.

48.7. A inclusão de matérias no objeto do processo por determinação legal

Existem algumas poucas matérias que a lei considera incluídas no mérito independentemente de manifestação da vontade do demandante: os juros *legais*,[638] a correção monetária e as verbas de sucumbência (art. 322, §1º do NCPC). Além deles, consideram-se "incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor", as prestações sucessivas, as quais "serão incluídas na condenação" (art. 323 do NCPC).

É comum na doutrina chamar essas hipóteses de "pedidos implícitos".[639] Entretanto, seguindo o rigor conceitual de Cândido Dinamarco, é preciso compreendê-las como casos em que a lei "dispensa o pedido" e investe "o juiz do poder de pronunciar-se (...) ainda quando não hajam sido pedidos pelo demandante". Ainda de acordo com Dinamarco, "falar em pedido implícito é valer-se arbitrariamente de uma desnecessária ficção legal, porque basta reconhecer que todos esses são casos em que o pedido é dispensado, não havendo por que fingir que ele haja sido deduzido".[640]

---

[638] Os juros convencionais ou compensatórios imprescindem de pedido. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1 (2015). p. 591.

[639] Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, 1974. p. 75; CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III. p. 195; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 365-366; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1 (2015). p. 590; ARAKEN DE ASSIS. *Cumulação de Ações*. p. 247.

[640] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. II. p. 138. Em igual sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 312; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil*: relações entre demanda e tutela jurisdicional. p. 141-142. Ao que tudo indica, também BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentário ao art. 322*, in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. p. 823.

Poder-se-ia cogitar, ainda, das medidas coercitivas para o cumprimento de tutelas provisórias ou pagamento de obrigações de fazer ou não fazer (arts. 297 e 536 do NCPC). Contudo, como já foi exposto, tais medidas coercitivas não são propriamente tutelas, e sim *instrumentos* para a *efetivação* da tutela jurisdicional concedida. Tais medidas não compõem o mérito e, mesmo quando pedidas, não implicam decisões de mérito e não fazem coisa julgada material.

De todo modo, a inclusão de algumas matérias no mérito por determinação legal não afronta, por si só, o princípio dispositivo, pois não afeta a liberdade de nenhuma das partes. As hipóteses legais atualmente vigentes são consequências naturais da pretensão do demandante ou do término do processo (como ocorre com as verbas de sucumbência). A pretensão de condenação do demandando, p.ex., engloba os juros de mora e a correção monetária porque é isso o que dispõe a lei material (art. 389 do CC, p.ex.). Defender o contrário seria privilegiar o formalismo excessivo em detrimento do formalismo-valorativo e da real função da técnica processual. Do ponto de vista do demandado, por se tratar de previsão legal, sabe-se desde o primeiro momento que, se condenado, terá de pagar também juros e correção monetária. Não há surpresa nem imprevisibilidade – ao contrário do que acontece com os pedidos implícitos.

48.8. A alteração do pedido por manifestação de vontade das partes

Quando se insiste que o pedido não pode ser ampliado ou alterado no curso do processo, busca-se proteger os sujeitos processuais contra "decisões-surpresa" ou violações inadmissíveis ao contraditório – mesmo que meramente potenciais.[641] Inexistindo, inequivocamente, surpresa ou restrição das garantias de defesa, nada impede que o objeto do processo seja alterado. Duas – e apenas duas – são as hipóteses em que as partes não são prejudicadas pela alteração do mérito depois de proposta a demanda: (a) quando a alteração decorrer de um acordo de vontades; (b) quando a alteração for promovida pelo demandante, *antes da citação* do demandado.

---

[641] Certeiras as ponderações de MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. p. 200: "Uma vez definida a matéria que deverá ser objeto da tutela jurisdicional, apta a afetar a esfera jurídica dos litigantes, e delimitado o objeto a respeito do qual as partes deverão se manifestar em contraditório, este não mais pode sofrer alterações. Fazê-lo significaria exigir do processo um eterno 'voltar atrás' e impedir que prosseguisse para o julgamento de mérito e para o atendimento de seu escopo social".

Nesse sentido, o NCPC, mantendo disposição que vinha do art. 264 do CPC/73 (e também do art. 264 com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.718/93), autoriza ao demandante, "até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu" e depois da citação, mas até o saneamento do processo, "aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar".[642]

O enunciado normativo busca dar racionalidade ao processo e estabilidade ao seu elemento mais importante: o seu objeto. O processo é desenvolvido por uma marcha contínua, teleológica, que se instaura mediante uma manifestação de vontade do demandante e caminha em direção à resposta jurisdicional do Estado à pretensão que lhe foi deduzida.

Apenas merece reparos a restrição 'temporal' imposta pelo legislador à alteração do pedido ou da causa de pedir por convenção entre as partes. Com razão, Fredie Didier Jr. questiona: "se as partes são capazes e desejam, consensualmente, uma ampliação no objeto litigioso após o saneamento, por que não aceitar?"[643]

De fato, havendo *consenso* entre as partes, nada justifica impedir que *decidam*, em *conjunto*, alterar o objeto do processo mesmo depois do saneamento. A segurança jurídica pretendida pela estabilização serve às próprias partes. Não faz sentido que elas sejam proibidas de dispor da garantia se acreditam que podem obter mais benefícios de outra maneira.

49. A disponibilidade sobre a composição dos polos processuais

Embora o pedido seja normalmente o foco primário da análise do princípio dispositivo, a disponibilidade das partes gera consequências importantíssimas na composição dos polos processuais. Há cumulação de demandas em um mesmo processo

---

[642] V. MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. p. 200-201: "A estabilização da demanda, portanto, é formada por diferentes preclusões processuais que tornam, ao desenvolver da relação processual, cada vez mais difícil a alteração do objeto litigioso do processo, até torna-la proibida, sempre visando a garantir o andamento regular do processo e o respeito ao princípio do contraditório".

[643] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 577.

também em caso de litisconsórcio (ativo ou passivo) e, ao invés do que ocorre com o pedido, há casos em que esse cúmulo subjetivo de demandas é considerado obrigatório, restringindo parcialmente a liberdade que rege o exercício da ação.

49.1. A composição dos polos processuais

Em linhas muito gerais, os polos do processo são definidos na demanda. O demandante assume o polo ativo e define, com relativa liberdade, quem ocupará o polo passivo.[644] Se o demandante pretender uma condenação, pode indicar quem ele quer que realize o direito subjetivo de que se considera titular. Tratando-se de obrigação solidária, o demandante não precisa propor a demanda em face de todos os devedores; pode escolher um ou mais deles para responder pela obrigação, e até mesmo remitir a dívida de um dos coobrigados (art. 388 do CC). Tratando-se de obrigação divisível não solidária, o demandante pode pedir a condenação de um ou alguns dos devedores e também remitir a obrigação dos demais, ou simplesmente deixar que a pretensão de parte do seu direito prescreva.

Sempre haverá um demandante e quase sempre haverá um demandado. Sem demandante inexiste processo judicial, pois é a demanda que rompe a inércia jurisdicional; e alguém precisa propô-la. É perfeitamente possível, porém, processo sem demandado, a exemplo do que ocorre no registro e cumprimento de testamento (arts. 735 e ss. do NCPC).

Quando se pensa em definição dos polos processuais na demanda, a constatação extravasa os limites da demanda inicial. Além do autor, o réu, e até mesmo terceiros, podem trabalhar com os polos processuais. O réu, ao formular a *sua* demanda no mesmo processo (reconvenção ou pedido contraposto), define com a mesma liberdade do autor o polo passivo (salvo pela exigência de conexão com a ação principal ou fundamento da defesa). Pode reconvir em face de um ou mais dos autores ou incluir, na reconvenção, terceiros (art. 343, §3º do NCPC). Também pode trazer terceiros ao processo mediante a denunciação da lide (art. 125 do NCPC) ou chamamento ao processo (hipótese de litisconsórcio ulterior – art. 130 do NCPC). No caso de terceiros, o denunciado à lide tem a *faculdade* de promover uma denunciação sucessiva (art. 125, §2º do NCPC) e o chamado ao

---

[644] Explicam WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 338-339: "Quem normalmente decide se formará ou não o litisconsórcio facultativo é o autor – propondo a ação em conjunto com os demais legitimados, no caso de litisconsórcio facultativo ativo, ou propondo a ação contra os vários litisconsortes facultativos passivos".

processo pode promover um novo chamamento de outros devedores solidários. O terceiro que intervém no processo mediante oposição cria novos polos processuais, assumindo o polo ativo, e colocando as partes originais no polo passivo, em litisconsórcio, da nova demanda formulada.

Enfim, as possibilidades processuais são tão vastas quanto são as situações da vida real. O que importa a este trabalho é compreender que todas essas manifestações de vontade estão atreladas ao princípio dispositivo e devem ser respeitadas pelo Estado-jurisdição. Não interessa ao Estado se a parte optou por demandar apenas em face do devedor solidário que tinha menos recursos para pagar a dívida. Trata-se de exercício legítimo da autonomia privada. Ainda que o processo pudesse ter mais efetividade se incluídos todos os devedores solidários, nada resta ao Estado senão respeitar a decisão do demandante.

49.2. A exigência da legitimidade ad causam

A restrição "processual" mais importante à liberdade de definição dos polos do processo é a exigência de que as partes tenham legitimidade *ad causam*: tanto para propor a demanda quanto para constar do polo passivo (arts. 17, 337, XI, 339 e 485, VI do NCPC). Se qualquer das partes for ilegítima para a causa, o processo é extinto em relação a ela sem julgamento de mérito (art. 485, VI do NCPC).

Relembrando as célebres lições de Liebman, "O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] ele existe".[645] Destarte, tem legitimidade ativa quem "invoca a tutela jurisdicional para um interesse *próprio*"; e tem legitimidade passiva o "titular do interesse oposto, isto é, àquele sobre o qual o provimento pedido deverá produzir os seus efeitos".[646]

Muito já se estudou e escreveu sobre a legitimidade *ad causam*, inclusive para criticá-la e negá-la. Parte da doutrina, incluindo este autor, rejeita que a legitimidade *ad causam* possa ser considerada uma "condição da ação", sem a qual o demandante não tenha direito a uma sentença de mérito ou, pior, não tenha direito a exercer o seu poder de ação e demandar. Como defendi em outra oportunidade, "O conceito de parte em um processo é

---

[645] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 208.

[646] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 209-210.

estritamente processual, bastando, para sua configuração, integrar a relação jurídica processual na condição de demandante ou demandado. A legitimidade, por outro lado, supõe que para ser parte de um processo o sujeito também deve ser parte em uma relação jurídica material. A contradição é evidente, já que a averiguação da correspondência entre as partes processuais e materiais é fato a ser descoberto no próprio processo, por meio das alegações das partes, dos documentos apresentados e das demais provas produzidas. A condição de parte ilegítima quer dizer, em qualquer hipótese, que o pedido do autor é improcedente, seja porque ele não tem o direito que legitimaria sua pretensão, seja porque o direito que legitima sua pretensão não deve ser satisfeito pelo réu, seja porque lhe falta o direito de pleitear a proteção de direitos de terceiros – legitimação extraordinária".[647]

Independentemente dessa discussão, e da natureza da decisão que reconhece a ilegitimidade do demandante ou do demandado, o NCPC erigiu a legitimidade *ad causam* como questão de ordem pública a ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, inclusive de ofício (art. 485, §3º do NCPC). Destarte, ainda que toda e qualquer pessoa tenha o poder de romper a inércia jurisdicional e incluir quem bem entender no polo passivo de sua demanda, mesmo quem não tenha nenhum vínculo com a questão que está à base do processo, é dever do Estado-juiz averiguar as legitimidades ativa e passiva e extinguir o processo em sua falta; ficando o demandante sujeito a reparar os danos causados por um eventual exercício abusivo de sua ação.

49.3. Litisconsórcio facultativo

Há litisconsórcio quando duas ou mais pessoas ocupam um dos polos do processo. É "um fenômeno de *pluralidade de partes"*[648] que decorre das peculiaridades do

---

[647] RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O mérito do processo e as condições da ação*. p. 87-88. No mesmo sentido, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. p. 19: "Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatio ad causam*, denega-lhe o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: 'Se é que existe o direito subjetivo, dele não és titular'. Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimidade passiva *ad causam*, declara que *em face do réu*, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência".

[648] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 332. Destaque no original. Esse já era o conceito dado por CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 1073-1.074. Na França, o litisconsórcio é normalmente referido como um fenômeno de "*pluralité des parties*"

caso concreto e que tem por objetivo "favorecer a harmonia de julgados e a economia processual".[649] Como bem explica Cândido Dinamarco, "É mais econômico realizar um processo só, ainda que possa ser mais complexo e durar mais, do que fazer dois processos, com duplicação dos atos e dos custos de cada um deles".[650]

O litisconsórcio é ativo se a pluralidade for de demandantes, passivo se a pluralidade for de demandados e misto se a pluralidade ocorrer em ambos os polos.[651] Qualquer um deles pode ser instituído pela demanda, desde que preenchido ao menos um dos três requisitos legais previstos no art. 113 do NCPC: (a) entre os litisconsortes houver *comunhão* de direitos ou de obrigações relativos ao pedido (inc. I); (b) houver *conexão* entre as demandas cumuladas pela causa de pedir ou pelo pedido (inc. II); (c) ocorrer *afinidade* de questões por ponto comum de fato ou de direito (inc. III).

Admite-se o litisconsórcio por comunhão para cobrar, p.ex., dívida comum de três devedores solidários (comunhão de obrigações – inc. I). Há litisconsórcio por conexão quando duas vítimas de um mesmo acidente de trânsito pretendem a reparação pelos danos causados pelo motorista embriagado, p.ex. (conexão pela causa de pedir – inc. II). E podem dois consumidores atuar em litisconsórcio ativo para responsabilizar a mesma montadora pelos danos que cada um sofreu com a aquisição de seus respectivos veículos defeituosos (afinidade de questões por ponto comum – inc. III).

Em todos os exemplos acima citados, o litisconsórcio é *facultativo* e só se constitui pela conveniência de aproveitar um mesmo processo para satisfazer todas as pretensões que um ou mais demandantes venham a ter. A liberdade do demandante de não

---

(v. arts. 323 e 324 do CPC francês; v. também GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 337-338). Em sentido contrário, diferenciando a pluralidade de partes do litisconsórcio, o qual exigiria ao menos uma "afinidade de interesses", MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 90. Quanto a isso, Chiovenda já alertava: "*Il nome [litisconsorzio] però non significa oggi se non questa pluralità di persone nella stessa posizione; e non vuole dire che tra le stesse esista, propriamente parlando, un consorzio"* (op. cit. p. 1074).

[649] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 334.

[650] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 334.

[651] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 1073; DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. p. 449.

atuar em litisconsórcio ou de não propor a demanda em face de todas as pessoas que poderia é mero desdobramento da disponibilidade da ação e da demanda e radica no princípio dispositivo.[652]

A única restrição que se impõe à formação do litisconsórcio, além da obrigatória legitimidade *ad causam* de todas as partes, é que o excesso de litisconsortes não impeça o desenvolvimento racional e lógico do processo, nem prejudique a defesa dos demandados. Denomina-se esse fenômeno de litisconsórcios multitudinários, "compostos de um número insuportavelmente grande de colitigantes", os quais "constituem fator de tumulto processual e por isso prejudicam a qualidade do serviço jurisdicional, a sua celeridade e a defesa do adversário".[653] Dinamarco menciona um caso em que havia no processo mil e quinhentos funcionários públicos em litisconsórcio ativo demandando contra o Estado de São Paulo, inviabilizando por completo a defesa do Estado e também a capacidade do juiz de averiguar a situação concreta de cada um dos autores.[654] Para evitar esse tipo de situação, a Lei 8.952/1994 já havia incluído um parágrafo único ao art. 46 do CPC/73 com o seguinte teor: "O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa". A previsão foi mantida no art. 113, §1º do NCPC: "O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença".

Apesar da má redação de ambos os dispositivos, é evidente que a vedação ao litisconsórcio multitudinário não restringe nem o acesso à justiça nem a possibilidade de se demandar contra quem bem entender. A limitação do litisconsórcio facultativo a que a lei se

---

[652] Sobre isso, ao tratar do litisconsórcio facultativo, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 1075: "*Il litisconsorzio in questo caso non è indispensabile; esso costituisce semplicemente un diritto delle parti nel senso che – se trattasi di litisconsorzio attivo – gli attore hanno diritto di unirsi: se trattasi di litisconsorzio passivo o misto l'attore o gli attori hanno diritto di chiamare i convenuti in un solo giudizio, anche spostando a danno di alcuno di essi la competenza*".

[653] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 341.

[654] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 341.

refere implica única e tão somente que o processo será desmembrado em outros processos com grupos menores de litisconsortes; mas todas as demandas cumuladas são preservadas.[655]

49.4. Litisconsórcio facultativo: alternativo, eventual e sucessivo

Os pedidos, já foi exposto, podem ser cumulados de forma alternativa, eventual e sucessiva. Interessante discussão é saber se essas hipóteses aplicam-se à cumulação subjetiva, ao litisconsórcio.

A conclusão parece linear no que diz respeito ao litisconsórcio passivo sucessivo: deve ser aceito.[656] Suponha-se que o filho propõe ação de investigação de paternidade; contudo, sem que o alegado pai tenha condições financeiras de pagar alimentos, pede que os pretensos avós sejam condenados a tanto. Forma-se nesse caso um litisconsórcio sucessivo, no qual apenas o pai é demandado quanto à declaração de paternidade, mas o pai e os avós são demandados quanto à condenação ao pagamento de alimentos. Como os pedidos são sucessivos – só se condena aos alimentos se for declarada a paternidade –, o litisconsórcio é sucessivo – os avós só poderão ser condenados se julgada procedente a demanda proposta contra o pai.

O litisconsórcio sucessivo também pode ser ativo. Araken de Assis dá o exemplo da ação de investigação de paternidade promovida pelo filho recém-nascido (representado pela mãe) cumulada com ação de ressarcimento por despesas com o parto proposta pela mãe em nome próprio.[657] A demanda da mãe depende da declaração de paternidade proposta pelo filho. A sucessividade dos pedidos projeta seus efeitos para o litisconsórcio.

---

[655] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 341-342: "O modo de *limitar* o litisconsórcio consiste em *desmembrar* o grupo inicialmente formado, para que se formem grupos menores, cada um destes prosseguindo em um processo. Constituiria denegação de justiça a exclusão pura e simples dos litisconsortes excedentes, para que só alguns permanecessem em juízo. Com o desmembramento passam a existir dois ou mais processos mas os efeitos substanciais e processuais da propositura da demanda reputam-se produzidos desde quando ela foi proposta ou desde a citação, conforme o caso, sem que o retardamento prejudique o demandante".

[656] V. ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 169; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 468.

[657] ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 169.

Embora tenham algumas similaridades, o litisconsórcio sucessivo não produz pedido *condicional*. No litisconsórcio sucessivo, a parte afirma um fato concreto ('os réus *são* avós'; 'o réu *é* pai') e pede algo concreto ('*por serem avós*, peço a condenação em alimentos'). A sucessividade ocorre porque o pedido sucessivo só será acolhido se acolhido o pedido prévio. Muito distinto é o pedido condicional: nele, a própria causa de pedir alegada pelo autor é eventual ('*se* eu sofrer o dano'). Além disso, a condenação sucessiva é sempre certa e definitiva; a condenação condicional, não.

Quanto ao litisconsórcio alternativo e eventual, podem ser aceitos, mas apenas para o polo passivo do processo.

Há litisconsórcio passivo eventual quando são indicados dois ou mais demandados, e o demandante indica preferência pelo provimento jurisdicional em face de alguns deles. Utilizando o exemplo dado para a cumulação eventual de pedidos, suponha-se que Pedro e João, em solidariedade ativa, celebraram contrato de mútuo com José. Pedro e João desentendem-se e Pedro propõe duas demandas eventuais cumuladas: a nulidade do contrato por simulação entre João e José e, caso julgada improcedente, então a condenação de José a pagar o valor do mútuo. Há, aqui, duas demandas cumuladas, mas João é demandado em apenas uma delas. Poder-se-ia inverter novamente a situação: Pedro pede a condenação de José a pagar o mútuo e, caso julgada improcedente a demanda, então que o contrato de mútuo seja anulado por erro. Nesse caso, apenas José é demandado a pagar, mas há litisconsórcio entre José e João quanto à anulabilidade do contrato.

O litisconsórcio passivo alternativo obedece à mesma lógica. Suponha-se que Pedro contratou José para instalar um portão em sua casa e João ingressou na relação como fiador de José e obrigou-se a restituir o valor pago como devedor solidário (art. 828, I do CC). Diante do inadimplemento de José, Pedro propôs demanda judicial e pediu, alternativamente, que José cumprisse a sua obrigação de instalar o portão, ou então que ele ou João lhe devolvessem o dinheiro. João é litisconsorte alternativo nesse caso.[658]

Não se admite o litisconsórcio eventual ou alternativo entre demandantes porque nesse caso haveria um demandante condicional. Ora, ou o demandante comparece perante o Estado-jurisdição e deduz uma pretensão concreta mediante um pedido *certo* ou

---

[658] Outro bom exemplo de litisconsórcio alternativo é o da consignação em pagamento em caso de dúvida quanto ao credor. V. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 470.

ele não é um demandante propriamente dito. Uma coisa é formular dois ou mais pedidos para que um deles seja acolhido. Ainda que haja mais de uma opção de tutela, existe a *pretensão concreta a uma tutela*. No litisconsórcio ativo eventual ou alternativo, um ou mais dos demandantes *talvez* esteja pedindo algo. Essa eventualidade, tal qual ocorre com o pedido condicional, é incompatível com o processo judicial, com a segurança jurídica e com o rompimento da inércia jurisdicional exclusivamente pela propositura de uma demanda.

49.5. Litisconsórcio necessário

Existem casos em que o litisconsórcio é *necessário* e a validade do processo fica condicionada à sua constituição. O art. 114 do NCPC impõe o litisconsórcio "por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes".

São duas, portanto, as situações previstas pelo NCPC. A primeira é quando a lei disciplina quem deve participar do processo, o que ocorre com frequência nos procedimentos especiais. Quando a declaração de usucapião se processava por procedimento especial, havia litisconsórcio passivo necessário entre aquele "cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo" e os confinantes do imóvel (art. 942 do CPC/73). O procedimento especial foi abolido, mas o litisconsórcio necessário continua previsto no art. 246, §3º do NCPC. Há litisconsórcio necessário entre os condôminos e os confinantes na ação de divisão (arts. 588 e ss. do NCPC); entre autor e réu na oposição (art. 682); entre os sócios remanescentes e a sociedade na ação de dissolução parcial (art. 601 do NCPC) etc.

Quando a lei não dispuser expressamente, impõe-se o litisconsórcio se a eficácia da sentença depender da participação de determinadas pessoas. A hipótese mais comum é da demanda desconstitutiva de ato jurídico. Como a sentença não prejudica terceiros (art. 506 do NCPC), não pode invalidar um ato jurídico praticado por quem não é parte no processo. Exemplo clássico é o da ação de nulidade de casamento (arts. 1.548 e 1.549 do CC). Se proposta pelo Ministério Público ou por terceiros, há litisconsórcio necessário entre os cônjuges, pois não é possível invalidar o casamento para um, e não para o outro. O mesmo raciocínio vale para uma ação de nulidade de contrato celebrado entre três pessoas. Se uma delas pretender invalidar o negócio jurídico, é necessário o litisconsórcio entre os outros dois contratantes.

A essas duas hipóteses, Fredie Didier Jr. acrescenta o litisconsórcio necessário decorrente de negócio jurídico processual.[659] Um bom exemplo disso seria a convenção de que o credor deve obrigatoriamente instaurar o seu eventual processo contra todos os devedores solidários. Formar-se-ia um litisconsórcio necessário entre os devedores, ainda que a lei permita que a demanda seja proposta contra apenas um ou alguns deles.

Configurado o litisconsórcio necessário, a correta integração do polo passivo deve ser determinada pelo Estado-juiz de ofício, sob pena de extinção do processo (art. 115, parágrafo único do NCPC). Caso seja proferida decisão sem que se atente à falta de uma das pessoas que deveria ter constado do processo, ela será nula se o litisconsórcio necessário for também unitário; e ineficaz a quem não participou do processo se o litisconsórcio necessário for comum (art. 115, I e II do NCPC).

49.6. A excepcionalidade do litisconsórcio necessário

O litisconsórcio necessário é uma severa restrição ao princípio dispositivo, pois impõe ao demandante a cumulação subjetiva de sua demanda ao determinar contra quem ele deve demandar.[660] É a *única* hipótese de cumulação obrigatória de demandas. Não há casos de cumulação obrigatória de pedidos nem de cumulação obrigatória de causas de pedir. O filho pode pedir a condenação do pai a pagar-lhe alimentos mesmo sem o pedido prévio de declaração de paternidade; ainda que fosse a opção mais lógica, a cumulação sucessiva é opcional.

Justamente por ser uma restrição da liberdade, o litisconsórcio necessário precisa ser compreendido como uma excepcionalidade decorrente de situações muito específicas que realmente exigem a pluralidade de pessoas no polo passivo do processo. As lições de Dinamarco são precisas: "A facultatividade do litisconsórcio constitui regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes*, não sendo lícito impor sua

---

[659] DIDIDER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 463-464.

[660] Mais uma vez, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 1079. Ao tratar do litisconsórcio necessário em "casos não regulados pela lei", afirmou que "a sua solução se encontra em dois princípios fundamentais": "*Da un lato il principio della* libertà: *ciascuno è libero d'agire come crede nell'ambito della legge; e nel processo nessuno può essere costretto a proporre una domanda che non vuol proporre o a proporla contro chi non vuole*. *D'altro lato il principio che per agire bisogna aver* interesse*; non si può chiedere al giudice una cosa inutile"*.

implantação quando a lei não a exige, e porque a necessariedade importa restrição ao *direito de ação*, também constitucionalmente assegurado".[661] É indiscutível que ambos os cônjuges devem participar de uma ação de nulidade do casamento, p.ex. Contudo, é preciso cautela para que não se exijam litisconsórcios *desnecessários* em prejuízo das partes, sobretudo quando não estiverem previstos em lei.

O litisconsórcio é necessário quando a eficácia da decisão *depender* da constituição do litisconsórcio. Isso não quer dizer que a decisão deva ser eficaz para todas as pessoas que poderiam ser por ela afetadas; tampouco significa retomar a confusão do CPC/73 entre litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário (art. 47), felizmente corrigida pelo art. 114 do NCPC.

Quanto à eficácia da decisão, basta pensar nas obrigações indivisíveis. Mesmo se houver pluralidade de devedores, o credor pode exigir a obrigação em sua integralidade de qualquer um deles (art. 259 do CC). A condenação judicial do único codevedor demandado afeta todos os codevedores (art. 259, parágrafo único do CC e art. 132 do NCPC), mas nem por isso o litisconsórcio é necessário.[662] No sentido inverso, qualquer um dos cocredores solidários pode pedir o adimplemento integral da obrigação (art. 267 e ss. do CC). Se apenas um deles propuser demanda judicial contra o obrigado, a sentença de procedência favorecerá a todos, não obstante o litisconsórcio ser facultativo.

Quanto à confusão entre litisconsórcio necessário e unitário, desde 1975, em crítica ao art. 47 do CPC/73, Celso Agrícola Barbi já demonstrava que o litisconsórcio poderia ser unitário e facultativo. Dava como exemplo a propositura de ação de nulidade de deliberação de assembleia de sociedade por ações por dois acionistas. O litisconsórcio entre os dois acionistas é unitário, pois ou a deliberação é válida ou é inválida, mas facultativo: só se formou pela manifestação de vontade dos sócios de demandar em conjunto.[663] Além disso,

---

[661] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 353.

[662] Nesse caso, o demandado poderia, se assim quisesse, inclusive chamar os codevedores para compor o polo passivo em litisconsorte consigo – art. 130, III do NCPC.

[663] BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.I, t. I. p. 276. V. também WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 337.

há alguns exemplos de litisconsórcios necessários comuns (não unitários) por imposição legal – como, p.ex., na ação popular (art. 6º da Lei 4.717).[664]

A jurisprudência nem sempre demonstra o zelo recomendado no tratamento do litisconsórcio necessário e às vezes cria hipóteses no mínimo discutíveis, sem amparo legal. O direito societário é um dos mais afetados com isso. Um dos muitos exemplos é o da composição do polo passivo em ações de dissolução parcial de sociedades. Durante décadas a jurisprudência foi controversa, com incontáveis decisões proferidas ora no sentido de que apenas a sociedade precisaria constar do polo passivo do processo, sendo facultativo o litisconsórcio com os sócios remanescentes,[665] ora no sentido de que havia litisconsórcio necessário entre os sócios remanescentes e a sociedade,[666] e ora no sentido de que o litisconsórcio era necessário apenas entre os sócios remanescentes.[667]

Deixado de lado o absurdo da falta de uniformização em um tema tão importante e sensível (algumas decisões chegavam a considerar ilegítimos os sócios remanescentes ou a sociedade, a depender da corrente adotada),[668] nada justificava tamanha indefinição. Os próprios defensores do litisconsórcio passivo necessário reconheciam que os sócios remanescentes seriam atingidos apenas *reflexamente* pela sentença, e tinham ciência das dificuldades práticas de citação de todos os sócios em sociedades com grande número

---

[664] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 354-355;

[665] P.ex., TJPR, AI 872290-9, j. 20.06.2012: "Ação de dissolução parcial de sociedade. Liquidação de haveres dos sócios retirantes. Cumprimento de sentença. Exceção de pré-executividade. Presença obrigatória da sociedade no polo passivo e dos agravantes, em litisconsórcio facultativo, que não implica em reconhecimento da dívida".

[666] P.ex., STJ, REsp 105.667/SC, j. 26/09/2000: "A ação de dissolução parcial deve ser promovida pelo sócio retirante contra a sociedade e os sócios remanescentes, em litisconsórcio necessário. Precedentes".

[667] P.ex., STJ, REsp 735.207/BA, j. 11/04/2006: "1. Dúvida não há na jurisprudência da Corte sobre a necessidade de citação de todos os sócios remanescentes como litisconsortes passivos necessários na ação de dissolução de sociedade. 2. Embora grasse controvérsia entre as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte, a Terceira Turma tem assentado que não tem a sociedade por quotas de responsabilidade limitada qualidade de litisconsorte passivo necessário, podendo, todavia, integrar o feito se assim o desejar".

[668] Especificamente sobre a apuração de haveres, p.ex., TJSP, AC 3336-52.2003.8.26.0278, j. 16.10.2012: "Tratando-se de exclusivo pleito de apuração de haveres, a legitimidade passiva é da sociedade, e não dos sócios remanescentes - Ilegitimidade passiva configurada - R. sentença mantida - Recurso não provido".

de pessoas – para esse problema, chegou-se a dar a solução de citá-los por edital.[669] Quer dizer, exigia-se o litisconsórcio necessário, mas não se exigia a efetiva citação dos litisconsortes; um raciocínio ilógico.

Na verdade, a mera incerteza quanto ao tema já desaconselhava a restrição da liberdade do demandante para a promoção de um formalismo-excessivo. Sob o ponto de vista processual, ao menos em sociedades anônimas e de responsabilidade limitada, deveria bastar *ou* a citação da sociedade *ou* dos sócios remanescentes, em autêntico litisconsórcio facultativo unitário. Se o sócio remanescente que não foi citado realmente tivesse algum interesse na causa, estava-lhe aberto o caminho da intervenção. Mas em vez de intervirem como assistentes, os sócios remanescentes utilizavam a formalidade inócua para invalidar processos e promover a chicana.

Tudo isso foi dirimido pelo NCPC, que positivou o entendimento que vinha dominando nos últimos anos: há litisconsórcio necessário entre a sociedade e os sócios remanescentes, não importa se é dissolução parcial promovida pelo sócio retirante, exclusão de sócio ou apuração de haveres (art. 601 do NCPC).[670] Ao menos o legislador teve bom senso e flexibilizou parcialmente o litisconsórcio: "A sociedade não será citada se todos os seus sócios o forem, mas ficará sujeita aos efeitos da decisão e à coisa julgada" (art. 601, parágrafo único do NCPC). Quer dizer, o litisconsórcio é necessário, mas não tão necessário assim.

O exemplo dado, independentemente do acerto da crítica que lhe foi feita, bem demonstra os perigos da criação jurisprudencial de litisconsórcios necessários, e a insegurança jurídica que inevitavelmente gera a todos os sujeitos processuais. O litisconsórcio necessário é excepcional e, salvo quando previsto em lei, só pode ser exigido em situações em que for evidente e indiscutível. Não se podem criar litisconsórcios necessários com pessoas que são atingidas apenas reflexa ou indiretamente pela decisão. Como ensinava Chiovenda, tratando do litisconsórcio em demandas condenatórias, "A

---

[669] Por todos, FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio no Novo Código Civil*. p. 124-125.

[670] Para uma análise crítica da péssima disciplina legislativa quanto ao procedimento especial de dissolução parcial de sociedades, v. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. *passim*; especificamente sobre a legitimação passiva, p. 47-51.

conveniência de impedir *eventuais* juízos sucessivos e *eventuais* pronúncias contrárias não autoriza violar a liberdade de agir, quando ausente uma norma legal; para evitar um dano temido e incerto, far-se-ia um mal certo, atual e mesmo irreparável".[671]

49.7. Inexistência de litisconsórcio ativo necessário

Ao contrário do litisconsórcio unitário, que pode ser ativo ou passivo, só há litisconsórcio necessário passivo. Não existe litisconsórcio necessário ativo, pois ninguém pode ser obrigado a demandar contra a sua vontade, tampouco pode ser compelido a demandar ao lado de quem não quer.

A inexistência de litisconsórcio necessário é confirmada pelas variadas previsões materiais que legitimam cocredores a, unilateralmente, exigir a satisfação de direito comum (p.ex., arts. 260 e 267 do CC). No âmbito processual, também se atribui legitimidade para que cotitulares de direitos proponham unilateralmente as demandas necessárias. Serve como ótimo exemplo o art. 575 do NCPC: "Qualquer condômino é parte legítima para promover a demarcação do imóvel comum, requerendo a intimação dos demais para, querendo, intervir no processo". Se formado, o litisconsórcio ativo é unitário; mas a incompatibilidade do litisconsórcio necessário ativo com o Direito brasileiro autoriza que qualquer dos condôminos peça a demarcação do imóvel, exigindo o Código apenas a cientificação dos demais. No entanto, essa não é uma regra geral. Quando a lei determinar a intimação de terceiros para ter ciência do processo, evidentemente deve ser atendida, mas não pode o juiz, de ofício, criar um dever de cientificação de pessoas que poderiam ser litisconsortes ativas, mas não o são. Se o credor solidário demandar solitariamente, não pode o Estado-jurisdição sair de sua inércia e mandar, sem previsão legal, que os demais credores sejam intimados, p.ex. A lei permite que o demandante cobre e receba, inclusive sem a anuência dos demais credores. Foi isso o que decidiu o legislador ao exercer a sua função constitucional e *legislar*. Não é papel do Estado-juiz adotar postura paternalista e garantir que todos os demais credores estejam cientes ou que não estejam sendo prejudicados pelo ato unilateral do demandante. Esse é um problema a ser resolvido por eles e entre eles; ou em um novo processo judicial caso seja essa a *vontade* dos cotitulares lesados.

Muitas vezes confunde-se litisconsórcio necessário ativo com legitimidade extraordinária ou com o próprio direito material que fundamenta a demanda. É o que

---

[671] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 1081.

acontece claramente com a hipótese de responsabilização do administrador pelos sócios minoritários. De acordo com a Lei das Sociedades Anônimas, em disciplina que frequentemente aplica-se subsidiariamente às sociedades de pessoas, compete à sociedade responsabilizar o administrador por atos de má-gestão (art. 159), mediante decisão a ser tomada em assembleia-geral (art. 159, §1º). Se a decisão for pela responsabilização do administrador, então a própria sociedade promoverá a respectiva ação condenatória; e, se nada fizer em três meses, atribui-se legitimidade extraordinária a qualquer sócio para promovê-la (art. 159, §3º). Contudo, se a decisão for pela não responsabilização do administrador, então a ação poderá ser proposta por qualquer sócio com pelo menos cinco por cento do capital social (art. 159, §4º). A demanda pode ser proposta por um único sócio ou por vários sócios em litisconsórcio. Pode ser proposta por dois sócios, cada um titular de 15% do capital, p.ex., ou por três sócios que, somados, totalizam ao menos 5% do capital social.

Não há nenhum litisconsórcio necessário nesse caso. O que há é um requisito objetivo para que o sócio possa agir em nome da sociedade, o qual pode ser preenchido por apenas *um* sócio ou por vários sócios em conjunto. Se o sócio com 4% do capital social propuser a demanda de responsabilização do administrador, o processo não será extinto porque deixou de ser formado um litisconsórcio obrigatório, e sim porque o demandante não tem legitimidade extraordinária para postular em nome de terceiros. Repete-se: o problema é de legitimidade, não de litisconsórcio.[672]

O STJ enfrentou situação análoga em ação de dissolução parcial proposta por acionistas minoritários no REsp 408.122. De acordo com o art. 206, II, *b* da Lei das Sociedades Anônimas, a companhia pode ser dissolvida judicialmente "quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social". A diferença é que aqui não se trata de legitimidade, mas de direito material societário. Os titulares de ao menos 5% do capital social, sozinhos ou somados, têm o direito potestativo de dissolver a sociedade que não pode preencher o seu fim. O titular de 4% do capital social não tem, por si só, esse direito potestativo. Pois bem.

---

[672] Essa indevida confusão entre litisconsórcio e legitimidade encontra-se disseminada também na doutrina estrangeira. V., p.ex., SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. p. 149: "*Il concetto di litisconsorzio necessario è stato elaborato dalla dottrina, la quale si è proposta il problema se esistono dei casi in cui la legittimazione ad agire spetti solo a tutti insieme o contro tutti insieme i partecipi di un rapporto, così che la decisione debba essere necessariamente unica nei confronti di tutti*".

No referido caso a demanda foi proposta e, no curso do processo, um dos autores desistiu da ação, fazendo com que os remanescentes não tivessem os 5% exigidos em lei. De acordo com o STJ, "a desistência de um dos litigantes não poderia prejudicar os demais. Sendo necessário o litisconsórcio formado por ocasião da propositura da ação, o consentimento dado pelo autor no início do processo não pode ser revogado em seu curso. A desistência só pode ser admitida caso subscrita por todos os autores".

O tribunal errou triplamente. Primeiro ao considerar "necessário" um litisconsórcio que sempre foi facultativo; bastaria que um dos litisconsortes tivesse, por si só, 5% do capital social e todos os demais autores seriam dispensáveis. Segundo por confundir o direito potestativo material à dissolução da sociedade com litisconsórcio necessário. Titulares de 5% do capital social têm o direito à dissolução; titulares de menos de 5% do capital social, não. O raciocínio é simples assim. Não é um problema de litisconsórcio, mas de direito material. Terceiro por criar um esdrúxulo "litisconsórcio necessário apenas no momento de instauração do processo". Ora, se os autores não preenchem o requisito legal para a dissolução da sociedade, o direito potestativo não pode ser realizado. A desistência de um dos autores fez desaparecer o direito potestativo que os demais litisconsortes tinham – e não têm mais. Afirmar que essa é uma situação "irrelevante" configura um ativismo despropositado, desrespeito à lei e gravíssima violação ao princípio dispositivo. Afinal, conceder-se-á uma tutela *contra a vontade daquele que quis, porém não quer mais a dissolução*. Se os autores remanescentes não têm mais o direito que antes tinham, obviamente não mais ostentam uma pretensão processual legítima. O julgamento de improcedência era a única opção possível.

Diante de tudo isso, reafirma-se: não há litisconsórcio ativo necessário. Trata-se de categoria manifestamente incompatível com o princípio dispositivo.

50. A disponibilidade da causa de pedir

Com nome autoexplicativo, causa de pedir é a causa pela qual a parte formula um pedido, o fundamento em que está amparada a pretensão deduzida na demanda. Embora não constitua o mérito propriamente dito, a causa de pedir possibilita compreender e delimitar o objeto do processo: demanda sem pedido é juridicamente inexistente; demanda sem causa de pedir é nula de pleno direito.

A alteração de uma causa de pedir altera a demanda e, consequentemente, permite que o mesmo pedido seja deduzido pelo mesmo demandante contra o mesmo

demandado. Basta que a *causa* desse pedido seja diferente. Se João e Maria pedem a exclusão societária de José *porque* ele desviou dinheiro da sociedade em abril de 2014 (causa de pedir) e o pedido é julgado improcedente com trânsito em julgado, podem propor nova demanda de exclusão societária de José *porque* ele desviou dinheiro da sociedade em maio de 2017 (nova causa de pedir).

A causa de pedir é um dos elementos objetivos da demanda e, como o pedido, constitui matéria essencialmente disponível pelo demandante. São causas de pedir apenas aquelas que foram expressamente indicadas na petição que veiculou a demanda (petição inicial, contestação com reconvenção etc.), e a elas estão vinculados todos os sujeitos processuais. Não existem causas de pedir obrigatórias ou "necessárias" para a validade do processo. O que pode acontecer é que a causa de pedir apresentada revele-se insuficiente ao acolhimento do pedido; mas aí nada tem de disponibilidade ou indisponibilidade, o problema é de legitimidade, de fundamento da pretensão deduzida.

Utilizando o mesmo exemplo, embora constatem que José desviou dinheiro da sociedade mensalmente ao longo de três anos, Francisco e Maria podem pedir a sua exclusão única e tão somente por um, dez ou vinte desses trinta e seis desvios. Ainda que se prove ao longo do processo que José desviou dinheiro trinta e seis vezes, a demanda só poderá ser julgada procedente se provado que houve aquele desvio especificamente apontado na petição inicial.

A causa de pedir encontra o seu contraponto na defesa do demandado e correlaciona-se com a motivação da decisão judicial.

50.1. Causa de pedir, fatos e Direito

De todos os elementos da demanda, a causa de pedir é o mais complexo,[673] pois a sua identificação não é pautada por um raciocínio lógico, mas por opções e escolhas legislativas. Não há controvérsia relevante sobre o que é um pedido ou sobre quem é parte em um processo. Pode-se discutir se determinada pessoa deve ou não ser parte, ou se um pedido foi ou não formulado, mas a conceituação dos elementos é ontológica. Isso não ocorre com a causa de pedir. Cada ordenamento jurídico pode disciplinar diferentemente a matéria, definindo *o que é* e *qual é* a causa de pedir. Além disso, a causa de pedir localiza-se em uma

---

[673] *Cf.* ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. p. 135; CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. p. 392; GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 402.

zona limítrofe entre a disponibilidade fática atribuída às partes e a indisponibilidade jurídica própria do Estado Moderno, o que torna o seu tratamento ainda mais delicado.

Pegue-se como exemplo a França. Até recentemente, vigia naquele país duas concepções de causa de pedir simultaneamente.[674] Quando se buscava identificar a demanda para fins de estabelecer os limites da coisa julgada, a causa de pedir era o fato qualificado juridicamente; por isso, considerava-se que "a mera alteração do fundamento jurídico bastava para caracterizar uma alteração de causa", afastando-se o óbice da coisa julgada.[675] Por outro lado, para fins de "princípio dispositivo" e definição dos limites da atuação judicial – i.e., correlação entre tutela e demanda –, a causa de pedir era apenas o "complexo de *fatos* examinado pelo juiz" mediante provocação da parte.[676] Em 2006, ao julgar o célebre caso *Cesareo*,[677] a Corte de Cassação francesa rompeu com uma longa tradição e afirmou que a parte "não poderia ser admitida a contestar a identidade da causa de duas demandas ao invocar um fundamento jurídico que se abstivera de suscitar no momento apropriado, de sorte que a demanda afrontava a coisa previamente julgada". Houve, portanto, a unificação dos conceitos de causa de pedir.

Na Alemanha e na Itália, a doutrina debateu por décadas se a causa de pedir são os "fatos históricos" invocados como "fatos constitutivos do direito afirmado" ou se é "a mera especificação do direito substancial acionado",[678] a "mais ampla indicação da

---

[674] Em 1964, Motulsky fazia referência a três correntes doutrinárias, pelas quais a causa de pedir seria: (i) a regra de direito ou o princípio jurídico invocado pelo autor; (ii) o ato ou o fato que fundamenta o pedido juridicamente qualificado; (iii) as "circunstâncias de fato invocadas a fim de estabelecer o direito subjetivo pelo qual se traduz juridicamente a pretensão submetida ao juiz", os quais são "os elementos geradores do direito em questão". MOTULSKY, Henri. *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*. p. 103.

[675] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 768; HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 288-289.

[676] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 769.

[677] Cass., ass. plén, Arrêt nº 540 de 7 de julho de 2006.

[678] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, v. I. p. 250.

relação jurídica substancial".[679] À primeira denominou-se teoria da substanciação (ou substancialização), e à segunda teoria da individuação (ou individualização).[680]

No Brasil adota-se como regra a teoria da substanciação e, considerando o *iura novit curia*, em geral acolhe-se a concepção de que a causa de pedir é sempre um fato: um fato ou um conjunto de fatos juridicamente relevante do qual é possível extrair a pretensão deduzida. Não fazem parte da causa de pedir, porém, os fatos dos quais não decorre diretamente a pretensão deduzida pelo demandante, ainda que narrados com a finalidade de contextualização, ilustração ou persuasão (v. abaixo, Capítulo Sexto, n. 60). Nesse sentido, ensinava Chiovenda que "a *causa petendi* (e *debendi*) é uma 'causa' juridicamente relevante: não é um fato natural puro e simples, mas um fato, ou um complexo de fatos, apto a colocar em movimento uma norma legal: um fato ou um complexo de fatos idôneos a produzir efeitos jurídicos".[681]

Além de narrar o fato, a validade da demanda depende da demonstração, pelo demandante, que daquele fato decorre o seu pedido, ou seja, deve demonstrar "como os fatos narrados justificam que o autor peça o que pede".[682] É preciso que exista, portanto, um vínculo lógico entre a pretensão deduzida no pedido e o fato apresentado como causa de

---

[679] MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 102.

[680] Sobre o tema, v. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 629; SCHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. p. 166; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. p. 42-44; JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 205-217; NASI, Antonio. *Disposizione del Diritto e Azione Dispositiva*. p. 89-104; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, v. I. p. 250; MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 203; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 102; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* causa petendi *no processo civil*. p. 93 e ss.; ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. p. 136; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 126-128; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil*. p. 54-58; CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário: um exame crítico*. p. 237-243.

[681] CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azioni. Sulla regola `ne eat iudex ultra petita partium*. p. 162-163

[682] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III. p. 143.

pedir.[683] A causa de pedir tem que ser o *'porquê'* do pedido; entre eles é preciso que exista "nexo de causa e efeito".[684]

Quando a pretensão é condenatória, a causa de pedir desdobra-se em ativa e passiva. É ativa a apresentação do fato constitutivo do direito (celebração de um contrato de mútuo, p.ex.) e passiva a apresentação do fato violador do direito que justifica a condenação do demandado (o inadimplemento do mútuo, p.ex.).[685]

Em razão da péssima redação legislativa que vem desde o art. 158, III do CPC/39 e não foi corrigida pelos Códigos que o sucederam (art. 282, III do CPC/73 e art. 319, III do NCPC),[686] a doutrina chama esse vínculo lógico entre fatos e pedido de "fundamento jurídico do pedido".[687] Explicava Pontes de Miranda: "Após a narração dos fatos se procede à exposição dos fundamentos jurídicos do pedido, do fato *jurídico*, isto é, de como aqueles fatos marcados justificam que o autor peça o que pede – a razão da pretensão".[688] Assim, remontando à antiga construção desenvolvida no Direito Comum,[689] divide-se a causa de pedir em fundamentos fáticos (*causa de pedir remota*) e fundamentos jurídicos (*causa de pedir próxima*).

Ocorre que, como se reconhece unanimemente, a argumentação jurídica das partes não é vinculante ao Estado-juiz: *iura novit curia*.[690] Para resolver esse problema,

---

[683] ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 181: "O autor deve demonstrar que os fatos descritos levam necessariamente à conclusão ou conclusões pedidas, isto é, à relação de causa e efeito (no plano lógico e volitivo do autor) entre os fatos jurídicos e o pedido, ou seja, os fatos e suas consequências".

[684] ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 149. V. também DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 522-553.

[685] TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil.* p. 165.

[686] No Código de Processo do Estado de São Paulo, de 1930, a redação era muito mais adequada: "Art. 206 – A petição deve conter: (...) III – A menção do fato, ato ou título gerador do direito invocado".

[687] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III. p. 143; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 278; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 552-553.

[688] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. IV. p. 14.

[689] TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* Causa Petendi *no Processo Civil*. p. 61-62.

[690] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. IV. p. 16-17; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III. p. 143; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 278; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 213; ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão*

tenta-se criar uma artificial diferenciação entre fundamentação jurídica e fundamentação legal; a primeira comporia a causa de pedir, a segunda não.[691] Decidiu recentemente o STJ: "Muito embora o art. 282, inc. III, do CPC determine que a petição inicial deverá indicar 'fato e os fundamentos jurídicos do pedido', é importante asseverar que 'não se confunde 'fundamento jurídico' com 'fundamento legal', sendo aquele imprescindível e este dispensável, em respeito ao princípio 'iura novit curia' (o juiz conhece o direito)'".[692]

Na verdade, não há fundamento jurídico nenhum na causa de pedir; ao menos não na causa de pedir como elemento identificador da demanda.[693] Demonstrar que um fato configura *causa de pedir* não quer dizer que a parte tenha que apresentar um "fundamento jurídico" ao acolhimento da sua demanda. A parte pode, é claro, desenvolver a argumentação jurídica que bem entender, e é até preferível que assim o faça, sob pena de ver recusada a demanda pelo indevido desconhecimento do juiz-pessoa do direito aplicável ao caso.[694] Mas nada disso é vinculante ao Estado-juiz nem serve para identificar ou diferenciar a

---

Judicial e Embargos de Declaração. p. 144 e ss.; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 553; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *A causa de pedir nas ações de execução*. p. 99.

[691] Sobre essa distinção, concluiu BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. p. 33: "Fundamento jurídico seria, portanto, a atribuição aos fatos da vida de determinada consequência estabelecida no ordenamento. Ao descrever o fato e pleitear o efeito jurídico a ele inerente, já estaria o autor deduzindo o fundamento jurídico. Pelo que se vê, não é tão clara a distinção entre fato, fundamento jurídico e fundamento legal".

[692] STJ, AREsp 788.638/SP, julgado em 19.04.2017.

[693] Nesse sentido, AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO María Pía Calderón. *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*. p. 158; RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil.* p. 214-215. Marcelo Pacheco Machado não chega a essa conclusão taxativa, mas desenvolve raciocínio muito parecido: "podemos concluir que – ao menos para a identificação do objeto litigioso do processo – o foco deve estar nos fatos alegados como fundamento do pedido, sendo relevante a análise da norma jurídica, tão somente, como elemento de argumentação do demandante, a fornecer melhor critério de convencimento ao juiz, além de aspectos meramente processuais, como a competência. No entanto, não o vincula e, por não ser capaz de individualizar um processo, não deverá ter relevância para a delimitação do objeto litigioso". MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. p. 88.

[694] Como bem pondera BAUR, Fritz. *Da importância da dicção 'iura novit curia'*. p. 170.

demanda.[695] São meros argumentos persuasivos que, em razão do *iura novit curia*, podem ser afastados pela sentença e, ainda assim, ser julgada procedente a pretensão deduzida.[696]

Suponha que João e José celebraram contrato de compra e venda de um automóvel e estipularam que o preço seria estabelecido por José, comprador, um dia antes da data prevista para o pagamento. Arrependido do negócio, João propõe ação de nulidade do contrato. A demanda possui um pedido (decretação de nulidade do contrato), possui partes (João é demandante, José é demandado) e possui uma causa de pedir, que é o *fato juridicamente relevante* de que foi celebrado o contrato de compra e venda entre João e José com uma cláusula atribuindo a José o poder de definir unilateralmente o preço do contrato. Assim, *porque* existe um contrato com a referida cláusula, João pede a invalidação do negócio (tutela desconstitutiva) em face de José.

Nada impede, e é recomendável, que João faça referência ao art. 489 do Código Civil e demonstre que a fixação arbitrária do preço por um dos contratantes é vedada pelo ordenamento jurídico. Contudo, tanto a qualificação jurídica do fato (nulidade do contrato) quanto a invocação do enunciado normativo (art. 489 do CC) são argumentos persuasivos que deverão ser levados em consideração no momento de decidir, mas que não vinculam o juiz ao acolhimento do pedido. Ainda que João qualifique o contrato como 'anulável por lesão' e cite o art. 171, II do Código Civil como fundamento da sua qualificação, a demanda deverá ser julgada procedente se constatado que do conjunto de fatos narrado pelo autor decorre uma legítima pretensão à desconstituição do contrato. Essa é, repete-se, uma das consequências do aforismo *iura novit curia*: o Estado-jurisdição não está vinculado nem à qualificação jurídica dos fatos dada pelas partes nem aos enunciados normativos por elas invocados; ambos são meras *sugestões*, que devem ser necessariamente analisados na decisão, mas de cujo acerto não depende a procedência do pedido (v. abaixo, Capítulo Sétimo).

---

[695] *Cf.* ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 110 e ss: "Indubitavelmente, todavia, no direito brasileiro, *os elementos fáticos da causa pedir é o que as caracteriza, realmente*" (p. 110). Na Alemanha, afirma JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 225: "Como *fundamentos da pretensão ou da acção* têm de entender-se os factos de o autor deriva o seu alegado direito".

[696] É incompreensível que a doutrina insista na inserção do "fundamento jurídico" na causa de pedir, mas de forma praticamente unânime reconheça a sua irrelevância, seja para identificar a demanda, seja para estabelecer os limites da atuação judicial.

Seguindo no mesmo exemplo, a demanda será julgada improcedente se, ao contrário do que foi alegado por João, estipulara-se que o preço do contrato seria definido por um terceiro, Pedro, nos termos do art. art. 485 do CC. A causa de pedir – o fato em que estava amparado o pedido – não fora demonstrada e, portanto, a pretensão de João é infundada. Contudo, João poderá pedir novamente a desconstituição do contrato se alegar que foi estipulada condição suspensiva potestativa (art. 122 do CC). O pedido é o mesmo (desconstituição do mesmo contrato) e as partes são as mesmas (João e José), mas o fato que ampara o pedido, a *causa de pedir*, é outro ('existência de condição suspensiva potestativa', e não mais a 'existência de cláusula autorizando a fixação arbitrária do preço por um dos contratantes').

50.2. Cumulação de causas

A disponibilidade da causa de pedir permite que, a exemplo do pedido, seja livremente cumulada pelo demandante.[697] No exemplo dado do contrato de compra e venda celebrado entre João e José, João pode pedir a invalidação do contrato tanto pela existência da condição suspensiva puramente potestativa quanto pela fixação arbitrária do preço por José. Nesse caso ele apresenta *duas causas* para o mesmo pedido; dois fatos juridicamente relevantes, autônomos, que, por si só, garantem-lhe a procedência de uma mesma pretensão desconstitutiva.

A principal peculiaridade da cumulação de causas em relação ao pedido é que, na cumulação de causas, não existe diferença entre a cumulação simples e a cumulação alternativa. Como o objetivo final do demandante é o acolhimento do seu pedido, e a causa de pedir é apenas um meio para tanto, o reconhecimento de qualquer das causas apresentadas deve ser suficiente à satisfação de seus interesses. Vige aqui, já foi brevemente mencionado, o *principio della ragione più liquida*: o Estado-juiz pode acolher, na motivação, qualquer uma das causas que fundam o pedido, ainda que desrespeite a ordem lógica da sua atividade cognitiva. Não existe interesse recursal para discutir apenas as razões da decisão.

Há situações em que a cumulação de pedir não é possível, mas não por uma restrição ao princípio dispositivo, e sim porque o direito material só admite uma única *causa* ao pedido. É o que ocorre quando o proprietário reivindica o bem, o possuidor pede a sua

---

[697] Ao contrário do que afirma ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. p. 205, a admissibilidade de cumulação de causas não depende da sua inclusão no objeto do processo.

manutenção na posse ou quando o locatário pede a renovação compulsória do contrato de locação. O primeiro caso, exemplo clássico de direito autodeterminado, pode ter uma única causa de pedir: o *fato* de que o demandante é o proprietário do bem, qualificado pela violação desse direito de propriedade. No segundo caso, também a causa de pedir só pode ser o fato de que o demandante era o possuidor do bem e sua posse foi turbada. No terceiro caso, o direito à renovação compulsória do contrato de locação depende da configuração de um único complexo de fatos previsto em lei: a existência de um contrato de locação escrito com prazo de vigência determinado de no mínimo cinco anos e o exercício da mesma atividade comercial no imóvel por no mínimo três anos ininterruptos; apenas se atendido esse complexo de fatos é que o locatário terá direito à renovação compulsória de seu contrato de locação; logo, apenas *essa* causa de pedir terá condições de fundar o pedido de renovação.

50.3. A inexistência de causas de pedir implícitas

Também valem para a causa de pedir as considerações já feitas sobre a inexistência de pedidos implícitos (v. acima, n. 48.6). A interpretação da demanda admite, por óbvio, que sejam interpretadas também as razões apresentadas ao acolhimento do pedido. No entanto, a interpretação deve ser *estrita*. É inadmissível que sejam "identificadas" causas de pedir "implícitas" na demanda. Ou o fato foi expressamente alegado, ou não. A interpretação judicial, insiste-se, não serve para incluir na demanda o que poderia ter sido alegado, mas não foi.

51. A indisponibilidade da ação e da demanda pelo Estado: a regra da correlação

Embora a ação e a demanda sejam disponíveis aos jurisdicionados, o mesmo não se aplica ao Estado-jurisdição. Uma vez rompida a inércia jurisdicional, o Estado assume o *dever* de dar uma resposta ao que lhe foi pedido, nos limites em que lhe foi pedido. Fala-se na França em *princípio da indisponibilidade*, pelo qual o juiz "está atrelado às conclusões colocadas perante si", "está preso no quadro da instância traçada pelos demandantes" e, como consequência, não pode nem determinar nem modificar a demanda proposta.[698] Jacques Héron e Thierry Le Bars chegam a afirmar que, em uma "primeira acepção, o

[698] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 391.

princípio dispositivo é, portanto, sinônimo do 'princípio da imutabilidade do litígio em relação ao juiz".[699]

Esse "princípio da indisponibilidade" é chamado, entre nós, de regra da correlação entre a tutela jurisdicional e a demanda. Não se trata de princípio, mas de autêntica regra, um comando descritivo, retrospectivo, decisivo, pronto e acabado[700] de que o provimento jurisdicional deve guardar congruência com o que foi demandado. E não se trata de correlação apenas com a demanda, pois a decisão deve correlacionar-se, quanto aos fatos, também com a defesa do demandado.

A correlação manifesta-se de duas maneiras: (i) uma vez retirado de sua inércia, o Estado-jurisdição tem o *dever* de pronunciar-se exaustivamente sobre o que lhe foi pedido; e (ii) o poder jurisdicional do Estado está *limitado* à demanda que lhe foi formulada, pois é esse o ato que rompe a sua inércia.[701] Ou seja, a regra da correlação impõe, simultaneamente um *dever de exaustividade* e uma *restrição* ao exercício do poder e da atividade jurisdicionais.[702]

A exaustividade da correlação obriga o Estado-jurisdição a dar uma resposta, no dispositivo da decisão, a cada uma das pretensões formuladas pelo demandante, e dar

---

[699] HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 219.

[700] Sobre a distinção entre princípios e regras remete-se, mais uma vez, a ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 68-79.

[701] Nesse sentido, de forma bastante clara, ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. p. 166-168.

[702] RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil.* p. 363-365. No mesmo sentido, mas com outra sistematização e outras nomenclaturas, CARRATTA, Antonio. *Poteri del Giudice*. p. 26-27 e 45: "*tre appaiono le componenti fondamentali dell'art. 112 cod. proc. civ.: (a) il dovere, in positivo, del giudice di pronunciarsi su quanto ha formato oggetto di domanda o di eccezione delle parti; b) il dovere, in negativo, dello stesso giudice di non deviare (...) dai limiti fissati dalla domanda (...); c) il dovere, sempre in negativo, per il giudice di non pronunciarsi d'ufficio (...) su eccezioni che per volontà del legislatore possono essere proposte soltanto dalla parte"*; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. p. 199: "A correlação existe porque o Estado-juiz é obrigado a responder à demanda (inafastabilidade) e pode apenas apreciar aquilo que foi efetivamente demandado (inércia), nada a mais, nada a menos e nada diferente". V. também DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 272-273.

uma resposta, na motivação, a cada uma das causas de pedir e matérias de defesa apresentadas pelas partes.[703]

A restrição à atividade jurisdicional, por sua vez *proíbe* qualquer tutela jurisdicional diversa da que foi pedida, bem como a sua concessão por fundamentos fáticos diversos dos que compõem a causa de pedir.[704] Proíbe da mesma forma que a tutela seja negada por fundamentos fáticos diversos dos que compõem a defesa do demandado. Esses são limites *absolutos* estabelecidos ao julgador.[705]

No NCPC, a regra da correlação está positivada no art. 141: "O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte". Antes dele a regra já constava do art. 128 do CPC/73 ("O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte") e do art. 4º do CPC/39 ("O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte").

Na Itália, o art. 112 do *Codice di Procedura Civile* espelha as duas facetas da regra da correlação: "O juiz deve pronunciar-se sobre toda a demanda e nos limites desta; e não pode pronunciar-se de ofício sobre exceções, que podem ser propostas apenas pelas partes".[706] Na França, o art. 5º do *Code de Procédure Civile* apresenta as mesmas ideias com louvável concisão "O juiz deve pronunciar-se sobre tudo o que é demandado e somente sobre o que é demandado".[707] Na Espanha, a regra da correlação (chamada de *congruencia*) possui

---

[703] Bem sintetiza DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 273: "Decidir *menos* do que foi pedido significaria denegar justiça, com infração à promessa constitucional de tutela jurisdicional".

[704] V. MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. p. 197-199.

[705] *Cf.* CARRATTA, Antonio. *Poteri del Giudice*. p. 7.

[706] Na versão original: "*Art. 112 (Corrispondenza trai l chiesto e il pronunciato) – Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti*".

[707] Na versão original: "*Art. 5. Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé*".

disciplina um pouco mais detalhada no art. 218, §1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*: "1. As sentenças devem ser claras, precisas e congruentes com as demandas e com as demais pretensões das partes, deduzidas oportunamente no pleito. Farão as declarações que aquelas exijam, condenando ou absolvendo o demandando e decidindo todos os pontos litigiosos que tenham sido objeto de debate. O tribunal, sem apartar-se da causa de pedir (...) resolverá conforme as normas aplicáveis ao caso".

É interessante observar que a regra da correlação remete, com as devidas ressalvas e adaptações, à antiga noção germânica de que a demanda e a defesa eram projetos de sentença a ser deliberados e aprovados pela assembleia judiciária. Em última análise, a demanda judicial e a defesa são, respectivamente, *projetos de sentença* propostos pelo demandante e demandado que poderão ser acolhidos ou rejeitados pelo Estado-jurisdição,[708] mas dos quais ele não pode se afastar.

51.1. A correlação e os elementos da demanda

Embora a correlação seja normalmente associada ao pedido formulado pelo autor, na verdade ela se estende a todos os elementos da demanda. Isso quer dizer que a *tutela pleiteada* apenas pode ser concedida a quem demandou (ou em benefício de quem o demandante age com legitimação extraordinária), em face de quem foi demandado, pelos fatos primários deduzidos pelo demandante como causa de pedir. A mesma correlação que existe entre dispositivo da decisão judicial e pedido deve existir entre premissas fáticas da decisão de procedência e causa de pedir – e também entre destinatários diretos da decisão judicial e partes do processo.

Em outras palavras, viola a regra da correlação a decisão que concede exatamente o que foi pedido pelo demandante, mas por causa de pedir diversa da que constava da demanda; e viola a regra da correlação a condenação de José a pagar o que foi pedido por Pedro apenas em face de João.

Sob a perspectiva da improcedência, a correlação é igualmente importante e decisiva. Apenas pode ser julgado improcedente o que foi expressamente pedido pelo demandante, pela causa de pedir por ele deduzida, em face de quem foi pedido. Ou seja, se

---

[708] Era o que dizia COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 239 sobre a demanda e foi recentemente retomado por VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Pedido genérico e projeto de sentença*. p. 295-296 e ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 126.

os demandantes pedem a exclusão societária de Maria, não pode a demanda ser julgada improcedente em face de Maria e Joana. Além disso, com exceção das poucas matérias de ordem pública cognoscíveis de ofício (decadência, nulidade etc.), deve existir correlação entre os fatos primários de defesa do demandado (fatos extintivos, modificativos e impeditivos) e as razões fáticas que levaram ao julgamento de improcedência.

51.2. Decisões extra petita, citra petita *e* ultra petita

A correlação pode ser violada de duas formas: (a) a decisão judicial deixa de julgar parte da demanda (desrespeito ao *dever de exaustividade*) e é, por isso, *citra petita*; (b) a decisão judicial decide fora dos limites que lhe foram impostos pela demanda (desrespeito à *restrição* ao exercício do poder jurisdicional) e é, por isso, *ultra* ou *extra petita*.

Apesar das expressões latinas referirem-se a *pedido*, o que importa é a violação à regra da correlação entre os elementos da demanda e a decisão judicial.

A decisão deixa de julgar parte da demanda, e é considerada *citra petita* (sinônimo de *infra petita*), quando omitir-se na análise de um pedido ou parte dele, omitir-se no enfrentamento de uma causa de pedir ou quando deixar de julgar a demanda em relação a um litisconsorte passivo. Destarte, se João pede a desconstituição de contrato nulo e a condenação de Pedro a restituir os valores recebidos em razão desse contrato, e a sentença julga procedente o pedido de desconstituição e nada decide sobre o pedido condenatório, a sentença é *citra petita*. De igual modo, se João pede a desconstituição de contrato porque ele seria nulo (contrato de compra e venda com preço definido arbitrariamente por José, comprador) e anulável (João celebrou o contrato sob coação), e a sentença julga o pedido improcedente porque não foi comprovada a coação, configura-se *citra petita* pela ausência de enfretamento de uma das causas de pedir.[709] E, por fim, se João pede a condenação solidária de Maria e José a indenizá-lo por danos morais decorrentes de calúnia e a sentença condena José ao pagamento no valor pedido, mas nada fala sobre Maria, é igualmente *citra petita*.

---

[709] Contudo, como já foi exposto, não é *citra petita* a sentença que julga procedente o pedido desconstitutivo por nulidade e nada diz sobre a anulabililidade. Nesse caso, inexiste omissão, pois a análise da hipótese de anulabilidade em nada contribuiria ao processo; o que reforça que a causa de pedir não constitui o mérito, não obstante seja fundamental para individualizá-lo e identificá-lo.

Quando a decisão exceder os limites da demanda (partes, causa de pedir e pedido), então costuma-se dizer que ela é *ultra petita ou extra petita*. A distinção entre as duas é de pouca relevância, pois toda decisão *ultra petita* é também *extra petita:* viola os limites ao exercício do poder jurisdicional impostos pelo demandante e, em menor medida, pelo demandado. De qualquer forma, a expressão *ultra petita* é reservada para os casos em que o Estado-juiz apenas excede o *quantum* pedido; se João pede a condenação de José a pagar-lhe dez mil reais e recebe uma tutela condenatória de quinze mil reais, a decisão é *ultra petita* em cinco mil reais. Todas as demais hipóteses de decisões que escapam da inércia jurisdicional são *extra petita*: se João pede a condenação de José a pagar-lhe danos materiais e José é condenado a pagar danos materiais *e morais*, a decisão é *extra petita*; se João pede a desconstituição do contrato por fatos (causa de pedir) que configuram *coação* e o pedido é julgado procedente por fatos que configuram *dolo*, a decisão é *extra petita*; se João pede a declaração de inexistência de débito em face de José e é declarado inexistir débito em face de Maria, a decisão é *extra petita*.

Seguindo no mesmo raciocínio do ponto anterior, serão de igual modo *extra petita* as decisões que julgarem improcedente demandas não propostas, por causas de pedir não propostas e em face de pessoas nada pediram ou contra quem nada foi pedido.

A violação da correlação entre demanda e tutela jurisdicional é largamente considerada pela doutrina uma hipótese de *nulidade*. No entanto, como defendi em outras oportunidades, a natureza jurídica de decisões *citra*, *ultra* e *extra petita* é, na verdade, a *inexistência*.

Como se sabe, todo ato jurídico pode ser existente ou inexistente, válido ou inválido e eficaz ou ineficaz. Há ato jurídico quando ele ostentar os elementos fundamentais que o caracterizam como tal,[710] ou seja, quando preencher minimamente o suporte fático da norma.[711] Uma decisão judicial assim é considerada porque ela decide algo. Uma 'sentença' com relatório e motivação, mas que não decide se a pretensão do demandante é legítima ou

---

[710] COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. p. 307; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. p. 26 e ss.

[711] ASCARELLI, Tullio. *Inesistenza e nullità*. p. 61-65; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. p. 3 e ss; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. p. 43 e ss. e 102-103.

ilegítima, não é uma sentença propriamente dita; é uma 'sentença inexistente', um ato que se pretende passar por sentença, mas que não ostenta os elementos mínimos para assim ser considerado.[712] Por isso é que o dispositivo da decisão é considerado o seu elemento essencial, o seu pressuposto de *existência*.

Revestido de seus elementos essenciais, o ato assume a natureza que o Direito lhe atribui e passa a existir; contudo, será *inválido* se o suporte fático da norma não for corretamente preenchido. Desatendidas as determinações legais, o ato é juridicamente *defeituoso* e, portanto, passível de desconstituição. Dependendo da gravidade do vício e da natureza do ato, ele poderá ser nulo (absoluto ou relativo no plano processual) ou anulável (no plano material). A sentença que decide a pretensão inicial deduzida pelo demandante é efetivamente uma sentença, mas será nula se deixar de analisar uma prova na motivação, p.ex.. O ato existe, tem a potencialidade de produzir efeitos, mas pode ser retirado do universo jurídico mediante desconstituição judicial.

Por fim, o ato jurídico existente pode ser eficaz e produzir efeitos ou pode ser ineficaz e não produzir efeitos, independentemente de ser válido ou inválido.

Trazendo essas breves noções a este trabalho,[713] é fácil concluir que as decisões *citra petita* são juridicamente inexistentes, pois configuram decisões que *não foram* tomadas pelo Estado-jurisdição. Se o autor pediu a resolução do contrato e a condenação do réu, mas a sentença nada decidiu quanto à condenação, a decisão simplesmente *inexiste – fática e juridicamente*.

Idêntica conclusão é alcançada na hipótese de sentença que julga improcedente a pretensão do demandante por afastar *apenas uma* ou *algumas* das causas de pedir cumuladas. Essa é uma pseudo-hipótese de inexistência da decisão por falta de motivação, pois "a inexistência da decisão não decorre propriamente da falta de motivação,

---

[712] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II. p. 274: "A inexistência pode assumir dois aspectos distintos: um meramente vocabular, que significa não-ato; outro jurídico, que significa ato existente no mundo dos fatos, mas não existente no mundo do Direito. (...) No segundo caso, porém, o ato tem toda a aparência de validade em face do Direito e, no entanto, mais do que apenas nulo, é juridicamente inexistente".

[713] Para uma análise mais vagarosa dos planos da existência e validade, com a explicação histórica das dificuldades encontradas pela doutrina para tratá-las com uniformidade, v. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro*. *passim*.

mas da falta de *dispositivo*. A omissão judicial a respeito de uma das causas de pedir impede a vinculação do dispositivo a todas as demandas cumuladas do autor. Em outras palavras, a falta de motivação tem como consequência a falta de dispositivo na decisão".[714] De qualquer forma, se o pedido está amparado em duas ou mais causas de pedir, então existem duas ou mais demandas cumuladas. O julgamento de procedência do pedido por uma dessas causas de pedir faz com que a análise das demais perca o objeto, mas o julgamento de improcedência do pedido deve implicar a rejeição de *todas* as causas apresentadas. O afastamento de apenas uma causa de pedir significa que apenas *essa* demanda cumulada foi julgada, *inexistindo* decisão quanto às demais. Nesse sentido, explica Eduardo Talamini: "(...) se a sentença não se pronunciar sobre todas as causas de pedir postas, rejeitando apenas a(s) pretensão(ões) fundada(s) em alguma(s) delas, ela será *infra petita* – e não existirá sentença relativamente às pretensões não examinadas".[715]

No caso das decisões *ultra* e *extra petita*, o raciocínio é relativamente simples, mas não tão evidente. Decisões *ultra* e *extra petita* são juridicamente inexistentes porque proferidas sem que exista um processo que lhes dê suporte. Afinal, todo processo jurisdicional é instaurado pela demanda, que é o ato pelo qual o demandante rompe a inércia jurisdicional e deduz uma pretensão. Sem demanda não há processo; e sem processo não há tutela jurisdicional.

Destarte, quando o demandante pede a condenação do demandado a lhe pagar sessenta mil reais, existe um processo cujo objeto é o pedido condenatório de sessenta mil reais. Se a decisão condenar o réu a pagar setenta mil reais, esses dez mil reais excedentes não estarão amparados por uma demanda proposta; trata-se de tutela oficiosa do Estado-juiz, absolutamente desvinculada de qualquer ato de rompimento da inércia jurisdicional. Essa condenação a dez mil reais, *sob o ponto de vista jurídico*, em nada difere da situação em que o juiz profere uma sentença condenando João a pagar dez mil reais a José sem que isso jamais lhe tenha sido pedido: em ambos há um 'ato' estatal sem provocação. E se essa

---

[714] Como tentei demonstrar em RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. p. 250.

[715] TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. p. 314. Em sentido contrário, ALVIM, Arruda. *Sentença 'citra petita' – necessidade de ação rescisória*. p. 240-241.

'sentença' oficiosa é tranquilamente admitida como sentença *inexistente*, também deve ser o provimento jurisdicional que excede ou diverge daquilo que foi pedido.[716]

52. A correlação entre pedido, decisão e coisa julgada

O CPC/73 correlacionou, indiretamente, a coisa julgada à pretensão deduzida pelo demandante. Mais precisamente, a coisa julgada (autoridade que reveste a sentença de mérito e torna imutável o seu conteúdo decisório) recaía sobre o dispositivo da decisão judicial, o qual necessariamente julgaria um pedido formulado de forma expressa pela parte. Era o que se extraía do art. 469 por exclusão: "Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; Il - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo".

Ou seja, a coisa julgada estava estritamente vinculada à *decisão* proferida pelo Estado-juiz; decisão que, por sua vez, estava estritamente vinculada ao *pedido* de tutela da parte demandante. Se João pedia a condenação de José a lhe pagar dez mil reais, a decisão judicial poderia julgar procedente, parcialmente procedente ou improcedente esse pedido de condenação ao pagamento de dez mil reais. Sobre essa decisão – e apenas sobre essa decisão – recaía a coisa julgada. Todas as demais decisões tomadas incidentalmente no processo para definir as premissas fáticas e jurídicas da decisão final não faziam coisa julgada, pois eram apenas isso: premissas, etapas necessárias pelas quais o Estado-juiz deveria passar em seu processo decisório.

Essa estrita correlação entre pedido, decisão judicial e coisa julgada trouxe muitos benefícios ao sistema processual brasileiro, rompendo parcialmente com a disciplina obscura do CPC/39, cujo art. 287 dispunha: "A sentença que decidir total ou parcialmente a

---

[716] ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 308: "Rigorosamente, a sentença puramente *extra petita* comporta, sob certo aspecto, a qualificação de sentença *inexistente*, uma vez que *não corresponde a pedido algum. Falta, portanto, pressuposto processual de existência para que aquela sentença seja considerada juridicamente existente*". Partindo de premissas levemente distintas ("vínculo com as partes"), porém chegando à mesma conclusão, TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. p. 350-353: "não só inexiste sentença sobre o objeto não julgado, como também, dentro de certas condições, pode ficar caracterizada a própria inexistência jurídica da sentença no ponto em que se pronunciou sobre pretensão que não constituía objeto do processo".

lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão".

Ao afastar a coisa julgada das questões decididas que constituíssem premissa necessária da conclusão, o CPC/73 deu uniformidade de tratamento para um dos temas até então mais problemáticos do nosso processo civil. Como disse Liebman em 1945, "A questão dos limites objetivos da coisa julgada" é "uma das mais controvertidas no direito brasileiro".[717]

Os benefícios do regime estabelecido pelo CPC/73 eram muitos: (a) eliminava qualquer dúvida quanto à extensão de um instituto fundamental do processo civil, proporcionando segurança jurídica; (b) os limites objetivos estavam de acordo com o próprio conceito de coisa julgada enquanto autoridade que torna imutável o *conteúdo decisório da decisão de mérito*;[718] (c) havia uma estrita correlação entre o objeto do processo, a decisão proferida e a coisa julgada, promovendo e respeitando o princípio dispositivo: só se decidia o que foi pedido; só se tornava imutável o que foi decidido. Toda e qualquer decisão expressamente pretendida pela parte deveria ser pedida, seja na demanda inicial, seja na reconvenção, seja na ação declaratória incidental;[719] (d) protegia-se a posição do réu, o qual

---

[717] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. p. 51. V. também SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. p. 476: "O Código vigente cortou definitivamente a controvérsia, excluindo da eficácia da coisa julgada as questões resolvidas na fundamentação, até mesmo as chamadas questões prejudiciais (art. 469)". SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*. p. 45 e ss.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada*. p. 29-30.

[718] Apesar de adotar outro conceito de coisa julgada, o raciocínio é similar ao de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 311: "o confinamento da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar *conflitos práticos de julgados*, não meros conflitos teóricos".

[719] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. p. 53: "E para identificar o objeto (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão extra-petita) tem ela os mesmos limites dêsses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada. Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença (...)".

sabia exatamente os contornos da demanda contra si proposta e os efeitos que uma eventual decisão desfavorável poderia produzir em sua esfera jurídico-patrimonial.[720]

Ou seja, os limites objetivos da coisa julgada eram harmônicos com toda a teoria geral do processo, com o sistema processual brasileiro e promovia os valores da liberdade das partes e da segurança jurídica.

Partindo de valores supostamente publicistas e da promessa de efetividade, a doutrina começou a questionar a validade de um sistema que não apresentava nenhum problema. O único inconveniente apontado era que o processo deixava de atingir todo o seu potencial quando a parte, por sua própria omissão, não fazia todos os pedidos que poderia fazer. Destarte, para tutelar os raríssimos casos em que o autor, p.ex., pede a condenação do suposto pai a pagar-lhe alimentos, mas esquece – *por falha sua e de seu advogado* – de pedir a declaração da paternidade, a doutrina e o legislador acharam por bem mexer em um sistema harmônico e prejudicar a segurança jurídica de *todos os demais jurisdicionados*; produzindo muito mais inefetividade processual.

O tratamento da coisa julgada foi então parcialmente mantido pelo NCPC com uma questionável novidade: a coisa julgada estende-se "à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo", desde que dela dependa o julgamento do mérito, tenha havido contraditório prévio e efetivo, e o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (art. 503, §1º).

Sob o ponto de vista teórico, a inovação é insustentável. Atribui-se imutabilidade a decisões incidentais que não deveriam produzir *nenhum* efeito jurídico no plano material. Quando o autor pede a condenação do réu ao cumprimento de uma obrigação contratual, o Estado-juiz tem, repete-se, *apenas* três opções: julgar procedente o pedido, julgar parcialmente procedente o pedido ou julgar improcedente o pedido. Para se chegar a uma dessas soluções, é necessário resolver questões incidentais que servem *apenas* para estabelecer as premissas fáticas e jurídicas da decisão. Se o Estado-juiz constatar que o contrato é nulo, tem o dever de julgar improcedente a demanda – e não mais do que isso. A nulidade é reconhecida para afastar a legitimidade da pretensão condenatória, mas o seu

---

[720] Para uma análise mais ampla e detida dos benefícios do regime do CPC/73, remeto ao que escrevi em RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. p. 82-85.

reconhecimento incidental não desconstitui o ato, pois a inércia jurisdicional impede o Estado-juiz de conceder uma tutela jurisdicional desconstitutiva sem que ninguém a tenha pedido. Ao menos é essa a lógica de todo o nosso processo civil. Se o réu quiser ver desconstituído o contrato, basta que reconvenha; se o juiz reputar a nulidade grave, basta que informe o Ministério Público para que exerça os seus deveres funcionais; mas em nenhuma hipótese pode o Estado-juiz desconstituir atos jurídicos oficiosamente.

De acordo com o art. 503, §1º do NCPC, esse *reconhecimento* da nulidade, que deveria servir *apenas* como premissa da *improcedência* do pedido do autor, pode tornar-se imutável. Com isso, o legislador aparentemente pretende que a premissa da decisão seja equiparada a uma decisão principal, produzindo efeitos como se tutela jurisdicional fosse. O novo regime da coisa julgada, portanto, acaba por violar severamente o princípio dispositivo, extraindo decisões de mérito jamais pedidas por qualquer das partes das decisões incidentais que deveriam servir *apenas* como premissas decisórias. E se aceita a transformação dessas questões incidentais em questões principais, como defende parte da doutrina, então toda a Teoria Geral do Processo Civil precisará ser revista, com uma reestruturação da inércia jurisdicional, do 'princípio' da demanda e da correlação entre demanda e tutela.

Sob o ponto de vista prático, a mudança gera tantas dúvidas que isso, por si só, anula qualquer eventual benefício processual que poderia produzir. Dentre as várias controvérsias: (a) o Estado-juiz terá o dever de decidir todas as questões incidentais ou vige o princípio da razão mais líquida? (b) a parte tem agora interesse recursal para discutir apenas questões prejudiciais? (c) se o recurso da parte para discutir a questão prejudicial não for conhecido por falta de interesse, ela pode rediscutir a questão em outro processo? (d) quem define, e quando, se a questão prejudicial *fez* coisa julgada? (e) a questão prejudicial decidida incidentalmente que não foi determinante ao julgamento do recurso faz coisa julgada? (f) o que significa o "contraditório efetivo" exigido para a extensão da coisa julgada? (g) cabe ação rescisória de decisão incidental que *talvez* tenha feito coisa julgada? etc.[721]

Enfim, os incontáveis problemas e dúvidas decorrentes da quebra da correlação entre pedido, decisão e coisa julgada bem demonstram os riscos da violação do princípio dispositivo e a insegurança jurídica que a sua inobservância gera.

---

[721] Enfrentei essas questões, tentando dar uma resposta a algumas delas, em RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. p. 94-105.

CAPÍTULO QUINTO – A DISPONIBILIDADE DO RESULTADO DO PROCESSO

Sumário: 53. A disponibilidade do resultado do processo. 54. Aquiescência à decisão. 54.1. Hipóteses de aquiescência à decisão: expressa ou tácita, total ou parcial. 54.2. Sobre os limites temporais à aquiescência à decisão. 54.3. Aquiescência à decisão e a interposição de recursos. 54.4. O efeito devolutivo dos recursos e a aquiescência parcial. 54.5. A proibição da reformatio in peius; 54.6. Efeito devolutivo e as questões de ordem pública. 54.7. Os limites do chamado "efeito translativo" e o princípio dispositivo. 54.8. A renúncia à faculdade recursal e a desistência do recurso. 54.9. A legítima restrição da liberdade da parte para a tutela dos litisconsortes unitários. 54.10. A legítima restrição da liberdade da parte para a tutela de terceiros. 54.11. Aquiescência, renúncia, desistência e os recursos adesivos. 54.12. Sobre os limites temporais à renúncia ao recurso e à desistência do recurso. 54.13. Sobre a rejeição da desistência do recurso para que o tribunal possa criar precedentes. 54.14. Aquiescência, renúncia, desistência e direitos indisponíveis. 54.15. Aquiescência, renúncia, desistência e ação rescisória. 55. Transação. 55.1. Os limites da atividade judicial na transação. 56. Renúncia à pretensão (art. 487, III, c do NCPC). 56.1. A confusão entre renúncia processual e renúncia material. 56.2. Renúncia à pretensão processual, e não ao direito. 56.3. A natureza da sentença fundada na renúncia. 56.4. As consequências da renúncia à pretensão no plano material. 56.5. Limites à renúncia à pretensão: a disponibilidade material. 56.6. Segue: a inexistência de decisão de mérito transitada em julgado. 57. Reconhecimento da procedência do pedido. 57.1. Reconhecimento parcial ou total do pedido. 57.2. A natureza processual do instituto. 57.3. Reconhecimento do pedido e confissão. 57.4. Reconhecimento do pedido e direitos indisponíveis. 57.5. A eficácia vinculante do reconhecimento do pedido. 57.6. A rejeição do instituto pela doutrina italiana e pelo *codice di procedura civile* de 1940. 57.7. Os problemas da eficácia vinculante do reconhecimento do pedido. 57.8. A fundamental diferença entre o julgamento fundado no reconhecimento do pedido e a homologação da transação. 57.9. Os limites ao reconhecimento do pedido: proposta de equilíbrio entre a liberdade do réu e a

função jurisdicional. 58. Rescindibilidade das sentenças fundadas em atos de disposição.

53. A disponibilidade do resultado do processo

Uma das características essenciais do princípio dispositivo, sempre invocada pela doutrina, é a disponibilidade da demanda: a possibilidade de optar não só pela instauração do processo, mas definir livremente o objeto desse processo. O demandante pode pedir o que quiser, ainda que o seu direito vá além do pedido. Do ponto de vista do réu, o princípio dispositivo aparece de forma determinante na decisão de contestar, ou não, a demanda e, de um modo geral, de participar, ou não, do processo. Se o autor estabelece o objeto do processo, o réu tem, em contrapartida, ampla liberdade para impugnar os fatos e apresentar as matérias de defesa que considerar adequadas aos seus interesses.

Mas tão importante quanto o momento de formação do processo é a sua conclusão. E também aqui o princípio dispositivo manifesta-se com vigor. Sob vários aspectos o comportamento das partes determina, diretamente, o resultado do processo: (a) ambas as partes podem aceitar a decisão proferida pelo juiz, pois a interposição de um recurso é um ônus e uma faculdade, jamais um dever ou obrigação; (b) interposto o recurso, a parte pode dele dispor a qualquer momento; (c) a interposição do recurso só mantém em discussão aquilo que foi expressamente impugnado pela parte recorrente; há uma simetria entre a disponibilidade da demanda e a disponibilidade recursal; (d) remetendo à disponibilidade da ação, as partes podem valer-se de meios autônomos de impugnação às decisões judiciais; (e) o sistema jurídico brasileiro admite hipóteses em que as partes, por atos de manifestação de vontade unilateral ou consensual, atuam decisivamente na definição do próprio conteúdo do provimento jurisdicional de mérito, transacionando, renunciando à pretensão inicial ou reconhecendo a procedência do pedido.

54. Aquiescência à decisão

A aquiescência à decisão é uma das mais puras manifestações de vontade decorrentes da disponibilidade processual pelas partes. Por mais incorreta que seja a decisão, por mais ilegal que tenha sido o procedimento, a parte pode conformar-se com o resultado e aceitar o provimento jurisdicional que lhe é desfavorável.[722] Essa aceitação pode decorrer de

[722] V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 271.

uma concordância efetiva com o que foi decidido, do simples desejo de encerrar o processo ou mesmo de uma estratégia jurídico-processual. De uma forma ou de outra, pouco importa o motivo da aquiescência.[723] Tal como ocorre com a decisão de propor ou não propor uma demanda, o comportamento da parte, ainda que aparentemente insensato na opinião de um terceiro, é respeitado por tratar-se de exercício da autonomia privada, sobre a qual o Estado não tem nenhuma ingerência.

O respeito à opção do jurisdicionado por aceitar uma decisão judicial pode parecer banal, mas nem sempre foi assim. O nosso ditatorial CPC/39, amparado pelas Constituições de 1934 (art. 76, parágrafo único e art. 144, parágrafo único) e 1937 (art. 101, parágrafo único), bem como em leis imperiais e códigos estaduais, importou das Ordenações Lusitanas a figura da "apelação *ex officio*", ou "apelação necessária", interposta nas hipóteses previstas em lei (art. 822).[724] Chega a ser um contrassenso falar em recurso oficioso, mas era isso o que determinava o Código em relação (i) às "sentenças que declarem a nulidade do casamento" (art. 822, parágrafo único, I), (ii) às sentenças "que homologam o desquite amigável" (art. 644, art. 822, parágrafo único, II e art. 824, §2º) e (iii) às sentenças "proferidas contra a União, o Estado ou o Município" (art. 822, parágrafo único, I).[725] Várias outras leis previram a apelação *ex officio*, a exemplo da Lei da Ação Popular (art. 19), Lei 5.316/67 (art. 15, §5º) etc.

A apelação de ofício foi mantida no CPC/73, sob o nome de "duplo grau de jurisdição" obrigatório para as sentenças que anulassem o casamento (475, I) e as desfavoráveis à Fazenda Pública (art. 475, II e III).[726] Apenas em 2001 é que o artigo recebeu nova redação e foi excluído o "duplo grau de jurisdição" em caso de anulação de casamento. O instituto foi recepcionado no NCPC, agora com o nome oficial de "remessa necessária", tendo recebido pontuais alterações (art. 496).

---

[723] Nesse sentido, NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 385.

[724] Para um breve e interessante relato histórico, v. ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 865-869.

[725] V. AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 4. p. 12-13: "O interesse público, definido em lei em cada hipótese na qual o juiz é obrigado a recorrer, não tolera, por outro lado, que ele deixe de o fazer e, assim, o recurso deve ser interposto na própria sentença proferida".

[726] V., mais uma vez, o esboço histórico Araken de Assis, com referência aos debates legislativos (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 865-869). V. também PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V. p. 215-222.

Além disso, apesar da omissão legislativa, parte da doutrina que se formou na vigência do CPC/39 conferia ao recurso de apelação o que se chamava de "princípio do benefício comum". Esse princípio, que igualmente vinha das Ordenações Lusitanas,[727] permitia que o órgão *ad quem*, ao julgar o recurso, alterasse a decisão em benefício do recorrido, ainda que ele não tivesse interposto recurso próprio.[728] Ao comentar o Código de 1939, Pontes de Miranda defendia que "O princípio do *beneficium commune* exclui o da dispositividade do recurso da apelação" e que "se a apelação é 'comum', claro que se pode reformar em pior (*reformatio in peius*)".[729] Nas Ordenações, ao menos afastava-se o princípio do benefício comum quando a parte renunciasse ao recurso e se dispusesse a cumprir a sentença.[730]

Outros sistemas jurídicos também restringiram a aquiescência à decisão.

Na antiga União Soviética, toda e qualquer decisão podia ser objeto de recurso pelo "Procurador do Estado" (Prokuratura) quando "não conforme à lei ou juridicamente infundada, independentemente da sua intervenção na causa" (arts. 282 e 315 do Código de Processo soviético).[731] O órgão *ad quem* poderia ainda se recusar a aceitar a desistência do recurso interposto e julgar a causa sempre que considerasse que a desistência

---

[727] Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 75, pr.; Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 57; Ordenações Filipinas, Livro III, Título 72, pr.: "Não somente proverão os Juizes, que das appellações conhecerem, os appellantes, quando pelos processos acharem, que lhes he feito aggravo pelos Juizes, de que for appellado; mas ainda que achem, que o appellante não he agravado, se acharem que ao appellado foi feito agravo, provelo-hão, e emendarão seu agravo; posto que não seja per ele, nem per seu Procurador appellado, nem allegado esse agravo perante os Juizes da alçada". V. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. p. 232 e 234.

[728] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. p. 377-378: "A apelação é comum a ambas as partes e devolve ao Juízo Superior todo o conhecimento da causa e suas dependências. (1) Daqui decorre: 1º) que, em grau de apelação, se pode alegar o não alegado e provar o não provado; (2º) que, em matéria cível, o Juízo Superior tanto pode prover ao apelante como ao apelado".

[729] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V (1949). p. 95-105.

[730] P.ex., Ord. Filip., Livro III, Título 72, 1.

[731] "*282. Impugnabilità delle sentenze. (...) Il procuratore di Stato può proporre 'ricorso per cassazione' contro ogni sentenza non conforme alla legge o giuridicamente infondata, indipendentemente dal suo intervento in causa*". Disponível em *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 115-116 e 125.

era "contrária à lei".[732] Transitada em julgado qualquer decisão judicial, o Código atribuía legitimidade para um rol impressionantemente extenso de representantes públicos interporem "recurso de revisão", mas não às partes (arts. 319 e 320).[733] Interposto o recurso de revisão, o tribunal poderia "proceder ao reexame da inteira controvérsia" para o "controle da legalidade e do fundamento jurídico" da decisão (art. 327).[734]

Similar era a previsão contida no art. 149 do Código de Processo da Alemanha Oriental (1975), pela qual o Ministério Público poderia "protestar" contra *qualquer* decisão de primeiro grau, seguindo-se então o trâmite de uma apelação.[735] Ainda mais impressionante era a prerrogativa outorgada ao "procurador geral de estado" e ao "presidente dos tribunais superiores" de pedir a cassação de *qualquer* decisão transitada em julgado, da sua motivação ou de "acordos judiciais vinculantes" sempre que a decisão ou o acordo "estão viciados de uma violação do direito ou os motivos da decisão são gravemente iníquos".[736]

É bastante nítido que tanto o sistema processual da União Soviética quanto o sistema alemão comunista colocavam o interesse público na correta aplicação do direito positivo muito acima de eventuais interesses das partes e da possibilidade de autorregramento de suas vontades, incluindo a opção por encerrar processos e litígios em que estivessem envolvidas.

Na Itália, o art. 329 do *codice di procedura civile* veda a aquiescência à decisão em alguns casos em que se admite a *revocazione* da decisão. Mais especificamente,

---

[732] "*292. Rinunzia all'impugnazione proposta. Il ricorrente può rinunziare al ricorso per cassazione da lui proposto. Tuttavia il giudice può non accogliere la dichiarazione di rinunzia al ricorso per i motivi indicati all'art. 34 del presente codice, e conoscere della causa in seconda istanza*". Disponível em *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 118.

[733] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 126-127.

[734] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 129.

[735] "*149. Protesta (1) Il pubblico ministero può elevare protesta avverso tutte le sentenze di prima istanza; fanno eccezione le decisioni in materia di divorzio. (2) Alla protesta si applicano le disposizioni relative all'appello*". Disponível em *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 55.

[736] "*160. Istanza per la cassazione (1) Il procuratore generale di stato od il presidente dei tribunali superiori possono chiedere a quest'ultimo la cassazione di una decisione passata in giudicato o della sua motivazione, nonché la cassazione di un accordo giudiziale vincolante, se la decisione o l'accordo sono viziati da una violazione del diritto od i motivi della decisione sono gravemente iniqui*". Disponível em *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 58.

não se admite a aquiescência quando a decisão decorrer de dolo da outra parte (art. 395, 1), estiver fundada em prova falsa (art. 395, 2), se for descoberto fato novo (art. 395, 3) ou se a decisão decorrer de dolo do juiz (art. 395, 6).

De todo modo, atualmente o Brasil está alinhado com países e sistemas processuais de feições mais liberais e democráticas. Na França, a aquiescência é "sempre admitida, salvo disposição contrária" (art. 409 do Code de Procédure Civile).[737] De acordo com Héron e Le Bars, a única "disposição contrária", bastante razoável, é o caso da decretação do divórcio de maior incapaz cuja aquiescência depende de autorização judicial prévia do "juiz das tutelas".[738] Em Portugal, a disciplina é muito parecida à nossa, dispondo-se que "a aceitação da decisão pode ser expressa ou tácita".[739] Na Espanha, apesar da omissão legislativa, é pacífico que os recursos dependem "de uma declaração de vontade expressa da parte".[740] No Brasil, com exceção da remessa necessária, herança autoritária dos períodos em que nosso país foi assolado pela ditadura – mas que não é propriamente um recurso, e sim uma das muitas benesses concedidas pela lei à Fazenda Pública em razão da confusão entre interesse público primário e secundário –, inexistem recursos de ofício nem restrições ao particular para que aquiesça a uma decisão que lhe é desfavorável. Proferida a decisão, as partes têm plena liberdade para aceitá-la e, em caso de condenação, cumpri-la.

54.1. Hipóteses de aquiescência à decisão: expressa ou tácita, total ou parcial

A aceitação da decisão pode ser expressa ou tácita, total ou parcial.

---

[737] "L'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours. Il est toujours admis, sauf disposition contraire". Sobre o tema, v. GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 367-370.

[738] HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 957.

[739] "Artigo 632.º Perda do direito de recorrer e renúncia ao recurso (...) 3 - A aceitação da decisão pode ser expressa ou tácita; a aceitação tácita é a que deriva da prática de qualquer facto inequivocamente incompatível com a vontade de recorrer".

[740] AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, María Pia Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*. p. 434: "*El que el proceso esté regido por el principio de impulso de oficio no significa nada con relación a los recursos. Este tipo de impulso se refiere a la dirección formal del proceso em cada una de las instancias, pero no a los recursos. Estos siempre han de iniciarse existiendo una declaración de voluntad expresa de la parte*".

Aceitação expressa é a que constitui ato voltado especificamente a esse fim, seja ele judicial ou extrajudicial. Embora a renúncia e a desistência do recurso não se confundam com a aquiescência, é comum que tanto em um quanto no outro haja, no mesmo ato, a aceitação expressa da decisão.

A aquiescência à decisão será tácita quando houver a prática de qualquer ato que denote inequívoco *conformismo* com o que foi decidido. O art. 1.000 do NCPC, praticamente reproduzindo o art. 503, parágrafo único do CPC/73, dispõe com clareza: "Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer". Há vários exemplos de aceitação tácita da decisão. Os mais citados pela doutrina são o do condenado que imediatamente paga a condenação sem nenhuma ressalva e a do condenado que pede prazo para pagamento.

Tanto a aquiescência expressa quanto a tácita extinguem a faculdade recursal e fazem transitar em julgado a decisão em relação àquilo que foi aceito (art. 1.000 do NCPC).[741] Por isso, para que se preservem as faculdades processuais garantidas em lei e o devido processo legal, é importante que a aquiescência à decisão seja inequívoca e interpretada restritivamente.[742]

Os limites da aquiescência são definidos pela parte, e pode ser parcial ou total. Se for expressa, a aquiescência incidirá sobre aquilo que se declarou. Se for tácita, a aquiescência incidirá de acordo com as consequências do ato praticado. Pegue-se como exemplo uma ação de exclusão de sócio cumulada com a condenação do sócio excluendo a indenizar a sociedade pelos danos causados. Em caso de sentença de integral procedência, há dois capítulos autônomos: um capítulo de natureza desconstitutiva que exclui o sócio e desfaz o seu vínculo com a sociedade, e um capítulo condenatório. Se o sócio excluendo imediatamente pagar, sem ressalva, o valor a que foi condenado, há aquiescência tácita parcial, específica ao capítulo da sentença condenatório; mas não há, necessariamente, aquiescência ao capítulo desconstitutivo referente à sua exclusão do quadro social. Nesse caso, o capítulo condenatório transitará em julgado, mas não o capítulo desconstitutivo. Quanto a este, e apenas quanto a este, permanecerá viva a possibilidade de recurso.

---

[741] *Cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 298.

[742] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 385.

54.2. Sobre os limites temporais à aquiescência à decisão

A aquiescência à decisão pode ocorrer a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.[743] A única restrição é que a decisão já tenha sido proferida.[744] Inclusive depois do trânsito em julgado pode-se cogitar de aquiescência mediante cumprimento espontâneo de uma eventual condenação; embora, como regra, essa seja uma hipótese de interesse eminentemente sociológico, há casos em que o cumprimento espontâneo da decisão pode produzir efeitos jurídicos relevantes. Considerando o efeito substitutivo dos recursos, salvo em caso de não conhecimento do recurso, a aceitação será sempre da última decisão proferida.

Em sentido contrário, Flávio Cheim Jorge afirma que "a aquiescência somente pode ser feita até a interposição do recurso". Para o autor, "A própria concepção da aquiescência (...) impede a sua admissão após esse momento, na medida em que se trata de um fato impeditivo do direito de recorrer, advindo da incompatibilidade lógica de cumprir a sentença e depois interpor o recurso. (...) Se após a interposição do recurso o recorrente cumpre o comando da sentença, é caso de falta de interesse superveniente e não de aquiescência".[745] Pontes de Miranda e Araken de Assis igualmente limitam a aquiescência até a interposição do recurso. Depois disso restaria à parte apenas desistir do recurso já interposto.[746]

É preciso delimitar melhor os fenômenos. Quando se afirma que a aquiescência só pode ser exercida até a interposição do recurso, o instituto está sendo considerado apenas sob a perspectiva de fato impeditivo à faculdade recursal. Define-se a aquiescência por *um* dos efeitos processuais que a lei lhe atribui. Ocorre que, como bem ensina Araken de Assis, "a atitude de anuência e de conformidade com o ato decisório só por consequência envolve o trancamento das vias recursais".[747] Quer dizer, a aceitação de uma decisão vai muito além da consequência processual de impedir a interposição de

---

[743] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 105.

[744] Para Barbosa Moreira, a aquiescência pode ocorrer "desde o momento em que se profere a decisão, até aquele em que o julgado comece a produzir efeitos quanto à pessoa que se está considerando". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 272.

[745] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 118

[746] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII. p. 113-114; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 179.

[747] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 168.

recurso. Ademais, substituir a aquiescência pela mera perda superveniente do interesse recursal em caso de cumprimento da decisão só resolve, *parcialmente,* o problema das sentenças condenatórias. Como a parte não tem como "cumprir o comando da sentença" declaratória, constitutiva ou desconstitutiva, não é possível que "perca o interesse" em tais recursos.

Após a interposição do recurso, o cumprimento espontâneo da sentença sem ressalvas é, realmente, uma causa de falta de interesse superveniente. Mas a falta de interesse decorre justamente *da* aquiescência tácita, a qual torna logicamente incompatível o pedido de reforma ou invalidação de uma decisão que foi aceita. É igualmente verdade que após a interposição do recurso, processualmente, a aquiescência expressa manifesta-se pela desistência. Mas também aqui, o mais comum é que a parte desista do recurso *por aquiescer* à decisão.

Por fim, como mencionado logo acima, a aceitação da decisão pode ocorrer mesmo depois do trânsito em julgado. O simples fato de a decisão ter se tornado imperativa e definitiva não impede a parte de continuar opondo-se a ela. Basta pensar na ação rescisória ou em determinadas hipóteses de impugnação ao cumprimento de sentença, mas não precisa ir tão longe: a mera necessidade de cumprimento da sentença já é uma demonstração de que não houve o cumprimento voluntário pelo condenado. Toda vez que a parte cumpre *espontaneamente* uma decisão está demonstrando o seu conformismo, a sua *aquiescência* ao que foi decidido. Normalmente essa aquiescência é juridicamente irrelevante, pois o processo está encerrado, mas suponha-se que o condenado alegue em uma *querela nullitatis* ou em uma ação declaratória de ineficácia da sentença que não foi citado no processo original. Nesse caso, o cumprimento espontâneo da decisão já transitada em julgado, sem nenhuma ressalva, pode gerar uma incompatibilidade lógica com a pretensão de desconstituir ou ver declarada a ineficácia da sentença.

54.3. Aquiescência à decisão e a interposição de recursos

Em lições antigas, mas atemporais, Eduardo Couture afirmou que o sistema recursal em sistemas de "caráter acentuadamente dispositivo" possui duas características fundamentais: (a) os recursos são "meios de fiscalização confiados à parte", motivo pelo qual só se corrigem erros (*in procedendo* ou *in iudicando*) se houver pedido da parte prejudicada: "o consentimento em matéria processual civil purifica todas as irregularidades";

(b) os recursos são meios de correção da decisão "*por iniciativa da parte*", mas a cargo do mesmo juízo ou de juízo superior.[748]

Por isso, proferida a decisão judicial, seja ela interlocutória, extintiva ou de mérito, está parcialmente concluída a atividade jurisdicional. O Estado-jurisdição só voltará a se debruçar sobre a matéria se for novamente provocado mediante recurso ou outro instrumento processual posto à disposição do interessado (ação rescisória, embargos de terceiro, ação declaratória de ineficácia etc.). Se a parte não manifestar o seu inconformismo com a decisão na forma prevista em lei, presume-se que aceitou o resultado.[749]

A fase pré-recursal assemelha-se em muito à fase pré-processual. Se o demandante pode escolher o que quer pedir, delimitando o objeto do processo, o recorrente pode escolher do que quer recorrer, delimitando o objeto recursal; se o Estado-jurisdição é inerte e só age nos limites em que provocado com o exercício do poder de ação, o órgão recursal *ad quem* é inerte e só age nos limites em que for provocado pelo exercício da faculdade recursal. Tudo que não for pedido no recurso está fora da competência jurisdicional do tribunal *ad quem*, configurando-se *extra petita ou ultra petita* a decisão que extravasar os limites que lhe foram impostos. Também existe em grau recursal, portanto, uma necessária correlação entre decisão e recurso.[750]

Evidentemente, não se pode ir tão longe a ponto de ressuscitar a antiga doutrina que considerava o recurso uma nova demanda. O recurso fica sempre vinculado ao que fora produzido perante o juízo *a quo*. As partes não podem, salvo exceções legais relativas a *fatos novos* (arts. 933 e 1.014 do NCPC), inovar em grau recursal, e o órgão *ad quem* não pode se afastar do que foi pedido no recurso nem, muito menos, do objeto do *processo.* Mas, não obstante constrito, o recurso possui mérito, partes (que podem ser

---

[748] COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 285-286.

[749] Nesse sentido, MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 610, referindo-se a "*acquiescenza* qualificata *tacita*" em caso de recurso parcial. No Anteprojeto do Código de 1973, constava do art. 553, parágrafo único, que "o recurso parcial importaria 'a aquiescência pela parte do que não foi impugnado'" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 278). Esse dispositivo acabou eliminado da redação final do Código, mas bem expressa as implicações da falta de recurso contra a decisão.

[750] Nesse exato sentido, AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, Maria Pía Calderón. *Derecho Jurisdiccional II: Proceso Civil*. p. 467-468.

parcialmente distintas das partes do processo), causa de pedir e pedido próprios.[751] Nesse sentido, o art. 1.010 do NCPC, que funciona como regra geral, dispõe que na interposição do recurso devem ser identificadas as partes (inc. I), expostos o fato e o direito (inc. II), apresentadas as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade (inc. III – causa de pedir recursal) e expressamente pedida a nova decisão (inc. IV – pedido do recurso).

Em resumo, a parte só recorre *se* quiser *nos limites* que quiser. A decisão de interpor o recurso é como a decisão de propor a demanda. Da mesma forma que a parte pode aquiescer a uma violação de um direito de que é titular, pode aquiescer a um resultado desfavorável. A decisão de buscar a tutela jurisdicional é uma decisão privada sobre a qual o Estado não tem nenhuma ingerência.[752]

54.4. O efeito devolutivo dos recursos e a aquiescência parcial

Os limites definidos pelo recurso interposto são chamados, como se sabe, de *efeito devolutivo* dos recursos. Trata-se de nomenclatura antiga que remete ao processo romano. Falava-se em devolução porque o recurso devolvia ao Imperador o poder jurisdicional que delegara ao juiz.[753] Atualmente, o efeito devolutivo deve ser entendido como "transferência da matéria ou de renovação do julgamento para *outro* ou para o *mesmo* órgão julgador".[754]

---

[751] Sobre o mérito, a causa de pedir e o pedido recursais, v. ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 129-133.

[752] Não se deve confundir a disponibilidade jurisdicional das pessoas e entidades privadas com o dever *funcional* que agentes públicos têm de adotar as medidas necessárias à proteção do interesse público. O dever funcional que um Advogado da União (supostamente) tem de interpor todos os recursos cabíveis em defesa da União é o mesmo dever "funcional" que um advogado tem de interpor todos os recursos cabíveis em defesa dos interesses de seu cliente. Essa situação não tem nenhuma relação com a disponibilidade que o próprio titular do direito tem de aceitar uma decisão desfavorável e não recorrer ou de optar por não instaurar o processo.

[753] v. CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, v. I. p. 67.

[754] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 143.

O efeito devolutivo dos recursos atua em dois planos: o horizontal, que diz respeito à extensão do recurso e é delimitado pelo *pedido do recurso*,[755] e o vertical, que concerne à profundidade do recurso.[756]

No plano horizontal analisa-se o que está sendo objeto de impugnação (*tantum devolutum quantum apellatum*). A parte pode pedir a invalidação ou a reforma de toda a decisão ou de apenas parte dela: um ou mais capítulos da sentença, parte de um capítulo fracionável etc. Supondo que o réu tenha sido condenado a pagar indenização por danos materiais e morais, pode pedir a invalidação ou reforma apenas da condenação ao pagamento dos danos morais, p.ex., aceitando a condenação ao pagamento dos danos materiais; ou então pode pedir a redução do valor da condenação por danos morais (capítulo de sentença fracionável). Em ambos os casos, o tribunal está limitado à análise do que foi pedido. Se pedida exclusivamente a invalidação da sentença, o tribunal não pode reformá-la; se pedida exclusivamente a reforma, salvo se constatada alguma violação à ordem pública, não poderá o tribunal invalidá-la.[757] O mesmo acontece em caso de cumulação eventual de pedidos. Se acolhido parcialmente o pedido subsidiário, o demandante poderá optar por recorrer tanto da improcedência do pedido principal quanto da improcedência parcial do pedido subsidiário: se recorrer apenas da improcedência parcial do pedido subsidiário, a extensão do recurso definida pelo recorrente impede que o tribunal analise o pedido principal; se recorrer apenas da improcedência do pedido principal, presume-se que aquiesceu à procedência parcial do pedido subsidiário.

Definida a extensão do recurso, passa-se à análise de sua profundidade (plano vertical), apurando-se qual é a matéria cognoscível pelo tribunal para julgamento do que foi pedido pelo recorrente. A profundidade do efeito devolutivo "determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* para decidir" o mérito do recurso.[758]

Os limites estabelecidos pelo efeito devolutivo variam de acordo com cada recurso. Não pode a parte opor embargos de declaração para reformar ou invalidar a decisão, p.ex. Por se tratar de recurso de fundamentação vinculada, a extensão do recurso ficará

---

[755] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 133.

[756] Sobre o efeito devolutivo, v. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 334-350.

[757] Não poderá o tribunal, de ofício, considerar que houver cerceamento de defesa, p.ex.

[758] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 143.

limitada à correção de uma omissão, contradição, obscuridade ou erro material (art. 1.022 do NCPC). Do mesmo modo, em um recurso especial, o STJ não conhecerá de questões fáticas ou de valoração de provas.

A apelação é o recurso com maior amplitude do efeito devolutivo, tanto na extensão quanto, principalmente, na profundidade. Não só o tribunal, a pedido do apelante, poderá corrigir *errores in procedendo* e *errores in iudicando* fáticos *e* jurídicos (extensão), como reputam-se devolvidas ao tribunal "todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas" (profundidade) (art. 1.013, §1º do NCPC). Assim, se o autor apresentou três causas de pedir ao julgamento de procedência do seu pedido, não importa se o juiz acolheu apenas uma delas. As três causas de pedir são "devolvidas" ao tribunal em caso de apelação do réu, independentemente de recurso do autor (que, tratando-se de procedência total da demanda, nem sequer seria admitido); e o tribunal poderá manter a sentença com fundamento em qualquer uma delas.[759]

Mas não pode haver dúvidas. As questões devolvidas ao conhecimento do tribunal são aquelas relacionadas ao que foi objeto de recurso. O tribunal conhecerá das questões com a profundidade prevista em lei, sempre nos limites do que foi expressamente impugnado pelo recorrente.[760] Suponha-se que o autor pediu a condenação do réu a pagar quantia em dinheiro, e o réu alegou, em contestação, que a dívida não existia porque já fora paga (fato extintivo); porém, caso não se reconhecesse o pagamento, então teria havido repactuação das condições de pagamento pelas partes (fato modificativo). Em sentença, o juízo *a quo* julga procedente o pedido do autor. A apelação do réu devolverá ao tribunal o conhecimento dos dois fatos que alegara em contestação. *Contudo*, se o réu-apelante pedir no recurso que seja reformada parcialmente a sentença para reconhecer que *metade* da dívida está paga, o tribunal não poderá dar provimento ao recurso para reconhecer a inexistência de *todo* o débito, ainda que se convença que houve pagamento integral. Ao limitar o seu recurso a *metade* da condenação, o réu *aceitou parcialmente* o resultado do processo, *aquiesceu* parcialmente à decisão.

---

[759] V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 347-350.

[760] Exatamente nesse sentido, MOTULSKY, Henri. *Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême*. p. 4-5

54.5. A proibição da *reformatio in peius*

Há *reformatio in peius* quando o órgão *ad quem*, ao julgar o recurso, piora ou agrava *concretamente* a situação do recorrente sem que haja recurso da outra parte.[761] Ela pode ser qualitativa ou quantitativa. É qualitativa quando o provimento jurisdicional é alterado para agravar a situação do recorrente. Barbosa Moreira dá o bom exemplo do réu que é condenado ao pagamento de multa contratual, recorre sozinho alegando que não houve infração que justificasse a multa, e o tribunal, ao julgar o *seu* recurso, decreta a resolução do contrato.[762] É quantitativa quando se altera o *quantum* definido no provimento recorrido. Serve como exemplo o réu que recorre sozinho contra a condenação parcial e, no julgamento do seu recurso, o valor da condenação é majorado; ou o autor que também recorre sozinho para aumentar o valor da condenação, mas o tribunal reduz oficiosamente a quantia.

Na vigência do CPC/39, como já se mencionou, em um ambiente tomado por uma concepção autoritária e inquisitorial de processo, parte da doutrina aceitava a *reformatio in peius* em razão do "princípio do benefício comum" dos recursos.[763] Tratava-se de uma declarada restrição ao princípio dispositivo.

Felizmente, a partir de uma interpretação sistemática das normas que regiam o sistema recursal, a admissão da *reformatio in peius* foi definitivamente abandonada com o CPC/73, alinhando-se o Brasil aos demais ordenamentos jurídicos de viés predominantemente democrático.[764]

A *reformatio in peius* viola a necessária correlação entre recurso e provimento recursal e, por esse motivo, é incompatível com a disponibilidade inerente ao nosso sistema

---

[761] V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 336-345; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 104-115.

[762] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 337.

[763] Para um panorama da doutrina e da evolução histórica, v. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V (1949). p. 95-105.

[764] Na Alemanha, a *reformatio in peius* estava expressamente vedada por lei desde a promulgação da ZPO em 1877 (§536, atual §528). v. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 369; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 400. Na França, v. HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 595. Na Espanha, v. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, Maria Pía Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*. p. 468.

processual e ao necessário respeito que o Estado deve ter pela autonomia privada.[765] Se a decisão foi aquiescida parcial ou totalmente pela outra parte, o órgão *ad quem* não pode afastar-se dos limites definidos pelo recorrente e agir oficiosamente para beneficiá-la em detrimento de quem recorreu.[766] Da mesma forma que o juízo *ad quem* não pode dar mais do que foi pedido no recurso, não pode dar algo que não fora pedido por ninguém. O princípio dispositivo atua com idêntica força e intensidade em grau recursal.

Entretanto, alerta-se novamente: não se deve confundir *reformatio in peius* com o conhecimento de questões que são devolvidas ao tribunal pela profundidade do efeito devolutivo, mas que não alteram as consequências práticas da decisão recorrida. Utilize-se mais uma vez o exemplo do autor que formula pedido condenatório a partir de três causas de pedir e apenas uma delas é acolhida. Se o réu apelar da decisão, poderá o tribunal reconhecer que a causa de pedir acolhida pela sentença é infundada, mas, pela profundidade do efeito devolutivo, manter a decisão a partir de outra causa de pedir do autor-recorrido. Nesse caso não houve piora na situação original do recorrente. A condenação foi mantida, ainda que por outro fundamento. O efeito prático é o mesmo.

Tampouco configura *reformatio in peius* o julgamento do mérito do processo pelo tribunal quando aplicado o art. 1.013, §3º do NCPC – o chamado julgamento *per saltum*.[767] Ainda que o resultado do julgamento de mérito seja desfavorável ao recorrente, o seu recurso de invalidação da sentença foi, para todos os efeitos, provido. O julgamento de mérito é apenas uma consequência inevitável da continuidade do processo que acaba antecipado pela supressão de uma instância. A situação do recorrente não foi propriamente agravada, pois ele não tinha uma situação favorável antes do recurso; inexiste uma decisão judicial que tenha sido '*alterada*' pelo tribunal. A potencialidade que o julgamento *per*

---

[765] *Cf.* ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 107: "Funda-se a proibição da *reformatio in pejus* em dois pilares: de um lado, o princípio dispositivo, tão intenso no grau recursal quanto na formação do processo na origem, e, neste particular, deita raízes no direito fundamental do devido processo; e, de outro, o interesse exigido para impugnar as decisões judiciais".

[766] Precisa a observação de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 339: "Não há porque supor que, no direito brasileiro, o princípio dispositivo atue com menor intensidade na instância recursal do que na primeira, *quanto à fixação do objeto do juízo*. (...) Se só uma das partes tem interesse em recorrer, e não recorre, seria absurdo imaginar que pudesse sobrevir algum reexame, no tocante àquilo que só a ela interessaria".

[767] Para um estudo bastante completo do instituto, v. SILVA JR., Gervásio Lopes da. *Julgamento Direto do Mérito na Instância Recursal (art. 515, §3º, CPC)*. *passim.*

saltum tem de criar uma situação negativa ao recorrente é indireta; o tribunal não passa por cima de uma decisão transitada em julgado nem de uma manifestação de vontade de qualquer uma das partes: ele julga exatamente o que foi pedido na demanda inicial, nos limites fáticos estabelecidos pelas partes.

54.6. Efeito devolutivo e as questões de ordem pública

Quando o art. 1.013, §1º do NCPC considera devolvidas ao órgão *ad quem* "todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas", inclui dentre tais questões as que interessam à manutenção da ordem pública (dentre outros, art. 485, §3º do NCPC). Trata-se de fenômeno próprio da profundidade do efeito devolutivo. Se são devolvidas todas as questões suscitadas e discutidas no processo, então é natural que se devolvam também as questões que devem ser conhecidas de ofício pelo Estado-juiz. Não há nenhuma dúvida quanto a isso na doutrina ou na jurisprudência.[768]

Como bem observa Flávio Cheim Jorge, a possibilidade de que o tribunal conheça de ofício das questões de ordem pública é decorrência do princípio inquisitivo e constitui, de um modo geral, razoável limitação à disponibilidade das partes para a realização do interesse público.[769]

Suponha-se que o autor pediu a condenação do réu ao cumprimento do contrato. O réu, em contestação, rejeitou o inadimplemento. A sentença acolheu os argumentos do réu e julgou improcedente o pedido do autor. Em apelação, o autor pede a reforma da decisão. Para a análise do recurso são remetidas ao tribunal todas as questões alegadas no processo, bem como as *cognoscíveis de ofício* para a manutenção da ordem pública. Se o tribunal constatar que o contrato é nulo de pleno direito, poderá desprover o recurso por esse fundamento (oportunizando-se o contraditório prévio), ainda que a nulidade não houvesse sido alegada anteriormente pelo réu-recorrido.

Outro exemplo, mais ofensivo à disponibilidade processual, mas perfeitamente válido, é o da sentença que julga a demanda integralmente procedente e condena o réu a pagar quantia em dinheiro ao autor. O réu apela e pede a reforma da sentença sobre o fundamento de que a dívida já estava paga (fato extintivo). Ainda que o tribunal

---

[768] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 347; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 144.

[769] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 204-205.

afaste a alegação de pagamento, poderá dar provimento ao recurso e julgar improcedente a demanda do autor se constatar a nulidade do contrato.

Parte da doutrina denomina esse fenômeno de "efeito translativo", expressão que encontra larga aceitação na jurisprudência.[770] A princípio, não faz nenhuma diferença. O que se chama de efeito translativo não é nada mais do que uma consequência do efeito devolutivo em sua profundidade.[771]

54.7. Os limites do chamado "efeito translativo" e o princípio dispositivo

Existe uma utilização doutrinária bastante específica do efeito translativo, desenvolvida na vigência do CPC/73, que excede o efeito devolutivo. É o que ocorre quando o efeito translativo é aplicado para admitir a *reformatio in peius* e alcançar capítulos de sentença *não impugnados*, extrapolando a extensão do recurso definida pelo recorrente.[772]

João propôs ação de nulidade de contrato cumulada com restituição de valores indevidamente pagos a Pedro. A sentença julgou procedente o pedido de invalidação do contrato, mas improcedente a restituição dos valores. João apela do capítulo de improcedência e Pedro *não recorre*. De acordo com o "efeito translativo" dos recursos, o tribunal poderá reanalisar todas as questões de ordem pública pertinentes e invalidar *toda* a

---

[770] Por todos, STJ, EAREsp 234.535/SC, j. 14/12/2016: "A apreciação de questões de ordem pública pelo Tribunal a quo, de conhecimento e julgamento obrigatórios, mesmo que não tenham sido suscitadas em momento oportuno, não comportam a preclusão em virtude do efeito translativo do recurso de Apelação"; STJ, REsp 1484162/PR, p. 13/03/2015: "O efeito translativo da apelação, insculpido no artigo 515, § 1º, do CPC, aplicável geralmente às questões de ordem pública, não autoriza o conhecimento pelo julgador de matérias que deveriam ter sido suscitadas pelas partes no momento processual oportuno por força do princípio dispositivo do qual decorre o efeito devolutivo da apelação que limita a atuação do Tribunal às matérias efetivamente impugnadas"

[771] Nesse sentido, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 227. Em sentido contrário, com interessante argumentação, NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 462: "O poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do *princípio inquisitório* e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos".

[772] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 462-466. Flávio Cheim Jorge admite que o efeito translativo afete capítulos de sentença fracionados, mas não capítulos autônomos não impugnados (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 206-207 e 235-236).

sentença, incluindo aquele capítulo desconstitutivo que reconheceu a nulidade do contrato e *já havia transitado em julgado*. Segundo Nelson Nery, a interposição do recurso "adiaria" "o trânsito em julgado quanto a essas matérias de ordem pública".[773]

Não é possível aceitar essa conclusão.

Como acontece com todas as questões processuais ou materiais, o Estado-juiz só conhece daquilo que diz respeito ao objeto do processo. Da mesma forma que as questões de ordem públicas só são conhecidas pelo juízo *a quo* no que diz respeito ao mérito do processo, também em grau recursal só se conhecem de questões de ordem pública que se referem ao mérito recursal, à extensão do recurso.[774]

Ademais, não é possível distinguir capítulos autônomos da sentença não impugnados de parcela de capítulos fracionáveis não impugnados. Ao pedir cem, o autor também pediu dez. Se ele receber cem e não houver impugnação da condenação de apenas dez, essa fração do capítulo condenatório transita em julgado da mesma forma que um capítulo autônomo. Não há, aqui, ilogicidade insuperável, pois os comandos sentenciais (procedência a pagar dez, improcedência a pagar noventa) são perfeitamente compatíveis. A contradição existe apenas na motivação de cada decisão. A situação é distinta daquela em que o réu é condenado a pagar alimentos, mas a declaração de paternidade é julgada improcedente. Neste caso, a contradição é no provimento jurisdicional em si considerado. Quanto a isso, lembre-se que o NCPC admite inclusive o julgamento fracionado do mérito para conceder apenas aqueles dez que eram incontroversos entre as partes, abrindo-se a possibilidade de que haja o julgamento de improcedência dos noventa controversos (art. 356).

Por esse motivo, se José é condenado a pagar cem mil reais a João, aceita que deve pagar trinta mil, mas discorda dos outros setenta mil e apela, o processo só continuará existindo em relação a esses setenta. Se havia algum vício nesse capítulo da sentença condenatório, foi sanado pela aquiescência e, sobretudo, pelo trânsito em julgado. Não importa quão grave era o vício: "*capítulo não impugnado transita em julgado e, por isso,*

---

[773] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 463.

[774] Nesse sentido, na França, HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 595.

não pode ser reexaminado pelo tribunal".[775] Depois do trânsito em julgado, *todos* os vícios são sanados, restando apenas hipóteses de rescindibilidade. Como ensinava Pontes de Miranda, "rescindir não é decretar nulidade, nem anular".[776] Se o tribunal constatar que toda a dívida estava prescrita, poderá reconhecer a prescrição de ofício (oportunizando o contraditório prévio) e extinguir o processo. Mas esse julgamento de improcedência ficará limitado aos setenta mil reais que ainda estão sendo discutidos. Quanto aos trinta mil que transitaram em julgado, o processo acabou, a prestação jurisdicional foi encerrada. Se o réu quiser, poderá propor ação rescisória, mas o Estado-juiz não pode sair de sua inércia e invalidar uma decisão transitada em julgado sem demanda própria.

Para resolver essa situação, o art. 1.013, §1º do NCPC recebeu um importante complemento na redação que veio do art. 515, §1º do CPC/73: "§1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, *desde que relativas ao capítulo impugnado*". Essa última ressalva – "desde que relativas ao capítulo impugnado" – inexistia no CPC revogado e foi incluída para afastar quaisquer dúvidas de que a cognição recursal não pode extrapolar, jamais, capítulos de sentença não impugnados (e nem a parcela não impugnada desses capítulos quando fracionáveis). Qualquer excesso quanto ao mérito recursal implica uma decisão *extra petita* ou *ultra petita*.

54.8. A renúncia à faculdade recursal e a desistência do recurso

A renúncia à faculdade recursal e a desistência do recurso não se confundem com a aquiescência à decisão,[777] mas os três institutos caminham lado a lado. Em teoria, é possível que tanto a renúncia quanto a desistência decorram de razões outras que não a

---

[775] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 145-146.

[776] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI. p. 225.

[777] A doutrina brasileira é tranquila nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 259-260, 265-267 e 271; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 168 e 177; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 104; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 116-120, esp. p. 117. Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VII. p. 112. Para Pontes de Miranda, a aquiescência é uma espécie de "renúncia tácita". Na Itália, Girolamo Monteleone considera a renúncia uma forma de aquiescência expressa (MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 610).

aquiescência, pois ambas são atos de vontade dirigidos contra uma faculdade recursal exercível ou já exercida, ao passo que a aquiescência é uma manifestação de vontade pelo qual a parte aceita o próprio ato jurisdicional desfavorável. Mas fato é que toda vez que a parte aceita voluntariamente uma decisão, ela faz extinguir, pela preclusão lógica, a faculdade recursal exercível ou exercida, com resultados práticos similares ao da renúncia ou da desistência. Some-se a isso que, na prática, o mais comum é que a parte renuncie ou desista do recurso quando conformada com o resultado do processo; afinal, não deixam de ser atos de manifestação de vontade que eliminam a resistência à decisão e provocam a sua estabilização.[778]

A "renúncia ao direito de recorrer", prevista expressamente no art. 999 do NCPC, é o ato pelo qual a parte abdica de uma faculdade recursal que possui. Só se renuncia àquilo que se tem, então só se pode falar em renúncia ao recurso depois de proferida a decisão recorrível e criada a faculdade propriamente dita.[779] Não se renuncia a recurso antes de proferida a decisão e não se renuncia a recurso já interposto. No moderno sistema do NCPC, nada impede que a parte suprima previamente a faculdade recursal mediante uma convenção processual. Trata-se, todavia, de situação e de instituto diversos da renúncia contemplada no art. 999.

Uma vez interposto o recurso, o caso não é mais de renúncia, mas de desistência. O NCPC, como fizera o CPC/73, também deu tratamento expresso ao instituto no art. 998: "O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso". Se a renúncia pressupõe que o recurso não tenha sido

---

[778] Nelson Nery Junior trata os três como "pressupostos negativos de admissibilidade dos recursos" e corretamente afirma que "Do ponto de vista prático, a presença de qualquer deles no processo faz com que o recurso seja inadmissível, não conhecível", o que demonstra as semelhanças entre os institutos. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 366-367.

[779] Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VII. p. 108-109; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 267-268; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 169. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 115-116. Em sentido contrário, admitindo a "renúncia prévia", NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 369-376. Admitindo a renúncia prévia em razão do art. 190 do NCPC, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2 (2016). p. 481; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3 (2016). p. 104; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015*. p. 118-119.

interposto, só se pode falar de desistência de recurso em trâmite. Não se desiste de recurso que não foi interposto e não se desiste de recurso que já foi julgado.

A renúncia e a desistência configuram manifestações de vontade puras que, por não causar nenhum prejuízo à outra parte, independem de aceitação (arts. 998 e 999 do NCPC).[780] São, como diz normalmente a doutrina, "negócios jurídicos unilaterais não-receptícios".[781] São ainda, desde que validamente exercidas por advogado com poderes específicos, irrevogáveis.[782] Os institutos assemelham-se à renúncia à pretensão, que igualmente independe de aceitação da outra parte. Ao contrário do que ocorre com a desistência da ação (art. 485, §4º do NCPC), na qual o réu pode ter interesse no julgamento de mérito, o recorrido não tem como melhorar a sua posição com o julgamento do recurso. Por isso, a renúncia ao recurso e a desistência do recurso são atos processuais unilaterais que produzem efeitos imediatos.

A doutrina rejeita a *homologação* de renúncia ou desistência do recurso, pois não haveria um pedido formulado pela parte a ser acolhido pelo Estado-jurisdição.[783] Ensinava Pontes de Miranda que "A homologação é sempre julgamento sobre o que até então se passou. Examina-se o pretérito, para se atribuir certo efeito (...)".[784] Contudo, a eventual extinção do recurso ou até mesmo do processo depende não só de um exame de validade do ato praticado pela parte, representada por seu advogado, mas também dos limites e dos efeitos praticados do ato. É preciso analisar se há litisconsórcio unitário, se a renúncia ou a desistência foi total ou parcial, se há recurso da outra parte etc. O que ocorre é que, ao contrário da desistência da ação (art. 200, parágrafo único do NCPC), a renúncia e a desistência do recurso não dependem de homologação judicial para produzir efeitos. Embora

---

[780] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 261 e 269; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 368. Na França, no mesmo sentido, GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 372.

[781] Por todos, ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 169 e 172. Na Itália, MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 610.

[782] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 169 e 173.

[783] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3 (2016). p. 101-103; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 169 e 173. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 115 e 119.

[784] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI (1974). p. 345.

seja necessária a análise judicial da validade, eficácia e limites da renúncia ou da desistência do recurso, trata-se de decisão extintiva meramente declaratória que retroage ao momento em que o ato foi praticado.

Como a aquiescência, a renúncia e a desistência podem ser totais ou parciais. Se não houver ressalva, presume-se que são totais.[785]

54.9. A legítima restrição da liberdade da parte para a tutela dos litisconsortes unitários

Afirmou-se anteriormente que não há restrições à aceitação da decisão pelo jurisdicionado, nem mesmo em caso de litisconsórcio. Realmente não há. O art. 998 do NCPC, ao tratar da desistência do recurso, é claro: "O recorrente poderá, *a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes*, desistir do recurso". Contudo, por razões lógicas, a aceitação da decisão pode ficar prejudicada e não produzir nenhum efeito quando houver litisconsórcio unitário no processo.

Como se sabe, há litisconsórcio unitário quando se exige homogeneidade no julgamento da causa para todos os litisconsortes. É o que dispõe o art. 116 do NCPC: "O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes". Costuma-se dizer que tais hipóteses decorrem de uma *incindibilidade* da situação jurídica que está à base do objeto do processo.[786] Há litisconsórcio unitário quando o autor pede a invalidação de um mesmo contrato celebrado com os dois réus, p.ex. Não é possível retirar do mundo jurídico um ato para uma pessoa e mantê-lo para outra.[787]

O imperativo lógico de que todos os litisconsortes recebam a mesma resposta jurisdicional faz necessárias algumas adaptações no procedimento e autoriza que uma parte, em defesa de seus próprios interesses, acabe suprindo, indiretamente, as omissões do litisconsorte. É por isso que o art. 345 do NCPC, dizendo menos do que deveria, afasta a

---

[785] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2 (2016). p. 481.

[786] V. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 350-352. Para um estudo profundo do instituto, v. EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio Unitário: fundamentos, estrutura e regime*.

[787] Conclusão que, obviamente, não se aplica aos casos de ineficácia. Um ato pode produzir efeitos para uma pessoa, mas não para outra, a exemplo da fraude de execução (art. 137 e 792, §1º do NCPC).

revelia quando, "havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação". E, com redação mais apropriada, o art. 1.005 do NCPC dispõe que "O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses". Supondo-se que um autor tenha pedido a invalidação de um contrato celebrado com dois réus, o julgamento de procedência da demanda produz os mesmos efeitos contra os dois litisconsortes. Ainda que um deles tenha aceitado expressamente a decisão, o outro litisconsorte poderá recorrer e obter a reforma da decisão para manter hígido o contrato.

Desse modo, a parte sempre poderá aquiescer à decisão, renunciar à faculdade recursal ou desistir do recurso. Em caso de litisconsórcio unitário, porém, os *efeitos* produzidos pelo ato da parte (não a sua validade) podem ficar prejudicados quando incompatíveis com atos praticados pelos litisconsortes em defesa de seus próprios interesses.[788] Por uma necessidade lógica, os atos do litisconsorte unitário irradiam os seus efeitos também ao aquiescente, renunciante ou desistente. Há, aqui, uma sutil e absolutamente legítima limitação da liberdade do jurisdicionado em respeito aos direitos de outra parte do processo.[789]

54.10. A legítima restrição da liberdade da parte para a tutela de terceiros

As observações feitas ao litisconsórcio unitário valem para o denunciado à lide, quando litisconsorte (art. 128, I do NCPC), para a assistência litisconsorcial unitária (art. 124 do NCPC)[790] e, *mutatis mutandis*, para as hipóteses em que a lei autoriza a interposição de recursos pelo terceiro prejudicado.

---

[788] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2 (2016). p. 481; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3 (2016). p. 105.

[789] O art. 90 CPC/39 dispunha, equivocadamente, que os litisconsortes unitários "revéis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais". Por óbvio, não se trata de *representação*, pois um litisconsorte não age em benefício do outro, mas em seu próprio benefício. O que há, repete-se, é apenas uma irradiação necessária dos efeitos do ato praticado em benefício próprio a terceiros.

[790] O art. 124 do NCPC, ao reproduzir a redação do art. 54 do CPC/73, manteve viva a antiga polêmica sobre a natureza do assistente litisconsorcial. Contudo, mesmo se adotada a posição de que o assistente litisconsorcial é um efetivo assistente, e não litisconsorte, deve-se admitir, ao contrário do assistente simples, que o litisconsorcial contrarie a vontade do assistido. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 392-393.

Considerando que o titular de direito atingido pela decisão judicial pode interpor recurso de forma autônoma, sem nenhum vínculo de prejudicialidade (art. 996 do NCPC), tal recurso poderá alterar a decisão ainda que o sucumbente tenha aquiescido expressamente a ela. Do mesmo modo, a renúncia e a desistência não produzem efeitos contra o terceiro prejudicado se ele tiver interposto recurso. Mais uma vez restringe-se parcialmente a liberdade da parte sucumbente em respeito à realização de direitos de terceiros.

Quanto ao assistente simples, a situação é mais complexa. O assistente pode exercer todas as faculdades recursais concedidas ao assistido (art. 121 do NCPC), mas sempre de forma acessória. Ainda que assuma a posição de substituto processual do assistido em caso de revelia ou omissão (art. 121, parágrafo único do NCPC), o assistente é uma *parte auxiliar* que não tem disposição sobre o processo "nem está autorizado a contrariar as estratégias de defesa do assistido".[791] Por isso, se o assistido reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação, renunciar à pretensão ou transigir, a assistência fica prejudicada (art. 122 do NCPC).

Especificamente no que nos interessa neste momento, o assistente não pode contrariar a manifestação de vontade do assistido em aceitar a decisão e cumpri-la. Também não pode contrariar a decisão do assistido de renunciar à faculdade recursal ou desistir do recurso.[792] O assistente "atua sempre 'complementando' a atividade processual do assistido" e não pode adotar uma estratégia processual dissonante daquele que assiste.[793] Se o assistido praticar qualquer ato que extinga a sua faculdade recursal, ficará prejudicado o recurso eventualmente interposto pelo assistente. Por outro lado, a simples omissão do assistido não impede que o assistente recorra na defesa dos seus interesses. A perda do prazo recursal pelo assistido, portanto, não prejudica o recurso do assistente.

Em resumo, a única forma de conciliar os arts. 121 e 122 do NCPC é admitir que o assistente aja em defesa do assistido apenas quando houver omissão. Qualquer *ação* do assistido que denote a concordância com a decisão prejudica o recurso do assistente. O

---

[791] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 388-389. V. também CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. p. 198.

[792] Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 392; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. p. 198.

[793] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. p. 198.

decurso do prazo recursal pelo assistido não impede que o assistente impugne a decisão, mas a aquiescência expressa do assistido à decisão prejudica o inconformismo do assistente.

54.11. Aquiescência, renúncia, desistência e os recursos adesivos

Havendo sucumbência recíproca, o sistema processual brasileiro admite a interposição de recursos adesivos à apelação, ao recurso extraordinário e ao recurso especial eventualmente interpostos pela outra parte (art. 997, §1º do NCPC).

O fundamento dos recursos adesivos é evitar a perpetuação de processos desnecessários. Dão às partes a oportunidade de conformar-se com a decisão judicial sem o temor de que o adversário recorra e ela fique em uma situação de vulnerabilidade.[794] Trata-se, em última análise, de uma aquiescência condicional: a parte aceita o resultado, desde que não haja recurso do adversário.[795]

O recurso adesivo é inteiramente subordinado ao recurso independente (art. 997, §1º). Como bem explicam Wambier e Talamini, "Esse é o preço que o recorrente adesivo paga por não haver recorrido na primeira oportunidade que lhe foi dada".[796] Se o recorrente aderido desistir, ou se o seu recurso não for conhecido, o recurso adesivo fica prejudicado e também não é conhecido. Obviamente, nada impede que o recorrente adesivo desista do recurso, sem que isso tenha nenhuma consequência ao recurso principal independente. O recurso adesivo é extinto e julga-se normalmente apenas o recurso principal.

Questão polêmica é a que diz respeito ao cabimento do recurso adesivo quando o recorrente adesivo tenha previamente aquiescido à decisão ou renunciado

---

[794] V. a didática explicação de DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 155.

[795] Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 246: "a parte que estiver inclinada a conformar-se com o julgamento, mas apenas sob a condição de que também o adversário se abstenha de recorrer, poderá aguardar sem sobressalto o decurso do prazo comum".

[796] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 659.

expressamente ao seu recurso. Haveria, nessas situações, uma incompatibilidade lógica com o ato de recorrer adesivamente?[797]

A resposta deve ser negativa para ambos os casos.

Quanto à renúncia, a solução do problema é mais simples e mais técnica. Salvo em caso de convenção processual que extingue faculdades processuais e molda o processo de acordo com a vontade dos contratantes, a parte só pode renunciar àquilo que ela tem. A renúncia do recurso principal não tem como atingir uma faculdade que nem sequer surgiu.[798] Ademais, a renúncia ao recurso não é, necessariamente, um ato de concordância irrestrita com a decisão. Estender a renúncia ao recurso adesivo implicaria dar interpretação ampliativa ao ato, não obstante ele deva ser interpretado sempre restritivamente. Note-se que tanto na Alemanha (atuais § 524, 2 e § 554, 2)[799] quanto em Portugal (art. 633º, 4),[800] os respectivos Códigos de Processo tratam expressamente do tema e admitem o recurso adesivo daquele que expressamente renunciou ao recurso principal, salvo se houver, em Portugal, "declaração expressa em contrário"; ou seja, salvo se o renunciante declarar expressamente que renuncia também ao recurso adesivo.

Quanto à aquiescência, a questão é bastante delicada. Poder-se-ia argumentar, com razão, que a aceitação expressa ou tácita da decisão é manifestamente incompatível com a vontade de recorrer, seja de modo principal, seja adesivamente. Também poder-se-ia

---

[797] Defendendo a inadmissibilidade do recurso, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 481. Refutando a inadmissibilidade do recurso em caso de renúncia, ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 63 e 171. Admitindo o recurso adesivo em ambos os casos, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 308-310.

[798] Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 269.

[799] Na tradução ao inglês disponibilizada pelo Ministério da Justiça alemão: "*Section 524 Cross appeal (...) (2) A cross appeal is an available remedy also if the respondent in the appeal has waived an appeal or if the time limit for filing an appeal has lapsed. A cross appeal may admissibly be filed until the deadline has expired by which the respondent in the appeal is to submit its statement of defence in appeal proceedings. This deadline shall not apply should the cross appeal have as its subject matter a sentence for recurrent performance becoming due in the future (section 323)*". V. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 366.

[800] "Artigo 633.º Recurso independente e recurso subordinado (...) 4 - Salvo declaração expressa em contrário, a renúncia ao direito de recorrer ou a aceitação, expressa ou tácita, da decisão por parte de um dos litigantes não obsta à interposição do recurso subordinado, desde que a parte contrária recorra da decisão".

sustentar que o art. 1.000 do NCPC não distingue o recurso principal do recurso adesivo.[801] Contudo, o dispositivo parece ter dito menos do que queria. Se a função dos recursos adesivos é justamente proporcionar "ambiente propício à expectativa do conformismo recíproco, incentivando as partes a permanecerem inertes",[802] não faria sentido eliminar o recurso adesivo da parte que se conformou com a decisão. E se é verdade que o recurso adesivo configura uma hipótese de 'conformismo condicionado' – a parte aceita a decisão *desde que* a parte adversa não recorra –, a aquiescência sem ressalvas é feita a uma decisão judicial específica, e não a uma decisão que pode vir a ser invalidada ou reformada pelo órgão *ad quem* por iniciativa do adversário. Eliminar o recurso adesivo da parte que aquiesceu sem ressalvas iria de encontro à própria finalidade dos recursos adesivos, que é promover a aceitação recíproca da decisão. Foi justamente essa a solução dada pelo já citado art. 633, 4 do Código de Processo Civil de Portugal. De qualquer forma, o recurso adesivo deve ser admitido apenas se a aquiescência for manifestada *antes da interposição do recurso pela outra parte*, ou ao menos *antes da ciência* da parte de que o recurso foi interposto.

A admissão do recurso adesivo em caso de renúncia ou aquiescência à decisão não se estende à hipótese de prévia desistência do recurso independente interposto pelo aderente. Se o sucumbente parcial recorreu e desistiu do recurso antes de aberto o seu prazo para contrarrazões, não poderá recorrer novamente de forma adesiva.[803] Além da preclusão consumativa, não está presente aqui o requisito básico dos recursos adesivos, que é a aquiescência "condicionada" à decisão. O recorrente já manifestou o seu inconformismo e retratou-se. Não seria razoável permitir que recorra uma segunda vez, sob pena de transformar o recurso adesivo em instrumento para correção ou alteração de recursos já interpostos – o que evidentemente não é a sua finalidade.

---

[801] Foi o que fez Barbosa Moreira ao comentar o art. 502 do CPC/73. V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 269.

[802] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 57.

[803] Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 153. Em sentido contrário, admitindo o recurso adesivo, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 310; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 388.

54.12. Sobre os limites temporais à renúncia ao recurso e à desistência do recurso

A renúncia pode ser exercida a qualquer momento entre o proferimento da decisão e (i) o termo final do prazo recursal (preclusão temporal),[804] (ii) a manifestação de aquiescência expressa ou tácita à decisão (preclusão lógica) ou (iii) ao exercício da faculdade recursal (preclusão consumativa). Ou seja, uma vez exercida ou extinta a faculdade recursal, não há mais nada a ser renunciado.

A desistência pode ser exercida a qualquer tempo, desde que já interposto o recurso (art. 998 do NCPC). A parte pode desistir tanto de recurso interposto em instância inferior que ainda não foi remetido à instância superior quanto de recurso já remetido à instância superior.[805]

A doutrina amplamente majoritária limita a possibilidade de desistência do recurso até o início do julgamento,[806] muitas vezes sem apresentar uma justificativa.[807] Na jurisprudência, a questão é controversa.[808]

---

[804] O decurso *in albis* do prazo é também uma forma de renúncia tácita. Em sentido contrário, Pontes de Miranda sustenta que não se pode confundir renúncia tácita com preclusão (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VII. p. 99). Contudo, a própria renúncia tácita, quando exercida no prazo recursal, cria uma preclusão lógica.

[805] A desistência, então, será exercida na instância em que o recurso se encontra. *Cf.* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VII. p. 100.

[806] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VII. p. 100; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 387-388; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 119; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 100; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015*. p. 117. Em sentido contrário, admitindo a desistência "após o início da coleta dos votos, mas antes do seu término, ou seja, da proclamação do resultado", ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 174-175.

[807] Pontes de Miranda, p.ex., justifica o motivo pelo qual a desistência deve ocorrer antes de proferido o julgamento, mas não o motivo pelo qual a desistência é vedada após proferido um voto (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VII. p. 100).

[808] Admitindo a desistência depois de iniciado o julgamento: STJ, RMS 20.582/GO, j. 18/09/2007; STJ, PET no AREsp 2.973/PE, j. 13/12/2011; STJ, REsp 85.277/SP, j. 14/11/1996. Admitindo com a ressalva de que não havia interesse público no julgamento da causa para uniformização jurisprudencial: STJ, REsp 689.439/PR, j. 04/03/2010; STJ, REsp 890.529/RJ, j. 01/10/2009. Rejeitando a desistência pelo simples fato de já ter iniciado o julgamento: STJ, REsp 1255179/RJ, j. 25/08/2015.

Nelson Nery Jr., acompanhado de Flávio Cheim Jorge, defende que a parte pode desistir do recurso até a sua última participação ativa na causa: na sustentação oral, quando admitida, por petição escrita nas demais hipóteses.[809] Ora, a participação da parte na causa de forma alguma encerra-se com a sustentação oral ou com uma petição escrita. A qualquer momento do julgamento as partes podem pedir a palavra para levantar questões de ordem, pedir esclarecimentos e elucidar questões de fato. Com a vigência do NCPC, há inclusive nova sustentação oral em caso de julgamento não unânime e ampliação do quórum (art. 942 do NCPC).

Por razões lógicas, é juridicamente impossível desistir de um fato consumado; logo, não se pode desistir de recurso já julgado. Mas enquanto não for declarado o resultado do julgamento, a desistência deve ser admitida. Ao menos quatro razões impõem essa conclusão: (a) restringir a desistência até o momento anterior ao início do julgamento não só carece de amparo legal, mas releva-se *contra legem*, pois o art. 998 autoriza a desistência "a qualquer tempo"; (b) *ninguém* é prejudicado pela desistência do recurso durante o julgamento: para o recorrente, trata-se de opção própria; para o recorrido, que só tem a perder com a continuidade do recurso, acelera-se a conclusão do processo em seu favor; para o Estado, encerra-se o processo e promove-se a paz social com um ato de aceitação da decisão pela parte sucumbente; (c) o recurso só existe porque a parte pediu a invalidação ou a reforma de uma decisão; desaparecendo o interesse na correção do julgado, desaparece o objeto recursal; (d) não há nenhuma justificativa lógica ou jurídica para impor à parte uma decisão que foi por ela pleiteada, mas a qual ela não quer mais.

Existe, porém, uma situação limítrofe, como bem lembra Nelson Nery Jr. É o caso em que o recorrente desiste do recurso durante o julgamento, constatando o provável insucesso, para evitar o provimento do recurso adesivo do recorrido. De acordo com Nelson Nery, admitir a desistência do recurso nessa hipótese, no meio do julgamento, "daria margem à fraude e à chicana".[810]

Essa talvez seja a única situação em que a restrição da desistência do recurso depois de iniciado o julgamento teria um fundamento razoável. Nesse caso, e apenas nesse caso, a desistência do recurso seria, em tese, danosa ao recorrido e poder-se-ia cogitar de

---

[809] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 387-388; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 119.

[810] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 387.

restringir parcialmente a liberdade do recorrente. Contudo, ao deixar de interpor o recurso no momento adequado, o recorrido assumiu o risco de ter o seu recurso adesivo prejudicado por qualquer manifestação de vontade do recorrente. O aderente aceitara a decisão judicial recorrida; recorreu apenas e tão somente porque a outra parte recorrera previamente. O prejuízo que o recorrente adesivo tem com a desistência do recurso é, portanto, bastante relativo. A desistência mantém o estado das coisas que foi aceito pelo aderente quando deixou de recorrer no prazo original.[811]

Por tudo isso, deve-se admitir que o recorrente desista do recurso quando for concedida a palavra ao seu advogado para sustentar oralmente, enquanto são prolatados os votos dos julgadores ou quando houver qualquer interrupção no julgamento, como na hipótese de pedido de vista, p.ex. A única restrição à desistência do recurso é que seja exercida antes de formalmente proclamado o resultado do julgamento.

54.13. Sobre a rejeição da desistência do recurso para que o tribunal possa criar precedentes

Não importa quão absurda, nula ou ilegal é a decisão recorrida. Manifestada a vontade de desistir do recurso, os efeitos são imediatos, a decisão recorrida transita em julgado e, naquilo que foi desfavorável ao aquiescente, torna-se imutável. Desde que validamente exercida, o tribunal *ad quem* não pode, em nenhuma hipótese, desconsiderar a manifestação de vontade da parte recorrente e julgar o recurso. Trata-se de afronta à autonomia privada e à inércia jurisdicional.

Apesar disso, sem nenhum amparo legal, o STJ desenvolveu jurisprudência no sentido de que "É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ".[812] Antes

---

[811] Exatamente nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. p. 175: "Sucede que, objetivamente, não há prejuízo ao recorrente adesivo. Inicialmente, a parte se conformou com o provimento impugnado. (...) Ora, o desaparecimento do recurso principal, por força da desistência, implica o retorno àquele estado anterior, em princípio plenamente satisfatório. É tão confortável a posição do adversário do desistente que, ponderando a situação provocada pelo pronunciamento, não enxergara motivo imperioso para recorrer".

[812] STJ, REsp nº. 1.111.148/SP, j. em 24/02/2010; STJ, QO no REsp. nº. 1.063.343-RS, Corte Especial, j. 17.12.2008.

disso, já havia decisões rejeitando a desistência de recurso após iniciado o julgamento "ante a relevância do caso", o que seria "contrário ao interesse público".[813]

Esse despropósito evoluiu para a recusa em homologar a desistência pelo simples interesse público no julgamento da causa, antes mesmo de iniciado o julgamento. Em caso que se tornou paradigmático, o STJ rejeitou a homologação de uma desistência de recurso porque o julgamento do caso seria relevante à sociedade e homogeneizaria entendimento sobre um tema controverso. De acordo com a decisão, "o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos". Por isso, "o pedido de desistência não deve servir de empecilho a que o STJ prossiga na apreciação do mérito recursal, consolidando orientação que possa vir a ser aplicada em outros processos versando sobre idêntica questão de direito".[814]

Trata-se de uma evidente exacerbação do publicismo processual que desconsidera a posição das partes e a razão de ser de um processo judicial. Faz lembrar o art. 292 do Código de Processo soviético, o qual permitia ao tribunal recusar a desistência do recurso quando considerasse a desistência "contrária à lei". Contudo, se na antiga União Soviética o Estado tinha interesse no correto julgamento de *todos* os processos, no Brasil deve-se tutelar a liberdade contra intromissões públicas indevidas e injustificadas.

Isso não quer dizer, é evidente, que a função *monofilacica* e integrativa dos tribunais superiores deva ser de alguma forma minimizada. A formação de precedentes e o seu respeito tanto pelas cortes inferiores quanto pela própria corte que o formou são fundamentais ao saudável funcionamento do poder jurisdicional e à obtenção da tão valiosa segurança jurídica. Contudo, a formação de precedentes sempre foi uma consequência natural do julgamento de processos instaurados pelo particular. Um dos motivos pelos quais a doutrina do *common law* preocupa-se há mais de cem anos em diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dictum* é impedir que os tribunais criem "precedentes" arbitrariamente, transfigurando a atividade jurisdicional em atividade legislativa.

---

[813] STJ, QO em EREsp 218.426/SP, j 10/04/2003.

[814] STJ, QO no REsp nº 1.308.830/RS, j. 08.05.2012.

Ademais, chega a ser paradoxal que o STJ viole frontalmente uma norma legal expressa para supostamente promover a segurança jurídica e exercer a sua função de garantidor da integridade do ordenamento jurídico.[815] Segurança jurídica e ilegalidade são conceitos diametralmente opostos.

Não bastasse tudo isso, aquele caso tinha uma peculiaridade que o torna ainda mais grave. A parte não tinha apenas desistido do recurso. Desistiu do recurso porque fora celebrado um acordo entre recorrente e recorrido, pelo qual o recorrido receberia uma indenização em dinheiro. A liberdade das partes foi, portanto, duplamente violada.[816]

Para evitar que episódios como esse se repetissem e tentar encontrar um ponto de equilíbrio entre a liberdade do jurisdicionado e o interesse público no julgamento da causa, o art. 998, parágrafo único do NCPC dispõe: "A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos". Respeita-se a vontade da parte de não ter o seu recurso apreciado, mas aproveita-se o recurso para criar tese jurídica de interesse da coletividade. Ainda que esse peculiar julgamento "em tese" pudesse favorecer o desistente, não lhe produz nenhum efeito. A desistência faz transitar em julgado a decisão recorrida, e é ela que regerá a relação entre as partes do processo.[817]

---

[815] Quanto a isso, v. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 103: "Na verdade, o STJ deixou confessadamente de aplicar o disposto no art. 501 do CPC-1973 (correspondente ao art. 998 do CPC-2015). Para afastar o dispositivo, deveria ter sido indicada alguma inconstitucionalidade. E, para isso, o caso haveria de ser submetido à Corte Especial. Não foi, entretanto, o que ocorreu. A decisão, enfim, merece a nossa lamentação".

[816] V. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. p. 103: "Em quarto lugar, no caso concreto, houve acordo antes do julgamento. Com o acordo, que em momento algum foi inquinado de defeituoso, o mérito da causa já estava resolvido. Não havia mais o que ser julgado. A decisão, por isso, ofendeu o direito ao autorregramento da vontade, corolário da liberdade. É, neste sentido, inconstitucional".

[817] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. p. 496; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015*. p. 117. Também nesse sentido é o enunciado nº. 213 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "No caso do art. 998, parágrafo único, o resultado do julgamento não se aplica ao recurso de que se desistiu".

54.14. Aquiescência, renúncia, desistência e direitos indisponíveis

A natureza dos interesses relevantes ao processo não interfere na possibilidade de aquiescência à decisão. Mesmo em causas que versam sobre direitos e interesses disponíveis, a parte pode aceitar expressa ou tacitamente a decisão, renunciar ao recurso ou desistir de recurso já interposto. A indisponibilidade da questão debatida no processo não transforma, como vem sendo repetido, o processo em inquisitivo e não autoriza o Estado-juiz a agir oficiosamente na realização de interesses alheios.

Essa diferença entre disponibilidade processual e disponibilidade material é muito bem apreendida pela doutrina no que diz respeito a atos de aquiescência. Ao tratar da renúncia, Sandro Kozikoski ensina: "Mesmo nas hipóteses de direitos *indisponíveis*, é possível a renúncia, porque tal ato não incide sobre o direito material versado na causa, ficando restrito à seara processual. Ou seja, a renúncia ao direito de recorrer não deve ser confundida com a renúncia envolvendo a satisfação do direito material".[818]

Além disso, não é possível adotar como premissa que a decisão de primeiro grau é um ato jurisdicional insuficiente para garantir a satisfação de interesses indisponíveis. Ao contrário, o sistema tem de partir do pressuposto de que toda decisão judicial é um ato jurisdicional válido, legítimo e eficaz. A ineficácia *ope legis* (art. 1.012 do NCPC) e institutos como a remessa necessária são deturpações sistêmicas que, ao supor que decisões de primeiro grau devem necessariamente ser revistas por um órgão *ad quem* antes de produzir efeitos, violam a impessoalidade e a unidade da jurisdição.[819]

Tratando-se de direito indisponível, é claro que o Ministério Público tem legitimidade para recorrer da decisão em defesa da ordem pública na condição de fiscal da lei – *custos legis*. A mesma legitimidade existirá quando o Ministério Público atuar em processo que envolve interesse de incapaz. Contudo, em cenário similar ao do litisconsórcio unitário, isso não impede que a parte aquiesça expressamente à decisão (o incapaz por seu

---

[818] KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015*. p. 119. V. também JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. p. 115: "É irrelevante a natureza da demanda discutida, se cuida de direitos indisponíveis ou disponíveis. Como a renúncia refere-se a um poder de natureza estritamente processual, poderá sempre ser exercitada e conhecida de ofício pelo juiz".

[819] Idêntica deturpação sistêmica é o extremismo da aplicação da regra da indisponibilidade do interesse público, a qual impõe aos advogados públicos a interposição descabida e desarrazoada de recursos contra toda e qualquer decisão judicial.

representante). A aceitação será válida, apenas não produzirá efeitos se for interposto recurso pelo Ministério Público.

54.15. *Aquiescência, renúncia, desistência e ação rescisória*

A aquiescência à decisão, a renúncia ao recurso e a desistência do recurso não impedem que a parte utilize os meios autônomos de impugnação previstos em lei depois do trânsito em julgado. Inexiste preclusão lógica entre a aceitação de um provimento jurisdicional e o interesse da rescisão quando presente alguma causa rescisória. Na vigência do CPC/73 foi inclusive editado enunciado sumular pelo STF no sentido de que "Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos". Não há nenhuma razão para que esse entendimento seja modificado na vigência do NCPC.

Contudo, havendo transação depois do trânsito em julgado, o ato de disposição das partes substitui o comando jurisdicional e não há mais que se falar em ação rescisória.[820] É o que ocorre quando o réu é condenado a pagar cem mil reais ao autor e, transitada em julgado a decisão, as partes transacionam para que o réu-devedor dê em pagamento um automóvel no valor de oitenta mil reais, dando-se integral quitação à obrigação. Inexiste aquiescência nessa hipótese, mas autêntico negócio jurídico material externo ao processo – o qual poderá ser invalidado como qualquer outro negócio jurídico.

55. Transação

A intervenção imperativa de um terceiro na relação entre particulares (ou mesmo entre particulares e o Estado) é um fenômeno atípico que decorre da impossibilidade de que os particulares componham por si só os seus interesses. Isso pode ser causado por um conflito entre interesses divergentes (litígio) ou pela imposição jurídica de que, pela peculiar importância da matéria, o Estado intervenha para garantir a estrita preservação de interesses indisponíveis; como, p.ex., a interdição do incapaz ou o inventário e partilha de bens envolvendo sucessor incapaz. Não raro, as duas hipóteses cumulam-se e o processo *necessário* revela-se também litigioso.

---

[820] Cf. NEGRÃO, Theotonio et alii. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor (2013)*. p. 613.

Quando o processo tem origem em um conflito, admite-se que as partes encerrem-no mediante um acordo de vontades com concessões recíprocas: é o que se chama de transação, forma de *autocomposição*.

A transação está disciplinada nos arts. 840 a 850 do Código Civil e trata-se de autêntico instituto de direito material. Configura-se, de acordo com a lei, quando os "interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas" (art. 840 do CC) e só se admite "quanto a direitos patrimoniais de caráter privado" (art. 841 do CC). Considerando que o processo judicial não serve para criar, mas apenas para reconhecer e realizar direitos pré-existentes, tampouco se admite a transação para transmissão de direitos: "A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos" (art. 843 do CC).

Não se exige a existência prévia de um processo judicial para que os interessados transacionem. A transação pode servir tanto para "terminar o litígio" quanto para "preveni-lo" e pode ser instrumentalizada por instrumento particular quando a lei não exigir escritura pública (art. 842 do CC). Mesmo se já houver processo instaurado, as partes podem transacionar mediante escritura pública (art. 842 do CC) a ser posteriormente homologada pelo juiz.

Também pela natureza essencialmente material da transação, nada impede que ela extrapole o objeto do processo e verse sobre outros assuntos envolvendo as partes.[821] Do mesmo modo, nada impede que terceiros participem da transação, ainda que não sejam partes no processo em que é celebrada. O importante é que, dentro dos limites legais, a transação atinja a sua finalidade de "prevenir ou terminar" o litígio mediante concessões mútuas.

As consequências produzidas pela transação no curso do processo são secundárias.[822] O que realmente importa é o negócio jurídico material celebrado entre as partes. A extinção do processo é uma consequência natural da perda de seu objeto.[823] Se a

---

[821] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 264. Assim também na Alemanha, cf. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 258.

[822] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 262.

[823] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 264.

transação for parcial, o processo será parcialmente extinto. Contudo, para que o negócio produza efeitos no processo, e também para que adquira natureza de título executivo *judicial*, e não apenas *extrajudicial*, deve preencher os requisitos de todo ato processual[824] e ser homologado por sentença.[825]

55.1. Os limites da atividade judicial na transação

Como ensina Dinamarco, "homologar significa agregar a um ato realizado por outro sujeito a autoridade do sujeito que o homologa". Por isso, "a homologação dos atos dispositivos das partes é um invólucro, ou continente, cujo conteúdo substancial é representado pelo negócio jurídico realizado por elas".[826]

Isso quer dizer que a homologação de uma transação não implica um verdadeiro julgamento de mérito. Seguindo mais uma vez as lições de Dinamarco, é um provimento jurisdicional que configura uma falsa sentença de mérito, pois nada diz sobre a pretensão formulada pelo demandante.[827] Ao juiz é proibida qualquer "verificação da *conveniência*" da transação.[828] O que ele faz é única e tão somente verificar a validade formal do ato mediante um juízo de delibação. Assim, cumpre-lhe verificar (i) se houve efetivamente uma transação, interpretada sempre restritivamente (art. 843 do CC); (ii) se a transação era permitida pelo ordenamento jurídico (não versava sobre direitos indisponíveis, p.ex.); (iii) se as partes eram capazes e estavam devidamente representadas; (iv) se a transação não atinge indevidamente direitos de terceiros.[829]

Homologada a transação, o negócio jurídico material adquire um selo de validade conferido pelo Estado que lhe permite ser tratado como título executivo judicial. Mas repete-se: trata-se de ato jurisdicional que valida o ato, porém não é ele uma verdadeira sentença de mérito, pois o conteúdo da transação é definido exclusivamente pelas partes. Trata-se da mais autêntica *disponibilidade* do resultado do processo que existe no nosso sistema.

---

[824] JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 258.

[825] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 265.

[826] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 265-266.

[827] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 264-265.

[828] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 266.

[829] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 266-267.

56. Renúncia à pretensão (art. 487, III, *c* do NCPC)

Se o demandante tem o poder de dar início ao processo e definir aquilo que deve ser julgado pelo Estado-juiz, tem igualmente o poder de encerrar o processo mediante um ato de disposição: a renúncia à pretensão formulada inicialmente. Aplica-se aqui quase a mesma lógica da inércia jurisdicional: ainda que haja um direito tutelável, a sua realização pelo Estado depende da vontade do seu titular. E se ninguém é obrigado a formular uma demanda e *pedir* uma tutela jurisdicional, tampouco é obrigado a *receber* essa tutela jurisdicional depois de formulado o pedido. Por essa singela e importante razão, a lei faculta ao demandante que se arrependa e renuncie à pretensão que formulou anteriormente.

A renúncia à pretensão pode ser parcial ou total. O demandante pode renunciar a pedidos cumulados ou a parte de pedidos decomponíveis. Se a renúncia for parcial, cumprirá ao juiz proferir decisão parcial de mérito de improcedência da parcela renunciada (art. 356) e dar seguimento ao processo.

A renúncia é sempre um ato unilateral que independe da anuência do demandado e pode ser exercida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que a sentença ainda não tenha transitado em julgado. É assim no Brasil, em Portugal,[830] na França[831] e na Espanha.[832] Parte-se sempre do pressuposto de que o réu não tem interesse em opor-se a uma manifestação de vontade que lhe é favorável. Na Alemanha[833] e na Áustria[834] a renúncia independe de aceitação pelo demandado, mas ambas as ordenações processuais estabelecem momentos para a prática do ato.

---

[830] Art. 283º, 1 do CPC português: "1 - O autor pode, em qualquer altura, desistir de todo o pedido ou de parte dele, como o réu pode confessar todo ou parte do pedido".

[831] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 367.

[832] RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil*. p. 379; AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, Maria Pía Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*. p. 403.

[833] JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 255. Na Alemanha, embora a renúncia independa de aceitação, o julgamento de improcedência da demanda exige pedido nesse sentido pelo demandando. Contudo, "Efectuada a confissão ou a desistência, a parte contrária apenas pode pedir uma sentença sobre a confissão ou a desistência, mas não qualquer apreciação sobre o mérito" (p. 255).

[834] Como disposto no §394 do Código de Klein, com redação muito similar à do §306 da ZPO alemã, "Se na primeira audiência ou no debate oral, o autor renunciar à pretensão deduzida, por pedido do réu, a demanda será, com base na renúncia, julgada improcedente mediante sentença" (tradução livre de *Ordinanza della Procedura Civile di Francesco Giuseppe* (1985). p. 195.

Trata-se, portanto, de um autêntico direito potestativo do demandante que, pelo exercício de um poder, sujeita Estado, juiz e demandado aos efeitos da sua manifestação de vontade.[835]

O NCPC, como fazia o CPC/73, não anuncia explicitamente a existência de um poder de renúncia pelo demandante. O instituto é tratado no mesmo dispositivo que arrola as hipóteses de sentença de mérito: há "resolução de mérito quando o juiz" "homologar" "a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção" (art. 487, III, *c* do NCPC).

56.1. A confusão entre renúncia processual e renúncia material

De acordo com o CPC/73, havia "resolução do mérito" "quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação" (art. 269, V do CPC/73). Além de desconsiderar a posição do réu reconvinte, omissão facilmente suprida por uma interpretação sistemática e minimamente razoável do enunciado normativo, o dispositivo atrelava o ato de disposição processual à disposição material, fazendo uso de concepções concretistas já àquela época superadas.

A confusão entre renúncia à pretensão e renúncia ao direito material é antiga e muito difundida. Na primeira metade do século passado, Carnelutti classificava a "renúncia à pretensão" e o "reconhecimento do direito" como hipóteses de "autocomposição unilateral"[836] pelas quais o demandante "abandona a pretensão" e o demandado "abandona a contestação". Embora reconhecesse que "pretensão seja coisa bem diversa do direito",

---

[835] Para Goldschmidt, não se trata de manifestação de vontade, pois a vontade do renunciante seria irrelevante na produção dos efeitos jurídicos. Não haveria, assim, uma "vontade eficiente", mas uma "participação de vontade" (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 197). A conclusão parece incorreta. O ato de renunciar à pretensão é um ato pelo qual o demandante manifesta a vontade de abdicar da pretensão processual formulada. Não é um ônus, não é um dever; é um autêntico direito potestativo que se atribui ao demandante em respeito à sua autonomia privada. Ainda que essa renúncia dependa de uma decisão judicial para produzir efeitos, é indiscutível que a prática do ato depende da vontade do agente (demandante).

[836] Para Carnelutti, a transação seria exemplo de "autocomposição bilateral" ou de um "negócio jurídico complexo". CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 170. No Brasil, também classificando a renúncia à pretensão como espécie de autocomposição, YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 326.

contraditoriamente considerava que "a renúncia ou o reconhecimento da pretensão são, ao invés, a mesma coisa que a renúncia ou o reconhecimento do direito".[837]

Também na França prevalece largamente a vinculação entre renúncia à pretensão e renúncia ao direito material. Como afirmam Jacques Héron e Thierry Le Bars, "A renúncia à pretensão *("désistement d'action")* se analisa como uma renúncia ao direito substancial: o demandante renuncia ao direito substancial que ele invocou em sua demanda. A renúncia à pretensão submete-se às mesmas condições que toda outra renúncia ao direito substancial (...)".[838]

O CPC/73 acolheu essa doutrina e o seu art. 269, V disseminou o pensamento de que a renúncia processual do demandante equivaleria à renúncia ao direito material discutido em juízo. Haveria, então, dois institutos com naturezas distintas e que produziriam efeitos distintos. A *desistência da ação* (arts. 158, parágrafo único e 267, VIII do CPC/73) seria um ato processual com efeitos exclusivamente processuais, e implicaria a impossibilidade de dar seguimento ao processo. A *renúncia* seria um ato de disposição do próprio direito material com meras repercussões processuais. Marinoni e Arenhart, p.ex., explicam com clareza: "A renúncia não se confunde com a *desistência da ação*. Essa última opera somente no plano processual, obstando apenas o prosseguimento do processo. (...). Na renúncia ao direito, ao contrário, o que sucumbe é precisamente o direito material, que não pode mais servir de base à propositura de nova ação".[839]

---

[837] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 169. Igualmente associando renúncia processual com renúncia material, MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*, v. I. p. 292; Idem. *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*. p. 354.

[838] HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 950. No mesmo sentido, GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 367: "*Le désistement d'action est un acte particulièrement grave qui, à la difference du désistement d'instance, porte sur le droit substantiel litigieux lui-même. Il faudra donc, au lieu de la capacite pour agir en justice, la seule qu'on exige pour le désistement d'instance, la capacité de disposer du droit litigieux"*. Loïc Cadiet e Jeuland equiparam o ato a um acordo entre as partes: "*En pratique, ce type de désistement consacre souvent un accord entre les parties qui, éteignant le droit litigieux, rend inutile la poursuite de l'action*". CADIET, Loic; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. p. 308-309.

[839] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento* (2008). p. 132-133. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 263; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 326; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado* (2010). p. 541. Já na vigência do NCPC,

56.2. Renúncia à pretensão processual, e não ao direito

Amparada pelo §306 da ZPO, que dispõe sobre a renúncia à "pretensão" (*Anspruch)*,[840] a doutrina alemã sempre tratou o instituto da renúncia como um ato de disposição processual. Othmar Jauernig é claríssimo: "Confissão (do pedido) e desistência (do pedido) são apenas actos processuais (BGHZ 127, 337; opinião dominante). Não têm nada a ver com os negócios jurídicos substantivos do mesmo nome. Quem desiste do pedido (§306) exerce um direito, não constitui um direito".[841]

Com efeito, ao menos três razões desautorizam a confusão entre renúncia à pretensão e renúncia ao direito material.[842]

(1) Em primeiro lugar, a vinculação entre renúncia processual e renúncia material remete à superada relação imanentista entre poder de ação e direito material, traduzida no art. 75 do Código Civil de 1916: "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura". Assim, supunha-se que renunciar ao direito ou renunciar à ação teria a mesma consequência prática; e que a renúncia processual implicaria a renúncia material.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2 (2016). p. 429; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao art. 487*, in *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. p. 1222-1223.

[840] Em tradução livre da versão italiana: "§306 O autor, que na discussão oral renuncia à pretensão deduzida, tem, com base na renúncia, rejeitada a sua demanda, se o réu pedir a improcedência". Disponível em *Ordinanza della Procedura Civile dell'Impero Germanico* (1877/1898). p. 62.

[841] JAUERNIG, Othmar. Direito Processual Civil. p. 255-256. No mesmo sentido, ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II. p. 346-348; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 196-198: "Bajo la vigencia del principio dispositivo, los derechos procesales suelen ser renunciables. (...) La renuncia a la acción (§306) consiste en retirar la alegación jurídica formulada en la demanda". SCHÖNKE considerava que o ato tinha "dupla natureza", pois era ao mesmo tempo um ato processual e um negócio jurídico de direito material. Apenas assim, em sua opinião, o fenômeno poderia ser devidamente explicado. No entanto, afirmava textualmente que "*Objeto de la renuncia solamente puede ser la acción ejercitada. Acción significa aquí tanto como afirmación jurídica*" (SCHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. p. 186-188). Com ampla referência à doutrina alemã, v. FREITAS, José Lebre de. *A Confissão no Direito Probatório*. p. 468 e ss.

[842] No Direito alemão, Leo Rosenberg fez um interessantíssimo quadro comparativo entre a "renúncia processual" e a "renúncia de direito civil". V. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II. p. 348.

(2) Em segundo lugar, e mais importante, nem sempre a demanda está fundada em um "direito". Quanto a isso, basta lembrar a clássica crítica formulada à teoria imanentista de que ações declaratórias negativas não têm um direito material correspondente.[843]

Com efeito, nas ações declaratórias negativas – e também em muitas ações desconstitutivas, como aquelas fundadas na invalidade de um ato – não se afirma nenhum direito. O demandante tem interesse na tutela para evitar uma incerteza, consolidar uma situação jurídica ou mesmo fulminar um ato que está em desacordo com o ordenamento jurídico, mas não afirma nem defende um direito próprio. É o que ocorre, p.ex., na ação declaratória de inexistência de um débito, na ação declaratória de falsidade de documento, na ação declaratória de ineficácia de determinado ato jurídico, na ação desconstitutiva etc. Em todas essas hipóteses sempre foi possível renunciar à pretensão sem que houvesse um direito material renunciado.

Para explicar essa situação, dizia-se que havia uma inversão dos efeitos entre a renúncia e o reconhecimento do pedido. De acordo com Dinamarco, nesses casos "O ato de disposição realizado pelo autor é reconhecimento do direito do réu, não renúncia; o do réu é renúncia ao próprio direito, não reconhecimento de que existisse algum".[844]

Contudo, muitas ações declaratórias negativas pretendem a declaração de inexistência de uma situação jurídica (inexistência de um contrato, p.ex.), e não a declaração de inexistência de um direito do réu. Não há direito a ser reconhecido pelo autor renunciante.

Além disso, a renúncia do autor à pretensão deduzida não é um reconhecimento do direito do réu, mas a renúncia à pretensão de ver declarada a inexistência daquele direito *pela causa de pedir formulada inicialmente*. A renúncia do autor que pediu a declaração de inexistência do débito pelo pagamento faz coisa julgada para *essa demanda*

---

[843] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 165; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 197.

[844] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 264: "Uma curiosa *inversão dos efeitos* do reconhecimento do pedido e da renúncia ao direito ocorre quando esses negócios são realizados no curso de *ação declaratória negativa*. O ato de disposição realizado pelo autor é reconhecimento do direito do réu, não renúncia; o do réu é renúncia ao próprio direito, não reconhecimento de que existisse algum".

específica, mas não impede a repropositura de outra demanda, com exatamente o mesmo pedido, porém fundada em uma eventual compensação, remissão, novação ou qualquer outro fato que implique a extinção da obrigação – mesmo que anterior à renúncia.[845] O autor, aliás, mantém viva a possibilidade de arguir todas essas inéditas matérias como defesa contra uma eventual demanda condenatória proposta pelo réu. Supor o contrário levaria à inaceitável conclusão de que a coisa julgada se estende a *demandas* não propostas pelo autor.

No que concerne a outras demandas declaratórias negativas – ineficácia, falsidade etc. –, e principalmente em relação às demandas desconstitutivas fundadas na invalidade do ato, simplesmente inexiste um direito do réu a ser reconhecido pelo autor. O ato é válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, pouco importando se atribui direitos ou obrigações a qualquer uma das partes. O demandante tem interesse jurídico na tutela jurisdicional, mas não um direito tutelável.

Não se pode esquecer ainda das demandas eminentemente processuais, como a ação rescisória ou a ação declaratória de ineficácia de sentença. Também nelas inexiste algum direito material em que esteja amparada a pretensão do autor – e também nelas é autorizada a renúncia pelo demandante.

(3) Em terceiro lugar, as interações entre disponibilidade e direito material são muito mais complexas do que a renúncia à pretensão do demandante em um processo judicial. A renúncia processual é um autêntico direito potestativo que vincula o réu independentemente da sua vontade, mas a renúncia material variará de acordo com a natureza do direito e da relação jurídica que o sustenta. Se direitos reais são normalmente disponíveis (art. 1.275 do Código Civil), o mesmo não pode ser dito de direitos obrigacionais. A "renúncia" a um direito de crédito pelo titular realiza-se mediante a

[845] Mesma crítica que se fazia à tese de que a improcedência da ação declaratória de inexistência de um direito constituiria um título executivo judicial em favor do réu. A improcedência da demanda declaratória negativa não significa que o direito existe, mas simplesmente que a razão apresentada pelo autor para a inexistência não foi acolhida.

remissão da dívida, a qual só produz efeitos se "aceita pelo devedor" (art. 385 do Código Civil).[846]

Havia, então, uma antinomia insanável. O CPC/73 autorizava a renúncia a um direito material, independentemente da vontade do réu, enquanto o Código Civil condicionava tal renúncia à aceitação desse mesmo réu/devedor.

Tudo isso demonstra que a renúncia feita pelo autor no curso do processo – e dentro do processo – não era e não é um ato de disposição do direito material, e sim um ato de disposição processual.[847]

A essa conclusão já havia chegado Egas Moniz Dirceu de Aragão, em 1974, ao comentar o art. 269 do CPC/73. De acordo com o mestre paranaense, "A renúncia a que o texto alude vive no processo; se o autor renunciar, o juiz declará-lo-á extinto, nada mais. As consequências em face do Direito Material serão conforme este, podendo até nem ocorrer. A renúncia, no plano do Direito Material, é por ele regulada e seus efeitos, estes, sim, podem atingir o processo".[848] Sob a vigência do NCPC, Araken de Assis corretamente explica que "No caso da renúncia prevista no art. 487, III, *c*, o autor reconhece que a sua pretensão processual não é conforme ao direito e submete-se à resistência do réu".[849]

Nesse sentido, a nova redação do art. 487, III, *c* vem corrigir a impropriedade do art. 269 do CPC/73 ao corretamente referir-se à "renúncia à pretensão formulada na ação

---

[846] Para Cândido Dinamarco, "A renúncia ao direito assimila-se ao instituto jurídico-substancial da *remissão de dívida"* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 263). No entanto, como foi exposto, há diferenças fundamentais entre os institutos.

[847] V. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 737: "*Per l'importanza che il riconoscimento o la rinuncia può avere sulle sorti del diritto, si discute se questi siano pure atti dispositivi di diritto privato e quindi soggetti alle impugnative ammesse pei negozi giuridici privati. Comunque sia, certo è che essi sono soprattutto attività processuali: dal che deriva che alla loro validità si richiede la forma voluta per gli atti processuali (ad esempio, comparsa), non quella voluta dal diritto civile per gli atti corrispondenti di disposizione del diritto. Il loro possibile effetto sul diritto sostanziale non appare come tale, poichè si produce per mezzo della sentenza, ch'è dichiarazione di diritto*".

[848] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II. p. 465.

[849] Araken de Assis elogia parcialmente a nova redação do art. 487. Para ele, o legislador teria acertado ao referir-se à pretensão, mas se equivocado ao deixar de mencionar que a renúncia é à pretensão *processual*: "Em relação à regra precedente, o texto atual indica corretamente a pretensão como objeto da renúncia, mas faltou adjetivá-la: pretensão processual, e, não, a pretensão do direito material alegado e transformado em objeto litigioso" (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, v. II, t. II. p. 1.025).

ou na reconvenção". Isso porque, como vem sendo demonstrado, o demandante não renuncia a um direito; renuncia ao mérito do processo, à pretensão processual de declaração, condenação, constituição ou desconstituição que formulou na petição inicial ou na reconvenção. O demandante renuncia à demanda formulada e assume a consequência de não poder renová-la futuramente pelo óbice da coisa julgada. As portas do Poder Judiciário fecham-se àquela demanda; fecham-se àquele pedido fundado sobre aquela causa de pedir contra aquele réu. Mas isso não significa que o direito material deixe de existir ou que ele não possa ser defendido por outras causas de pedir contra outras pessoas. Como ensinava Goldschmidt, se a renúncia não "resultar em uma sentença, não produz nenhum efeito" jurídico, salvo uma eventual presunção da "vontade de concluir uma transação".[850]

Assim, ao invés do que tradicionalmente se defende no Brasil, a renúncia à pretensão é um ato de disposição *processual* que gera efeitos no plano material.

56.3. A natureza da sentença fundada na renúncia

Tanto o CPC/73 quanto o NCPC qualificam a sentença fundada na renúncia à pretensão pelo demandante como uma sentença de mérito. A diferença entre eles é que o NCPC trata essa sentença de mérito como uma "homologação" da manifestação de vontade do demandante (art. 487, III, c).

Trata-se de opção distinta da que fizeram a ZPO alemã (§306) e a ZPO austríaca (§394). Ambas impõem que, uma vez exercida a renúncia à pretensão, desde que assim pedido pelo réu, o juiz *julgue improcedente* a demanda proposta.[851] Diverge ainda da *Ley de Enjuiciamento Civil* espanhola, cujo art. 20 prevê a "absolvição" do demandado em caso de renúncia pelo demandante "à ação exercitada ou ao direito em que se funde sua pretensão".

A opção dos Códigos alemão, austríaco e espanhol parece mais acertada e coerente com o sistema. A renúncia é um ato eminentemente processual pelo qual o demandante abdica da pretensão à tutela jurisdicional. Ainda que essa manifestação de vontade seja homologada judicialmente, não é ela que extingue o processo. A homologação

---

[850] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 197.

[851] V. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 255: "A desistência do pedido, igualmente não faz cessar directamente o processo, mas o tribunal tem de julgar improcedente o pedido, a requerimento do réu, §306".

do ato deverá sempre ser sucedida por uma segunda decisão, esta realmente extintiva. Essa segunda decisão é uma autêntica decisão de mérito que efetivamente julga improcedente a demanda. Se não fosse assim, a coisa julgada deveria se formar sobre o ato de renúncia praticado pelo demandante, e não sobre a própria sentença – uma conclusão certamente absurda.

Além disso, a coisa julgada que se forma sobre essa sentença possui todos os efeitos positivo e negativo que lhe são inerentes. Quando a coisa julgada tiver que ser levada em consideração posteriormente em outro processo, o juiz não partirá do pressuposto de que o demandante renunciou à sua pretensão, *mas que a pretensão deduzida era infundada*. Pouco importa a verdadeira opinião do demandante sobre a correção de sua demanda. Ele pode considerar-se titular do direito e ainda assim renunciar à pretensão processual por qualquer outro motivo. O que importa é que, juridicamente, a demanda foi julgada improcedente – e é essa conclusão que vinculará os juízos futuros.

Por fim, tratar a sentença fundada na renúncia como ato meramente homologatório gera confusões insuperáveis em relação ao instrumento adequado para rescisão da sentença, confundindo atos jurisdicionais com negócios jurídicos privados (v. abaixo n. 58).

56.4. As consequências da renúncia à pretensão no plano material

Embora seja um ato de disposição processual, a renúncia à pretensão poderá repercutir no plano material e afetar situações jurídicas subjetivas materiais.

Tratando-se de demanda condenatória envolvendo direitos a uma prestação (pagar quantia, dar, fazer, não fazer), a renúncia à pretensão processual implicará a renúncia à pretensão material – à exigibilidade – do direito em relação ao demandado. O direito subjetivo subsiste, mas o seu titular não poderá mais exigi-lo do réu/devedor. A obrigação transforma-se em *obrigação natural*, a exemplo da dívida de jogo e do crédito prescrito. Nada impede que esse direito venha a ser realizado voluntariamente pelo devedor, mas o credor perde a exigibilidade do pagamento da prestação. Havendo mais de um devedor, solidário ou não, os efeitos da renúncia só atingem aqueles que forem réus no processo.[852]

---

[852] Embora não se deva confundir renúncia com remissão, a conclusão é reforçada pelo art. 277 do Código Civil: "O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga ou relevada".

O mesmo acontece em caso de demanda declaratória de existência de determinado direito obrigacional. Toda condenação contém a prévia declaração de que existe um direito a uma prestação. Vedado o reconhecimento judicial desse direito, fica vedada a sua realização coercitiva. Também aqui o direito permanece, embora desacompanhado de pretensão material.

Se a demanda for declaratória de inexistência de um direito a prestação, não há o alegado reconhecimento inverso do direito, mas a extinção da objeção ou exceção material apresentada como causa de pedir. Assim, mesmo que já tenha pagado a dívida, o demandante que renuncia à pretensão não poderá posteriormente objetar uma eventual ação de cobrança com esse pagamento; poderá, contudo, objetar ou excepcionar a pretensão do credor com outras matérias (novação, remissão, confusão, compensação, prescrição etc.).

Raciocínio semelhante vale para direitos reais. Ainda que *absoluto* e *autodeterminado*, a renúncia à pretensão processual envolvendo um direito real não implica a sua extinção. Se o demandante pede a declaração de propriedade adquirida por usucapião, a renúncia a essa pretensão impedirá o reconhecimento judicial da propriedade contra a vontade de todos aqueles que a lei considera interessados. Todavia, nada impede que a propriedade seja reconhecida extrajudicialmente, nos termos do art. 1.071 do NCPC, pelo mesmo ciclo possessório.

Tratando-se de direitos potestativos que dependem da intervenção judicial para que sejam realizados, como a exclusão judicial de sócio por justa causa (art. 1.030 do Código Civil) ou a resolução de compromisso de compra e venda de bem imóvel por inadimplemento,[853] a renúncia processual acabará fulminando, indiretamente, o próprio direito potestativo material. Afinal, sem a necessária tutela jurisdicional para que seja realizado, tais poderes ficam esvaziados. Evidentemente, a mesma pretensão poderá ser deduzida quando tais direitos forem renovados por outras razões: uma nova falta grave do sócio ou um novo inadimplemento do comprador (hipóteses em que haveria um novo direito potestativo tutelável).

---

[853] A jurisprudência do STJ considera "imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato" (STJ, REsp 620787/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/04/2009).

Idêntica é a conclusão em caso de demandas desconstitutivas decorrentes de invalidade. Se o demandante pede a decretação de nulidade de cláusula contratual, eventual renúncia a essa pretensão retira da parte a possibilidade de obter a desconstituição do ato. No entanto, há aqui uma situação peculiar e bastante interessante. Como a desconstituição do ato pode interessar tanto ao demandante quanto ao demandado, e a este não é permitido opor-se à renúncia, as eficácias positiva e negativa da coisa julgada só atingem o renunciante. Assim, é possível que o demandado peça a invalidação dessa mesma cláusula em um novo processo ou que invoque a nulidade como matéria de defesa em outro processo instaurado pelo demandante. E tratando-se de questão de ordem pública, sempre permanecerá viva a possibilidade de que o Ministério Público proponha a demanda para a invalidação do ato, independentemente da vontade das partes.

56.5. Limites à renúncia à pretensão: a disponibilidade material

A renúncia à pretensão encontra dois limites. O primeiro deles é que a renúncia não afete a realização de direitos indisponíveis.

A impossibilidade de renúncia à pretensão em caso de direitos indisponíveis é normalmente justificada pela concepção de que o demandante renuncia ao próprio direito material. Logo, sendo o direito indisponível, naturalmente não pode ser renunciado, dentro ou fora de um processo judicial. Buscou-se demonstrar, todavia, que a renúncia não é ao direito, mas à pretensão deduzida em juízo. O ato é processual, e não material. Por isso, a renúncia não implica necessariamente a perda do direito. O que se perde é a possibilidade de deduzir novamente aquela pretensão em juízo pelos efeitos da coisa julgada material. As consequências dessa renúncia processual no plano material são variadas.

Tratando-se de direitos indisponíveis, a renúncia encontra restrições naturais. Ainda que a renúncia à pretensão não implique a perda do direito material indisponível, pode limitar a realização desse direito, o que também seria vedado pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, é absurdo impor à parte que continue participando de um processo judicial contra a sua vontade. Exigir que a parte mantenha a sua posição de demandante afronta a liberdade que lhe é constitucionalmente garantida e que tem, também, *status* de direito indisponível. Como vem sendo repetido, se a parte não é obrigada a propor a demanda, também não pode ser obrigada a continuar como parte no processo.

Ademais, é preciso ter em mente que a indisponibilidade do direito não torna a sua realização imperativa. Embora as relações de parentesco sejam indisponíveis, o art. 4º da Lei 8.560/92, p.ex., é de clareza solar: "O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento". Ora, se o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, o que fazer se ele, no curso do processo, arrepende-se de ter proposto a ação de investigação de paternidade?

Feitas essas ponderações, se a renúncia à pretensão não pode inviabilizar a satisfação de direitos indisponíveis, tampouco é possível impor à parte que permaneça como autora contra a sua vontade. Há, portanto, três cenários: (i) a renúncia não atinge indiretamente o direito indisponível e, por isso, deve ser aceita; (ii) a renúncia é aceita, mas o julgamento de improcedência não pode ser imunizado pela coisa julgada material; (iii) a renúncia é aceita e a parte é substituída no polo ativo do processo pelo Ministério Público.

(i) A renúncia não atinge indiretamente o direito indisponível quando ele for realizado de outra forma. Suponha-se que o autor tenha proposto ação de investigação de paternidade contra João. No curso do processo, o autor descobre que na verdade é filho de Pedro, o qual aceita reconhecer a paternidade extrajudicialmente (art. 1.609, II do CC).[854] O autor informa que Pedro reconheceu a sua paternidade no processo e renuncia à pretensão. Poderia ela ser recusada pelo juiz? Evidentemente que não. A indisponibilidade é do direito de ter a filiação reconhecida, e não da pretensão de ver reconhecida a filiação contra quem não é genitor. Esse direito indisponível não está sendo prejudicado pelo ato de renúncia. A filiação do autor foi reconhecida, ainda que por outra pessoa e fora do processo.

(ii) No caso de direito indisponível cuja realização não pode ser imposta ao titular (exemplo do reconhecimento de paternidade do filho maior), a única forma de dar cumprimento ao direito material é admitir a renúncia à pretensão, mas afastar os efeitos positivo e negativo da coisa julgada – em essência, uma *desistência unilateral da ação*. Essa é uma solução que não tem previsão no sistema processual, mas é a maneira de conciliar os interesses em jogo, respeitando a liberdade do autor sem que haja uma vedada renúncia a direito indisponível. Há, é verdade, restrição ao direito do réu de receber uma sentença de

[854] O exemplo funcionaria também com a abertura e registro de testamento de terceiro, no curso do processo, reconhecendo a filiação (art. 1.609, III do CC).

mérito. Contudo, no confronto entre o direito material indisponível relativo à filiação e o direito processual disponível à sentença de mérito, este deve ceder àquele.

(iii) Se a realização do direito indisponível for imperativa (interdição do incapaz com doença mental grave, p.ex. – art. 748 do NCPC), então a renúncia à pretensão do autor deve implicar a sua substituição no polo ativo pelo Ministério Público. Volta-se ao raciocínio exaustivamente defendido: se o autor não é obrigado a propor a demanda, não pode ser obrigado a continuar no processo contra a sua vontade. Considerando que o Ministério Público possui legitimidade para suprir a inércia dos interessados em determinadas hipóteses previstas em lei (além do art. 748 do NCPC, art. 616, VII do NCPC, p.ex.), também deverá ele assumir o processo em curso quando o autor original renunciar à pretensão ou abandonar a causa.

56.6. Segue: a inexistência de decisão de mérito transitada em julgado

O segundo limite à renúncia à pretensão é a inexistência de decisão de mérito transitada em julgado. Depois de proferida decisão transitada em julgado, simplesmente inexiste pretensão processual passível de renúncia. A pretensão foi acolhida ou não foi acolhida, e o processo está encerrado. Qualquer ato de renúncia ou composição pelo interessado será feito no plano material, não no plano processual.

A renúncia à pretensão pode ocorrer antes ou depois da sentença, ainda que favorável ao renunciante. Pode ocorrer em qualquer instância recursal, mesmo depois do julgamento do recurso. A única exigência é que a decisão não tenha transitado em julgado.

Isso significa que mesmo que o demandante tenha uma sentença favorável, poderá renunciar integral ou parcialmente à pretensão inicial em grau recursal se houver recurso do demandado. Enquanto a sentença não transitar em julgado, o demandante terá o poder de renunciar à tutela jurisdicional que pleiteou; e se assim o fizer, o tribunal *deverá* acatar a manifestação de vontade e julgar improcedente a demanda. Em caso de recurso parcial, a renúncia poderá incidir sobre os capítulos da sentença sobre os quais ainda há litispendência.

Não se deve confundir a renúncia à pretensão em grau recursal com a desistência do recurso. A desistência, caso não haja recurso da outra parte, faz transitar em julgado a decisão recorrida, seja ela qual for. Ao tribunal cumpre única e tão somente conhecer do ato e extinguir o recurso; o resultado do processo será aquele que foi

estabelecido pelo juízo *a quo*. Se houver recurso da outra parte, a decisão ainda poderá ser alterada nos limites da pretensão recursal. Quando há renúncia à pretensão, a decisão "homologatória" do tribunal *substitui* qualquer decisão pretérita (extintiva, de procedência, de improcedência), e a demanda é julgada improcedente em razão da renúncia. Eventual recurso do demandado fica prejudicado e o que transita em julgado é a nova decisão proferida com fundamento na renúncia, e não a decisão recorrida.

57. Reconhecimento da procedência do pedido

À possibilidade de renúncia à pretensão formulada inicialmente pelo autor, o ordenamento jurídico contrapõe a possibilidade de reconhecimento dessa mesma pretensão pelo réu.

O reconhecimento da procedência do pedido é um ato unilateral praticado pelo demandado pelo qual ele elimina, espontaneamente, toda e qualquer resistência à pretensão formulada pelo demandante, e aceita a tutela jurisdicional pleiteada. Esse ato de disposição e reconhecimento implica, como regra, o julgamento de procedência da demanda.

O reconhecimento do pedido independe de aceitação do demandante pelos mesmos motivos que a renúncia à pretensão independe de aceitação do demandado. Pressupõe-se que a outra parte não possui nenhum interesse em se opor ao ato.

57.1. Reconhecimento parcial ou total do pedido

O reconhecimento do pedido pode ser total ou parcial, tanto no que diz respeito a um único pedido fracionável quanto na hipótese de demandas cumuladas.

São pedidos fracionáveis aqueles cuja controvérsia gira em torno do *quantum debeatur* de bens fungíveis. Se o demandante pede a condenação do réu a pagar cem mil reais (pedido único fracionável), o réu poderá reconhecer tanto a integralidade do débito quanto a dívida de qualquer valor entre zero e cem mil. Pode reconhecer, p.ex., o débito de trinta mil reais e contestar os outros setenta mil reais.

O reconhecimento também poderá ser parcial quando houver pedido envolvendo pluralidade de bens infungíveis. Se o autor pede a condenação do réu a lhe entregar cinco veículos automotores, poderá o réu reconhecer a obrigação de entregar um, dois, três ou quatro dos veículos.

Em caso de demandas cumuladas, o réu pode reconhecer a integralidade de um ou mais pedidos, ou apenas *parte* de um ou mais pedidos. Em uma demanda de exclusão de sócio cumulada com pedido de reparação civil da sociedade pelos danos causados, p.ex., o sócio-réu pode reconhecer a procedência do pedido de reparação, mas refutar a pretensão de exclusão. Pode também reconhecer a obrigação de reparar a sociedade em parte do valor que foi pleiteado, e contestar a exclusão e a verba que considera excedente.

O NCPC deu um importantíssimo passo rumo à modernização do sistema processual ao romper com a antiga unidade do julgamento, tão cara ao CPC/73, e admitir, como já faziam tantos outros ordenamentos jurídicos, o julgamento fracionado do mérito quando há reconhecimento parcial do pedido pelo demandando (art. 356).[855]

57.2. A natureza processual do instituto

Exatamente como ocorre com a renúncia à pretensão, a doutrina compreende o reconhecimento do pedido como um ato de disposição material, e não propriamente processual. Dinamarco, p.ex., considera o reconhecimento do pedido uma forma de autocomposição e estende-lhe a mesma conclusão a que chegou sobre a transação. A extinção do processo seria um efeito secundário que a lei atribuiria ao negócio jurídico substancial celebrado entre as partes.[856] Lições que remetem, mais uma vez, à clássica doutrina de Carnelutti.[857]

O NCPC aderiu a essa corrente ao classificar a sentença fundada no reconhecimento do pedido como sentença *homologatória* (art. 487, III, *a*).[858] Errou, porém, o legislador.

---

[855] Sobre o tema, RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Julgamentos antecipados parciais do mérito*. passim.

[856] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 262. Também se referindo a "autocomposição", THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I (1996). p. 319.

[857] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 169.

[858] É célebre a posição de Cândido Dinamarco: "São também falsas sentenças de mérito as homologações de atos compositivos como o *reconhecimento do pedido*, a *transação* ou a *renúncia ao direito*. Ao homologar esses atos, o juiz não julga a procedência ou improcedência da pretensão do autor nem os analisa em substância ou em conveniência, mas limita-se a verificar se estão presentes os requisitos para a disposição do direito" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 257).

A sentença fundada no reconhecimento do pedido não homologa um acordo de vontades. Ela julga procedente o mérito do processo pela renúncia do demandado à faculdade que lhe é dada de resistir à pretensão formulada pelo demandante.[859] Essa fundamental diferença nem sempre é percebida porque normalmente se raciocina com a hipótese de pedido condenatório ao pagamento de uma obrigação. Nesse caso, *à primeira vista* e sob uma perspectiva exclusivamente prática, realmente pouco importa se o juiz condenou o réu a pagar a obrigação ou se homologou um acordo de vontades pelo qual o réu assumiu aquela obrigação. Quando o raciocínio é feito com outros tipos de tutelas jurisdicionais, as conclusões são diametralmente opostas.

Primeiro exemplo. João e Maria propõem ação de exclusão de sócio em face de José por falta grave no cumprimento de suas obrigações sociais (art. 1.030 do CC). Assim que citado, José reconhece os fatos, reconhece que eles configuram uma "falta grave" e reconhece que deve ser excluído da sociedade. A sentença proferida pelo juiz não homologará uma dissolução societária amigável, mas julgará procedente a efetiva demanda proposta pelos autores. A exclusão do réu da sociedade não decorre de um "acordo de vontades", mas de um ato jurisdicional desconstitutivo que fulmina a relação societária até então existente. A formalização do afastamento de José perante a Junta Comercial será feita mediante registro da sentença de *exclusão societária*. É a sentença o ato que produz os efeitos jurídicos no mundo real, e não o suposto "acordo de vontades" entre as partes, que jamais poderiam "contratar" a exclusão societária de uma delas.[860]

Segundo exemplo. João e José celebram contrato de compra e venda de determinado automóvel, com a imediata tradição do bem. Ao estabelecerem o preço, considerando a relação de extrema confiança que possuíam, pactuam que José, comprador, pagaria a quantia que ele pudesse em dois meses da celebração do contrato. Nesse lapso de

---

[859] É exatamente isso o que dispõe o art. 21, §1 da LEC espanhola: "Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante". No §3º do mesmo art. 21, o Código espanhol diferencia corretamente o reconhecimento da procedência do pedido do reconhecimento que decorre de uma transação – hipótese esta em que a transação é homologada.

[860] Exatamente nesse sentido, o art. 603 do NCPC dispõe: "Havendo manifestação expressa e unânime pela concordância da dissolução, o juiz a decretará, passando-se imediatamente à fase de liquidação".

tempo, as partes se desentendem e João, vendedor, propõe ação de nulidade do negócio jurídico. Diante da expressa previsão do art. 489 do Código Civil de que são nulos os contratos que deixam ao arbítrio de uma das partes a fixação do preço, e para evitar o pagamento integral dos ônus sucumbenciais (art. 90, §3º do NCPC, aplicado por analogia), José imediatamente comparece ao processo e reconhece o pedido. A sentença proferida não homologa um "distrato", com eficácia *ex nunc*,[861] mas concede exatamente a tutela desconstitutiva pleiteada por João com efeitos *ex tunc*. O negócio é invalidado, *nulificado*, e não desfeito por um acordo de vontades. O bem volta à posse de João em razão da nulificação do negócio pelo qual esse bem fora transferido a José.

Terceiro exemplo. João vende determinado bem imóvel a José. Pedro, credor de João, propõe ação pauliana contra os contratantes (art. 158 e ss. do CC). Sem ter como refutar a fraude contra credores, João e José decidem reconhecer a procedência do pedido e reduzir o prejuízo tanto com os honorários contratuais de seus advogados quanto com os ônus sucumbenciais. Mais uma vez, a sentença não homologa nenhum acordo de vontades, não homologa nenhum negócio jurídico material. A sentença efetivamente decreta a invalidade do negócio, *anulando* a transferência do bem a José. O registro de transferência na matrícula do imóvel será cancelado mediante averbação da sentença proferida no processo, e não pela manifestação de vontade dos interessados.

Esses três exemplos demonstram claramente que a sentença fundada no reconhecimento do pedido *não é homologatória* de um ato jurídico material. Ela concede efetivamente a tutela pretendida pelo demandante, ainda que em procedimento abreviado pela falta de resistência do demandado. Em nenhum desses casos as partes poderiam ter alcançado os mesmos efeitos jurídicos sem que o Estado-juiz concedesse *exatamente* a tutela jurisdicional pleiteada pelo demandante.

---

[861] *Cf.* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. XXV. p. 282: "O distrato não é ida ao passado para apagar o que se redigira, ou se dar como não tendo sido aquilo que foi. O distrato não é descontrato. Quem distrata não descontrata. O contrato foi feito, e lá fica. Apenas sem qualquer irradiação de efeitos. (...) O distrato só atinge a existência, *quanto ao futuro*. O que foi continua tendo sido, ainda que, no tocante à eficácia, tudo no passado, se haja eliminado".

57.3. Reconhecimento do pedido e confissão

No processo bipartido do *ordo iudiciorum privatorum* romano, o réu poderia *confessar* (*confessio*) tanto na primeira fase procedimental, *in iure*, quanto na segunda, *in iudicio*. Se essa confissão fosse feita na primeira fase, perante o pretor, então o procedimento era imediatamente encerrado, antes mesmo de constituída a *litiscontestatio*. O ato de confissão do réu equivalia ao reconhecimento da *actio* do autor e substituía a decisão do juiz (*iudex*) pela *actio ex confessione*.[862] Mas uma vez superado o procedimento *in iure*, então a confissão do réu (*confessio in iudicio*) incidia sobre os fatos relevantes à causa, era "um meio de convencimento para o juiz na busca da verdade".[863]

A clássica distinção romana entre *confessio in iure* e *confessio in iudicio* sobrevive até hoje, respectivamente, nos institutos do reconhecimento do pedido e da confissão.

Confissão, na definição legal, é o reconhecimento da veracidade de um *fato* contrário ao interesse do confitente e favorável à outra parte (art. 389 do NCPC). Remete sempre a um *fato* e não tem nenhuma conexão direta com o mérito do processo. A parte pode confessar um fato e ainda assim demonstrar que daquele fato não decorre a consequência jurídica pretendida pela outra parte. Ou, no caso do réu, a confissão de um fato constitutivo do direito do autor pode ser sucedida pela dedução de um fato extintivo, modificativo ou impeditivo (art. 350 do NCPC). Tanto em uma quanto na outra hipótese, a confissão não significa que confitente sucumbirá no processo; significa apenas que o fato é incontroverso e não será objeto de prova.

O reconhecimento do pedido, por sua vez, é um ato de disposição pelo qual o demandado concorda não apenas com os fatos narrados, mas também com a consequência jurídica que eles produzem, aceitando a tutela jurisdicional pretendida pelo demandante. Como explica Cândido Dinamarco, o reconhecimento do pedido é "um reconhecimento *jurídico* do pedido".[864] Ao contrário da confissão, o reconhecimento do pedido implica, em tese, a sucumbência do demandado.

---

[862] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Sul riconoscimento della domanda*. p. 178-181.

[863] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Sul riconoscimento della domanda*. p. 178-181; ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure*, in History of Continental Civil Procedure. p. 389-390.

[864] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 263. Em Portugal fala-se em "confissão do pedido". V. FREITAS, José Lebre de. *A Confissão no Direito Probatório*. p. 467 e ss.

57.4. Reconhecimento do pedido e direitos indisponíveis

Como ocorre com a renúncia à pretensão, costuma-se dizer que o reconhecimento do pedido é vedado quando a causa versar sobre direitos indisponíveis. Não é bem assim.

O que se proíbe, tal qual ocorre com a renúncia à pretensão, é que o reconhecimento do pedido afete, no plano material, direitos indisponíveis. O melhor exemplo disso é a interdição do incapaz. Sendo o estado da pessoa indisponível, não pode o interditando concordar com a sua própria incapacidade, renunciando à liberdade jurídica, sem que o juiz a confirme e a decrete. Contudo, é perfeitamente possível reconhecer o pedido para satisfazer um direito indisponível. É o caso do réu que reconhece a procedência do pedido de investigação da paternidade. Se o reconhecimento pode ser extrajudicial, com ainda mais razão deve-se admiti-lo no curso do processo.

Se bem analisado, a impossibilidade de reconhecimento do pedido está mais atrelada à *necessariedade* do processo do que à natureza dos direitos nele versados. Sendo o processo necessário, é imperativa a manifestação judicial sobre a questão, independentemente da manifestação de vontade das partes. Tratando-se de reconhecimento de direito indisponível que não depende de processo para ser realizado, o reconhecimento tem de ser admitido.

57.5. A eficácia vinculante do reconhecimento do pedido

É assente na doutrina que uma das características fundamentais do reconhecimento do pedido é a sua eficácia vinculante. Uma vez exercido validamente o reconhecimento, nada resta ao juiz senão acatar a manifestação de vontade do demandado e extinguir o processo com julgamento de mérito. Pouco importa se a pretensão do demandante é fundada ou infundada. O reconhecimento do pedido retira do juiz qualquer possibilidade de apreciar se a demanda era ou não era realmente fundada. De acordo com Dinamarco, mesmo se "inexistisse a obrigação pela qual ele [réu] havia sido chamado ao processo, por força desse negócio jurídico unilateral agora ela passa a existir".[865] No mesmo sentido, Jauernig afirma que o reconhecimento do pedido "não deve coincidir com a situação

[865] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 263.

jurídica substantiva" e será válido "apesar da nulidade formal da compra do imóvel que está na sua base".[866]

Essa eficácia vinculante do reconhecimento do pedido é aceita em todos os países que o consagram: Brasil, Alemanha, Espanha,[867] França,[868] Portugal[869] etc. No entanto, em todos esses países é assente que a eficácia do reconhecimento do pedido depende da validade do próprio ato. O primeiro requisito é que o processo em que o ato é praticado seja válido. Devem estar presentes, portanto, todos os seus pressupostos de constituição e validade. O segundo requisito é que o réu tenha capacidade para a prática do ato e, se representado por advogado, que o advogado tenha poderes específicos para tanto (art. 105 do NCPC). O terceiro requisito, poucas vezes lembrado, é que ainda não haja decisão transitada em julgado.

Também não será acolhido o reconhecimento do pedido se constatada pelo Estado-juiz a intenção fraudulenta do ato. O art. 141 do NCPC é claro: "Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé". Vale lembrar que a decisão de mérito transitada em julgado pode ser rescindida quando houver simulação ou colusão entre as partes para fraudar a lei (art. 966, III).

57.6. *A rejeição do instituto pela doutrina italiana e pelo* codice di procedura civile *de 1940*

Até 1940, o reconhecimento do pedido e a renúncia à pretensão eram bastante trabalhados na Itália, sobretudo pela ausência de previsão no Código de 1865 e, principalmente, no francês de 1806. Tanto em um quanto no outro, apenas fatos poderiam ser objeto de confissão.

---

[866] JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 255.

[867] AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, María Pia Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*. p. 404-406

[868] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 369-370.

[869] FREITAS, José Lebre de. *A Confissão no Direito Probatório*. p. 467 e ss.

Muito provavelmente por influência das ZPOs alemã e austríaca, diversas teorias foram construídas ao longo do século XX para explicar e distinguir os fenômenos do reconhecimento do pedido e renúncia à pretensão.

Chiovenda seguia essencialmente a doutrina germânica e o tratamento dado aos institutos pelas ZPOs austríaca e alemã. Conceituava o "reconhecimento da ação" como "a declaração do réu que a demanda do autor é juridicamente fundada", e a "renúncia à ação" como "a declaração do autor que a sua ação é infundada".[870]

Carnelutti, como já mencionado, considerava que ambos eram atos de autocomposição com natureza material. Em *La Prova Civile*, propondo-se a esclarecer melhor a diferença entre reconhecimento e confissão, Carnelutti afirmou que o reconhecimento do pedido era "a adesão do réu à demanda do autor ou, mais precisamente, a proposição ao juiz por parte do réu de uma demanda idêntica àquela do autor". Um pouco adiante sintetiza: "Em resumo, essencialmente, a confissão é uma declaração; o reconhecimento (da demanda) é uma demanda do réu; a confissão é um *prius*, o reconhecimento é um *posterius*".[871]

Calamandrei, em 1924, desenvolveu a tese de que renúncia e reconhecimento eram hipóteses de *cooperação obrigatória* das partes com o juiz: "aqui o juiz se limita a impor a ratificação [*suggello*] do Estado a uma conclusão já anteriormente destacada, por obra das mesmas partes litigantes, das próprias premissas".[872]

Na década de 30, porém, ganhou corpo a rejeição do instituto por sua alegada incompatibilidade com as características publicísticas do processo civil. Em substancial trabalho publicado pela primeira vez em 1927, Liebman fez um profundo estudo, inclusive histórico, para concluir que, no Direito italiano, apenas fatos poderiam ser objeto de confissão: "A opinião ou a vontade das partes também concordes sobre as consequências jurídicas dos fatos afirmados não podem ter, ao contrário, nenhuma eficácia que vincule o juiz a colocar na sentença um determinado resultado". Um pouco adiante, o mestre italiano

---

[870] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 736-737 (3ª edição de 1923 reimpressa em 1965).

[871] CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. p. 168.

[872] CALAMANDREI, Piero. *La sentenza soggetivamente complessa*. p. 137.

adiciona: "a sentença deverá ser em qualquer caso o resultado do convencimento que envolve a correção da ação proposta".[873]

Algum tempo depois, em 1937, Gian Antonio Micheli igualmente refutou que as partes pudessem definir o resultado do processo, pois esse não serviria para "criar normas jurídicas novas". Para Micheli, o juiz estava vinculado à lei, ao direito objetivo, e não à vontade das partes.[874] Por isso é que o reconhecimento do pedido não seria mais do que uma "declaração de verdade" relativa "ao fundamento de fato da pretensão que vincula o juiz a considerar existentes os fatos, mas que não o vincula no seu juízo quanto às consequências jurídicas e às normas de lei aplicáveis à *fattispecie* concreta".[875]

No Código italiano de 1940 prevaleceu a doutrina que rejeitava esse julgamento "negociado" e foi prevista apenas a extinção do processo por desistência (*rinunzia agli atti del giudizio – art. 306* do *c.p.c*). A opção legislativa levou ao atrofiamento de novas reflexões sobre o instituto a ponto de ser rara alguma consideração sobre o reconhecimento do pedido nos cursos e manuais modernos.

57.7. Os problemas da eficácia vinculante do reconhecimento do pedido

Se a função do processo fosse apenas compor lides, como tanto defendia Carnelutti, então a imperatividade do reconhecimento do pedido seria irrefutável: inexistindo lide, inexiste razão para que o processo exista. Justamente por isso o reconhecimento do pedido era vinculante no processo romano: a *confessio in iure* impedia a instauração da *litiscontestatio* e, consequentemente, impedia a instauração do processo propriamente dito.

Mas sabe-se que as coisas não são assim: a função do processo não é compor lides, o objeto do processo não é a lide, e nem todo processo é justificado pela existência de uma lide. O objeto do processo é a pretensão processual do demandante, aquilo que ele pretende. Ainda que haja o reconhecimento do pedido, *muitas* situações dependem da tutela jurisdicional para que os efeitos pretendidos pelo demandante sejam produzidos. Os três exemplos anteriormente dados (n. 57.2) apenas ilustram incontáveis outros casos que

---

[873] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Sul riconoscimento della domanda*. p. 212-213.

[874] MICHELI, Gian Antonio. *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*. p. 359.

[875] MICHELI, Gian Antonio. *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*. p. 368.

demonstram que o reconhecimento do pedido não implica um negócio jurídico de direito material nem uma hipótese de autocomposição. Reconhecido o pedido, o juiz ainda deverá *julgá-lo procedente*.

E se a sentença fundada no reconhecimento do pedido é uma autêntica sentença de mérito que julga *procedente* a pretensão do demandante, é questionável se um ato de vontade do réu pode ser considerado vinculante à definição do provimento jurisdicional do Estado. Mesmo quando há disponibilidade dos fatos processualmente relevantes pelas partes, é certo que o Direito é sempre *indisponível* (v. Capítulo Sétimo, abaixo). E sendo indisponível, é ilógico que o réu possa impor ao Estado-juiz que conceda uma tutela jurisdicional evidentemente antijurídica. Não por acaso, remetendo-se novamente ao Direito Romano, que tanta influência ainda tem sobre nós, a *confessio in iure* só era exercida até a formação da *litiscontestatio*; depois disso, a confissão recaía unicamente sobre fatos (*confessio in iudicio*).

Esse mesmo raciocínio é desenvolvido pela doutrina, corretamente, para justificar a limitação dos efeitos materiais da revelia aos fatos (art. 344 do NCPC). Com a habitual precisão, Cândido Dinamarco ensina que "as omissões do réu conduzem o juiz, simplesmente, a aceitar os *fatos* afirmados pelo autor, não necessariamente a decidir a causa em favor deste. (...) Nenhuma presunção incide sobre o direito".[876] E nenhuma presunção incide sobre o Direito justamente porque o Direito não é disponível pelas partes; apenas os fatos o são. Não se tem notícia de críticas a essa limitação legal ou de propostas para que a revelia implique o julgamento de procedência do pedido.

Ademais, supor que o réu possa *criar* um direito ao autor simplesmente por concordar com uma pretensão, ainda que descabida, encontra restrições no direito material. Tratando-se de pretensão condenatória, o reconhecimento indevido do réu implicaria reconhecer a existência de uma obrigação sem amparo fático ou jurídico. Em qualquer uma das situações, o caso enquadrar-se-ia na hipótese de enriquecimento sem causa pelo autor e de pagamento indevido pelo réu. Poder-se-ia contra-argumentar que a causa do enriquecimento seria justamente a manifestação de vontade do réu – e que, extrajudicialmente, o réu poderia assumir obrigações gratuitas –, mas tal argumento é facilmente afastado pelo fato de que o processo não serve para criar direitos, apenas

[876] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 535.

reconhecê-los e realizá-los. Quanto a isso, lembre-se que nem mesmo na transação se admite transmissão de direitos, apenas declaração ou reconhecimento (art. 843 do CC).

De acordo com Liebman, em esclarecida e convincente passagem, "a amplitude reconhecida à liberdade contratual dos privados no direito moderno é tal que não há razão alguma que possa justificar esse afastamento do processo da sua verdadeira e natural função e oferecê-lo às partes como instrumento de formação de negócios jurídicos, e pior, de negócios contrários à lei".[877]

Com efeito, o reconhecimento do pedido é uma figura *sui generis* que, embora aceita unanimemente pela doutrina brasileira (e de muitos outros países), não se encaixa na teoria do processo nem, muito menos, na teoria publicística que se desenvolveu ao longo do século XX e que, curiosamente, aceita o instituto tranquilamente. Não que o instituto deva ser rejeitado, mas é muito difícil de explicar como as partes podem estabelecer de forma vinculante o resultado de um processo, ainda que esse resultado seja antijurídico.

57.8. A fundamental diferença entre o julgamento fundado no reconhecimento do pedido e a homologação da transação

Ao tratar da transação, explicou-se que ao juiz cumpria fazer um mero juízo de delibação, perquirindo exclusivamente a respeito da validade formal do acordo celebrado entre as partes (v. acima, ponto 55.1). Essa conclusão não pode ser transportada automaticamente ao reconhecimento do pedido.

A transação é um negócio jurídico material que recebe uma validação formal do Estado para que produza determinados efeitos. A decisão que homologa a transação não é uma verdadeira sentença de mérito, pois nada decide sobre o que foi pedido pelo autor. O juiz limita-se a validar formalmente um acordo que tem por finalidade encerrar ou prevenir um litígio. Se a transação for descumprida, a parte inocente executará o próprio acordo, e não a sentença judicial homologatória. Será um título executivo judicial porque a lei assim

[877] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Sul riconoscimento della domanda*. p. 214.

o quis; e porque há uma ratificação do Estado de que aquela foi efetivamente a manifestação de vontade de ambas as partes.[878]

Isso quer dizer que na transação homologada judicialmente, o Estado não se manifesta sobre o conteúdo do ato, sobre a sua juridicidade substancial. Ele apenas confirma que as partes fizeram concessões recíprocas e assumiram os compromissos estabelecidos no instrumento da transação. Não se impõe ao Estado um provimento jurisdicional com conteúdo antijurídico.

Diametralmente oposto é o reconhecimento do pedido. Embora a doutrina amplamente majoritária trate-o também como um negócio material, o que produz efeitos jurídicos não é um acordo de vontades entre as partes, mas a efetiva tutela jurisdicional concedida pelo Estado-juiz ao demandante *em razão da submissão do réu ao pedido do autor*.

Na transação, as partes apresentam um negócio jurídico material para que o Estado-juiz valide-o *formalmente*. No reconhecimento do pedido, como é normalmente concebido, as partes impõem ao Estado-juiz o conteúdo *material* do seu provimento jurisdicional, definindo imperativamente ao Estado qual é a solução jurídica para o caso que lhe foi apresentado.

57.9. Os limites ao reconhecimento do pedido: proposta de equilíbrio entre a liberdade do réu e a função jurisdicional

Existe em nosso sistema processual, repete-se, uma limitação ao acolhimento do reconhecimento do pedido. Trata-se da regra geral de que o Estado-juiz deve oficiosamente impedir que as partes utilizem o processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei: "Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o

---

[878] Lembre-se que todo título executivo extrajudicial, com exceção daqueles de origem pública (dívida ativa, p.ex.), são atos de confissão e reconhecimento da dívida pela parte devedora. Foram criados na Idade Média para equilibrar a ineficácia da execução romana com a arbitrariedade da execução germânica. V. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. p. 10-12; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do "cumprimento de sentença conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?* p. 55-56; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. p. 62-63.

juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé" (com o mesmo teor, art. 129 do CPC/73).

A norma resolve parcialmente o problema ao impedir o conluio entre as partes para simular atos e fraudar a lei. Logo, constatando que o reconhecimento do pedido pelo réu tem a finalidade espúria vedada pelo Código, deve o juiz rechaçá-lo. Contudo, o art. 142 apenas trata das hipóteses em que autor e réu agem em conjunto para atingir um resultado simulado ou fraudulento. Nada diz sobre o autêntico reconhecimento do pedido que implica uma decisão ilegal.

Não parece razoável simplesmente recusar que o réu possa reconhecer a procedência do pedido. Deve-se respeitar a liberdade do jurisdicionado de manifestar a sua vontade para encerrar o processo contra si instaurado o quanto antes. Por outro lado, tampouco parece razoável que as partes tenham o poder de definir o conteúdo de um provimento jurisdicional do Estado. É preciso, portanto, encontrar um equilíbrio.

A única forma de conciliar a liberdade do jurisdicionado com a impossibilidade de moldar a função jurisdicional é admitir o reconhecimento do pedido, mas rejeitar o seu caráter vinculante[879] e, sobretudo, a natureza homologatória da decisão que o acolhe e o utiliza como fundamento do julgamento de procedência.

Da mesma forma que a transação é homologada por um juízo de delibação *sobre a validade formal do ato*, o julgamento de procedência com fundamento no reconhecimento do pedido deve ser pautado por um juízo de delibação *quanto ao mérito*. O Estado-juiz deve verificar se a demanda tem, em tese, condições de acolhimento; algo similar ao que defendem os adeptos da teoria da asserção. Se das alegações fáticas do autor, *in status assertionis*, é possível extrair razoabilidade do pedido, com uma aparência de direito, então o reconhecimento da procedência pelo réu pode servir como único fundamento da sentença. Contudo, se das alegações fáticas do autor não for possível, nem em tese, acolher o pedido, então o reconhecimento do pedido pelo réu não produzirá nenhum efeito.

Esse juízo de delibação quanto ao mérito deve ser mais do que o juízo previsto no art. 330, §1º, III do NCPC para o indeferimento da petição inicial (a qual trata apenas de uma lógica interna da petição inicial) e menos do que o juízo jurídico feito em caso de revelia

---

[879] Exatamente nesse sentido, COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 170: "Un reconocimiento del derecho no obliga necesariamente al juez, por aplicación del principio iura novit curia".

ou confissão. Também não se confunde com a antiga figura da impossibilidade jurídica do pedido, pois lá a análise era apenas do pedido *em tese*, aqui é da procedência *concreta* da demanda.

Em primeiro lugar, havendo reconhecimento do pedido, a presunção de veracidade dos fatos é absoluta, desde que sejam materialmente possíveis. Não importa ao Estado-juiz se eles realmente aconteceram ou se dos documentos é possível extrair conclusão diversa. O reconhecimento do pedido exclui o convencimento judicial racional e motivado.

Em segundo lugar, o reconhecimento do pedido supera divergências jurisprudenciais e interpretações jurídicas; e é isso que o diferencia da confissão e da revelia. Não importa se o juiz-pessoa discorda da procedência do pedido ou se está alinhada a corrente jurisprudencial majoritária ou pacífica. O que importa é que o pedido tenha razoabilidade e seja juridicamente sustentável. Se o autor pedir a condenação do réu a indenizá-lo pelo dispêndio com honorários contratuais pagos para a sua defesa em processo instaurado previamente pelo réu (tema bastante controverso na jurisprudência), a opinião pessoal do juiz-pessoa de que tal indenização é descabida é superada pela manifestação de vontade do réu de se submeter à pretensão do autor.

Em terceiro lugar, tratando-se de pedido juridicamente insustentável, a demanda deve ser julgada improcedente. Suponha-se que o autor peça a condenação do réu ao pagamento de comissão prevista em contrato de corretagem porque o imóvel cuja venda deveria ser por ele promovida foi desapropriado judicialmente. Ora, há corretagem quando alguém intermedia um negócio jurídico (arts. 722 e ss. do CC). A desapropriação judicial, porém, é um ato unilateral de império do Estado que expropria o bem do particular. É impossível, do ponto de vista fático e jurídico, que haja intermediação por um particular de um ato estatal unilateral. O Estado não pode julgar procedente a demanda, ainda que o réu reconheça o pedido, sob pena de proferir uma decisão frontalmente contrária à lei e à lógica jurídica. Se o réu quiser pagar o valor extrajudicialmente, tem plena liberdade para tanto, mas não pode impor ao Estado um provimento jurisdicional absurdo e ilegal.

Em quarto lugar, o reconhecimento do pedido não supera questões de ordem pública que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz. Cite-se novamente o exemplo do contrato de compra e venda de automóvel celebrado por João e José que deixou a fixação do preço ao arbítrio de um dos contratantes. Se João propuser ação pedindo a condenação de José a pagar determinada quantia pelo bem, ainda que haja reconhecimento do pedido por

José, a demanda não poderá ser julgada procedente em razão da nulidade do contrato (arts. 168 e 169 do CC).

58. Rescindibilidade das sentenças fundadas em atos de disposição

Tema relevante e objeto de muitas confusões pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência é o da rescindibilidade (ou "anulabilidade") de sentença fundada em atos de disposição das partes, sobretudo quando há homologação de transação ou julgamento fundado em renúncia à pretensão ou reconhecimento do pedido.

O problema é antigo e decorre de equívocos conceituais que precedem o CPC/39. O Regulamento nº. 737 a todo instante equiparava rescisão e invalidação, referindo-se ora a "ação rescisória do contrato" (art. 255),[880] ora a "sentença nula" (art. 680) que poderia ser "anulada" (art. 681) por "ação rescisória" (art. 681, §§1º e 4º).

O CPC/39 manteve parte das imprecisões técnicas (continuou taxando de "nula" a sentença *rescindível* – art. 798), mas preocupou-se em diferenciar a rescisão da sentença e a invalidação de atos das partes praticados no processo. Fê-lo, contudo, com redação obscura: "Os atos judiciais que não dependerem de sentença, ou em que esta for simplesmente homologatória, poderão ser rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil".

O dispositivo, que já era criticado à sua época, foi inexplicavelmente reproduzido no art. 486 do CPC/73.

O problema do art. 486 do CPC/73 (e também do art. 800 do CPC/39) não era propriamente o seu conteúdo, mas a redação. Por justiça, é preciso reconhecer que em nenhum momento o enunciado normativo autorizava a invalidação de decisões judiciais transitadas em julgado. Ele era específico ao tratar de "atos judiciais" que não dependem de sentença ou que dependem de sentença simplesmente homologatória: não depende de sentença homologatória, p.ex., a desistência do recurso; depende de sentença homologatória a desistência da ação. E algo que depende de sentença homologatória a toda evidência não é a própria sentença que o homologa. Contudo, ao optar pela expressão "atos judiciais" e deixar solta a expressão "em que esta for simplesmente homologatória", o enunciado

---

[880] V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 138.

normativo carecia da clareza necessária para diferenciar os atos processuais das partes (invalidáveis) das decisões judiciais transitadas em julgado (rescindíveis).[881]

Assim que promulgado o CPC/73, a doutrina imediatamente procurou fazer as ressalvas e correções necessárias. Ao comentar o art. 486 em 1974, Pontes de Miranda logo de início alertou: "A regra jurídica obriga à precisão de vários conceitos".[882] Barbosa Moreira, no mesmo ano, fez referência à "impropriedade terminológica" do dispositivo.

Tanto Pontes de Miranda quanto Barbosa Moreira eram taxativos ao separar a *rescisão* da sentença, prevista no art. 485, da *anulação* de atos praticados *pelas partes* no processo, prevista no art. 486. Ambos os autores esclareciam que a expressão "atos judiciais" referia-se apenas aos atos processuais das partes.[883] Dizia Pontes de Miranda: "A sentença homologatória pode ser atacada sem se atacar o ato jurídico, bem como qualquer decisão que faça 'ato judicial' (no sentido do art. 486) o ato da parte, ou das partes".[884]

Havia, portanto, duas situações inconfundíveis. Uma era a invalidação do ato processual praticado pelas partes que fora, ou não, homologado judicialmente; outra era a rescisão da própria decisão homologatória, ato jurisdicional que é. *Não se rescindia transação das partes e não se anulava decisão que homologava a transação*. Era perfeitamente possível rescindir a sentença homologatória da transação por incompetência absoluta do juízo, p.ex., sem que isso afetasse a higidez da transação homologada. Por outro lado, os vícios da transação autorizavam a invalidação do negócio jurídico material sem que houvesse propriamente uma rescindibilidade da sentença homologatória. Nesse caso, a homologação seria afetada porque não passava de um *invólucro* ao ato material

---

[881] Pontes de Miranda ainda tentou demonstrar o verdadeiro significado do dispositivo ao suprir as suas elipses: "'Os atos judiciais (*de inserção de atos de direito material*) que não dependerem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, poderão ser rescindidos (*nos casos em que os atos insertos ou homologados podem ser invalidados*), como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI. p. 347).

[882] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI. p. 343.

[883] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. p. 138; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI. p. 343.

[884] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI. p. 344.

desconstituído, um "selo" dado pelo Estado de que o ato era formalmente válido. Desaparecendo o ato, automaticamente desapareceria a sua homologação.[885]

Se a invalidação do ato prevista no art. 486 do CPC/73 era regida pelas normas de direito material, a rescisão do ato homologatório era regida exclusivamente pelos normas de Direito Processual.[886] Nesse sentido, o art. 485, VII do CPC/73 corretamente dispunha ser rescindível a sentença fundada em confissão, desistência ou transação inválidas, demonstrando a claríssima diferença entre o ato de disposição praticado pela parte e o ato jurisdicional que o valora e o acolhe.[887]

O passar do tempo, porém, fez sentir a má redação do art. 486. Parcela relevante da doutrina passou a admitir a "ação anulatória" contra a própria decisão judicial homologatória, o que abriu espaço para infindáveis dúvidas e divergências. Na jurisprudência, ora admitia-se ação rescisória da adjudicação, ora impunha-se ação anulatória; ora admitia-se ação rescisória da partilha, ora impunha-se ação anulatória; ora admitia-se ação rescisória de sentença proferida em processo de jurisdição voluntária, ora impunha-se ação anulatória.[888] São incontáveis as decisões judiciais que extinguiram ações

---

[885] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI. p. 350-351.

[886] SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1. p. 183-184: "os princípios de direito material aplicáveis a respeito de anulabilidade dos atos jurídicos por erro, violência ou outros defeitos de manifestação de vontade não têm aplicação quanto aos atos processuais". Pontes de Miranda não poderia ser mais claro: "Os negócios jurídicos de direito material, levados aos autos processuais ou por termo nos autos, são negócios jurídicos sujeitos, quanto à sua desconstituição, às regras de direito material. Os atos processuais, envolventes desses negócios jurídicos, regem-se pelo direito processual" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI. p. 354-355). Também SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*, p. 110: "*Los vicios del consentimiento sólo son de apreciar en los actos procesales en tanto que su atendibilidad se deduzca del Derecho procesal. Los preceptos del Derecho civil sobre impugnación por error, intimidación o dolo, no son aplicables a los actos procesales*".

[887] Flávio Yarshell ensinava que enquanto tramitasse o processo, a ação anulatória era o remédio cabível contra os atos de disposição (confissão, transação ou desistência). Concluído o processo, os vícios dos atos deveriam ser tratados em ação rescisória contra a *sentença*. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. p. 179.

[888] Por brevidade, v. NEGRÃO, Theotonio et alii. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor (2013)*. p. 614-615

rescisórias corretamente propostas contra decisões homologatórias por uma má compreensão do art. 486 do CPC/73.

Com a oportunidade de enfim sanar as dúvidas, o NCPC tentou melhorar a disciplina da matéria, mas não foi nada feliz. Essa foi a "má redação, de baixa qualidade técnica",[889] dada ao art. 966, §4º: "Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei".

Salta aos olhos uma primeira impropriedade. O art. 966, §4º refere-se a "atos de disposição de direitos", mas há muitos atos processuais invalidáveis que não são dispositivos. A outorga de procuração e a petição inicial, p.ex., não são atos dispositivos, mas podem ser inválidos como todo ato jurídico.[890]

Uma segunda impropriedade é que muitos atos dispositivos não configuram "disposição de direitos". Confissão, convenção processual, aquiescência, renúncia ao recurso (que não é direito, e sim faculdade), desistência da ação, desistência do recurso são exemplos de atos dispositivos processuais que nada têm a ver com direitos.

Admitindo-se que na expressão "disposição de direitos" deve-se ler qualquer ato dispositivo no processo, surge um terceiro equívoco. O NCPC parece supor que todo ato dispositivo depende da homologação judicial, o que não é verdade. A renúncia ao recurso, a aquiescência e a desistência do recurso são três exemplos de atos dispositivos que, como se demonstrou, independem de homologação.

O quarto problema do art. 966, §4º do NCPC é a admissão de "ação anulatória" contra decisão judicial proferida no curso da execução (incluindo, apesar da referência genérica, o cumprimento de sentença). Com isso, o Código consolida a confusão entre atos das partes, invalidáveis, e atos jurisdicionais, rescindíveis, deixando o tema ainda mais obscuro.

---

[889] *Cf.* DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. (2016). p. 445.

[890] *Cf.* DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. (2016). p. 444.

De qualquer forma, no que importa a este trabalho, duas situações causam especial preocupação.

O NCPC eliminou, injustificadamente, a possibilidade de rescisão da sentença fundada em atos de disposição inválidos (art. 485, VIII do CPC/73). Não é possível compreender o objetivo do legislador, pois os atos dispositivos inválidos praticados no curso do processo não se confundem com a sentença que os utiliza para julgar o mérito. Como resolver, agora, o problema da sentença que condenou o réu por causa de uma confissão feita por coação? Como resolver o problema da sentença que "homologa" uma transação inexistente? Se não cabe mais ação rescisória, qual é o remédio processual para resolver essas situações patológicas?

A segunda situação é a seguinte. Na vigência do CPC/73, divergia-se sobre o instrumento adequado para atacar sentenças homologatórias, mas era assente que as sentenças fundadas na renúncia à pretensão e no reconhecimento da procedência do pedido deveriam ser rescindidas por ação rescisória.[891] Com peculiar infelicidade, o art. 487 do NCPC conseguiu conturbar o estado das coisas ao dispor que o juiz "homologa" a renúncia à pretensão (inc. III, *a*) e o reconhecimento da procedência do pedido (inc. III, *c*). Abre-se caminho, agora, para que se exija ação anulatória para discutir autêntica sentença de mérito que julgou o pedido formulado.

Ilustre-se com o seguinte exemplo. Uma sociedade empresária tem sete sócios. Quatro deles propõem ação de exclusão de sócio em face dos outros três. Dos três sócios excluendos, dois propõem, por sua vez, ação de nulidade de alguns atos societários praticados pelos sócios remanescentes. Em audiência de conciliação realizada neste segundo processo, que tratava apenas das nulidades, os seis sócios transacionam: os dois sócios excluendos renunciam à pretensão de invalidação dos atos societários, reconhecem a procedência do pedido de exclusão (o que tem eficácia parcial, como já se demonstrou) e definem amigavelmente o valor dos seus haveres com os sócios remanescentes. O terceiro sócio excluendo não comparece à audiência. O juiz homologa a transação e, diante do que

---

[891] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 808; DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3 (2007). p. 342; DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. p. 852; NEGRÃO, Theotonio *et alii*. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor* (2013). p. 613; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento* (2008). p. 660-661. Na jurisprudência: STJ, REsp 13.102-0, p. 08.03.1993; TJRS, Ação Rescisória nº 35630, j. 06/10/1981.

nela consta, julga procedente o pedido de exclusão dos *três sócios* por reconhecimento da procedência do pedido. A decisão transita em julgado e os autores promovem a alteração do contrato social na junta comercial.

Dependendo da interpretação que se der ao art. 487 do NCPC, essa sentença deverá ser atacada por "ação anulatória". Os problemas são intermináveis: (a) não existe reconhecimento do pedido, logo não há nenhum ato jurídico praticado pelo réu a ser invalidado – motivo pelo qual o caso seria de declaração de inexistência, e não de "anulação"; (b) juridicamente, esse inexistente reconhecimento do pedido não produz nenhum efeito, é a sentença desconstitutiva proferida pelo juiz que deve ser levada a registro na junta comercial para a exclusão dos sócios; (c) do ponto de vista prático, de nada adianta "invalidar" (ou corretamente declarar) o inexistente reconhecimento do pedido se não for rescindida a sentença que julgou procedente a exclusão do sócio.

Por tudo isso, os atos praticados pelas partes no processo podem ser invalidados ou declarados inexistentes ou ineficazes como qualquer outro ato jurídico. Decisões judiciais podem ser invalidadas no mesmo processo mediante recurso. Uma vez transitada em julgado, desaparecem todos os vícios da sentença, sendo descabido falar em anulação ou nulificação; restam apenas hipóteses que admitem a *rescisão* da sentença mediante ação rescisória. Sentenças inexistente e ineficazes assim podem ser reconhecidas a qualquer tempo mediante ação declaratória de inexistência ou de ineficácia.[892]

[892] Sobre a declaração de ineficácia de sentença proferida contra réu revel não citado, v. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro*. p. 135.

CAPÍTULO SEXTO – A DISPONIBILIDADE FÁTICA

Sumário: 59. O princípio dispositivo e o monopólio da apresentação dos fatos pelas partes: o ônus da alegação. 60. Fatos primários (essenciais) e fatos secundários (simples). 61. A disponibilidade dos fatos primários: a causa de pedir. 61.1. O art. 493 do NCPC e a suposta inserção de fatos novos no processo de ofício. 62. A disponibilidade dos fatos primários: os fatos extintivos, modificativos e impeditivos. 63. A disponibilidade dos fatos secundários. 64. A disponibilidade fática e a verdade processual: os consensos fáticos estabelecidos pelas partes. 65. Confissão. 65.1. Confissão e admissão. 65.2. Confissão e os fatos que não são contrários ao próprio interesse. 65.3. Os efeitos da confissão: críticas à concepção de que a confissão de fatos disponíveis não é vinculante ao Estado-juiz. 66. A admissão dos fatos: o efeito vinculante da incontrovérsia. 66.1. O efeito vinculante do fato admitido. 66.2. A admissão dos fatos e a revelia. 67. A verdade processual e outros ônus processuais. 68. A preclusão da faculdade probatória. 69. Exceção ao princípio dispositivo: os fatos notórios. 70. Disponibilidade fática e o ônus probatório. 71. Disponibilidade fática e os deveres-poderes instrutórios do juiz.

59. O princípio dispositivo e o monopólio da apresentação dos fatos pelas partes: o ônus da alegação

De forma praticamente unânime, a doutrina do Direito Processual, nacional e estrangeira, inclui no princípio dispositivo – ou em algum princípio a ele relacionado, como o espanhol *aportación de parte* – o monopólio sobre a introdução da matéria fática do processo. Trata-se, como diriam os franceses, com as ressalvas já feitas à noção de lide no Direito Processual, de um poder exclusivo das partes sobre "a matéria litigiosa" do processo, de um "poder de fixar os elementos do litígio" submetido ao Estado-juiz (v. Capítulo Primeiro, n. 4). Ou, como explica Araken de Assis, "O princípio dispositivo remanesce quanto ao material de fato que o juiz utilizará na emissão do juízo de fato. As alegações de fato integram o domínio exclusivo das partes no processo civil contemporâneo".[893]

[893] ASSIS, ARAKEN DE. *Processo Civil Brasileiro*, v. III. p. 787.

Como bem lembra Cappelletti, não obstante confundir princípio dispositivo e disponibilidade material, "somente no ordenamento de base comunista, justamente por haver abjurado o caráter privado-disponível dos direitos subjetivos substanciais, a jurisprudência sustenta que o juiz, ainda que não possa prescindir da ação inicial da parte (privada ou pública) nem pode por princípio atribuir um bem da vida diverso daquele que constitui o objeto da demanda (*petitum*), pode não obstante basear o seu pronunciamento em fatos jurídicos que as partes não quiseram alegar".[894]

De fato, dispunha o art. 14 do CPC soviético de 1964: "O juiz, *sem nenhuma limitação em relação ao material constante do processo e às declarações deduzidas pelas partes*, adota todas as medidas previstas pela lei ao fim de alcançar um completo, minucioso e objetivo acertamento dos fatos da causa, bem como dos direitos e das obrigações das partes".[895] Em sentido parecido, dispunha o art. 2º, §2º da ZPO da Alemanha Oriental: "Os tribunais têm o dever de esclarecer, acertar de forma verdadeira e decidir, segundo as normas de direito, em um processo concentrado e rápido, os fatos relevantes para o juízo".[896] Um pouco adiante, o art. 54, §1º do mesmo Código dispunha: "O tribunal decide com decisão de mérito sobre quais fatos deve ser produzida a prova, *indica os meios de prova e informa as partes*".[897]

Esse comportamento inquisitório e despótico do juiz não tem espaço em um sistema processual que respeite a individualidade das pessoas e lhes garanta a liberdade mínima para a autorrealização pessoal e para a tomada das decisões necessárias ao regramento de suas próprias vidas. Nesse tipo de processo, a verdade processual é a verdade construída pela observância das regras procedimentais e obedece às alegações das partes, aos consensos ou dissensos estabelecidos processualmente e às provas produzidas nos autos. Desse modo, antes mesmo de se cogitar de ônus da prova, as partes têm o *ônus da alegação*.[898]

A disponibilidade processual fática já foi apontada neste trabalho mais de uma vez, inclusive para demonstrar que o princípio dispositivo não decorre da

---

[894] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 324.

[895] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 31.

[896] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 3.

[897] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*. p. 22.

[898] *Cf.* MOTULSKY, Henri. *Direito Privado*. p. 113 e ss.

disponibilidade do direito material. A disponibilidade fática é uma das características inerentes à inércia jurisdicional, sendo imperativo que exista uma estrita correlação entre os fundamentos da decisão e os fatos essenciais (primários) alegados pelas partes. Apenas demandante e demandado podem incluir fatos essenciais no objeto de conhecimento judicial, vedando-se a iniciativa do Estado-juiz nesse sentido. Nem mesmo em processos necessários que versem sobre direitos indisponíveis, cujo principal exemplo é a interdição do incapaz, pode o juiz alterar a causa de pedir e interditar o demandado por *causa* diversa da que fora apresentada na demanda.

Existe no processo civil, portanto, uma fundamental divisão de atribuições. Ao demandante cumpre formular a sua eventual pretensão a uma tutela jurisdicional e estabelecer os elementos fáticos que amparam essa pretensão; ao demandado cumpre determinar os elementos fáticos da sua defesa; ao Estado-juiz cumpre impulsionar formalmente esse processo até a sua conclusão e, se preenchidos os pressupostos processuais, julgar a pretensão deduzida, pelos fatos apresentados, de acordo com o que determina o Direito. Uma dinâmica que há séculos vem representada pelo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

60. Fatos primários (essenciais) e fatos secundários (simples)

As partes podem introduzir no processo, mediante alegações deduzidas no momento oportuno, fatos primários ou fatos secundários.

São primários os fatos *essenciais* ao processo, assim considerados porque deles decorre diretamente a procedência do pedido ou a improcedência do pedido:[899] são, portanto, *fatos jurídicos* que produzem consequências jurídicas.[900] Toda causa de pedir é um fato essencial ao processo, pois é nela que se vai buscar a consequência jurídica pretendida pelo demandante. Se a causa de pedir não for demonstrada, então não há como acolher a pretensão deduzida. Também são fatos primários os introduzidos pelo demandado como

---

[899] Afirma ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 113: "Causa de pedir é toda aquela *ratio* que, por si só, pode levar à procedência da demanda; assim como razão de defesa é a *ratio* que, por si só, pode levar à improcedência do pedido, ou à extinção do processo sem julgamento de mérito.

[900] Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 283; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I. p. 216.

defesa indireta de mérito, i.e., os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do 'direito' do demandante.[901]

São secundários os fatos não essenciais ao processo ('fatos simples'), mas que podem ser determinantes ao julgamento do mérito ao gerar uma presunção de que os fatos primários ocorreram como foram narrados pela parte. Por isso, os fatos secundários são também considerados fatos indiciários que, embora não demonstrem diretamente a legitimidade ou a ilegitimidade da pretensão deduzida inicialmente, fazem crer que os fatos primários são verdadeiros.

Serve como exemplo o acidente de trânsito causado por motorista alcoolizado. A causa de pedir da demanda é o fato de que o demandante, José, foi vítima de um acidente por culpa do demandado (fato primário), João, que dirigia sob a influência do álcool. Os fatos de que João estava em tratamento de saúde por causa da dependência do álcool e de que ele estava em um bar uma hora antes do acidente não geram ao demandante nenhum direito ao que quer que seja, mas servem como indícios de que o demandado realmente estava dirigindo alcoolizado quando ocorreu a específica colisão que interessa ao processo. A dependência química de João e sua presença em um bar antes do acidente são fatos secundários que ajudam a demonstrar o fato primário constitutivo do direito de José, a causa de pedir.[902]

Quando o demandado apresenta defesa direta de mérito, ou seja, refuta a causa de pedir apresentada pelo demandante, pode fazê-lo com a alegação de novos fatos

---

[901] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I. p. 216-217. Em sentido contrário, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. p. 150.

[902] Amparado nas lições de Proto Pisani, José Rogério Cruz e Tucci dá outros dois exemplos de fatos secundários. O primeiro, similar ao que foi apresentado, é o do acidente de trânsito causado pelo excesso de velocidade do demandado (fato primário). Comprovar que o condutor estava trafegando com alta velocidade momentos antes do acidente ou que ele tinha o hábito de dirigir em alta velocidade (fatos secundários) não serve como prova de que o acidente foi causado por sua culpa, mas faz presumir que, naquele momento, ele estava em alta velocidade. O segundo exemplo é o do demandante que pretende indenização por lesão física. Comprovar que o demandante foi vítima de uma facada desferida pelo demandado é o fato primário. Mas supondo que não houvesse nenhuma testemunha no momento em que o ato foi praticado, então poderá o demandante comprovar indiretamente o fato ao demonstrar que o demandado tinha a posse de uma faca compatível com o ferimento, que suas roupas estavam sujas de sangue ou que suas digitais estavam presentes na faca (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* Causa Petendi *no Processo Civil*. p. 163).

que a infirmem. Esses fatos também são secundários, pois o que importa é verificar se a causa de pedir está demonstrada; e todos os fatos alegados na defesa direta têm como objetivo refutar a causa de pedir. Por isso, seja quando simplesmente nega o fato constitutivo, seja quando apresenta outra versão aos fatos, seja quando desenvolve um raciocínio para demonstrar que a causa de pedir é inverossímil, "substancialmente, em qualquer dessas hipóteses o réu está a negar o fato constitutivo alegado pelo autor, e daí o ônus probatório lançado sobre este".[903] Seguindo com o mesmo exemplo, se João apresenta defesa direta de mérito e rejeita ter causado o acidente, pois estava em outra cidade naquele dia, apresenta como defesa um fato secundário que serve para refutar o fato primário (a causa de pedir). O fato de João estar em outra cidade no dia do acidente não gera, por si só, nenhum efeito jurídico que obste o acolhimento da pretensão reparatória de José, mas afasta a veracidade da causa de pedir da demanda: se João estava em outro local, então não poderia ter colidido, embriagado, com o veículo de José.

Perceba-se que João não tem o ônus de provar que estava em outra cidade no dia do acidente, pois é de José o ônus probatório da causa de pedir: essa é uma consequência fundamental da distinção entre fatos primários e fatos secundários. A ausência de comprovação do fato secundário não implica a procedência da demanda, pois o ônus de demonstrar a causa de pedir continua sendo do demandante; mas se a defesa estiver fundada em fato primário (extintivo, modificativo ou impeditivo), então o ônus de prová-lo é do demandado.

A classificação dos fatos em primários e secundários é importante porque eles obedecem a diferentes regimes de disponibilidade.[904] Fatos primários são disponíveis e sobre eles incide a estrita regra da correlação entre os fatos alegados pelas partes e a motivação da decisão judicial; salvo quando se tratar de questão de ordem pública que impeça o acolhimento do pedido, fatos primários não podem ser introduzidos no processo por

---

[903] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 463.

[904] Essa divisão é muito clara no art. 5º do CPC português vigente: "Ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal. 1 - Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas. 2 - Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz: a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa; b) Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar; c) Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções. 3 - O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito".

iniciativa judicial nem mesmo se forem notórios. Fatos secundários podem ser introduzidos de ofício em determinadas hipóteses.

61. A disponibilidade dos fatos primários: a causa de pedir

Como acaba de ser mencionado, são fatos essenciais ao processo aqueles dos quais decorre a legitimidade da pretensão do demandante ou dos quais decorre, diretamente, a ilegitimidade dessa pretensão; i.e., fatos essenciais são os que fundamentam a procedência do pedido ou os que fundamentam, por si só, a improcedência do pedido.

Os fatos que legitimam a pretensão são sempre a *causa de pedir*, o fundamento fático da pretensão deduzida na demanda, do qual decorre a pretensão. Tais fatos são também chamados de "fatos constitutivos do direito",[905] apesar de nem sempre constituírem propriamente um direito.[906]

A disponibilidade da causa de pedir é a mais ampla possível. Trata-se de elemento da demanda que se insere, sem nenhuma ressalva, na inércia jurisdicional. Inclusive quando o fato for notório ou estiver provado nos autos, a não ser que ele tenha sido expressamente apontado pelo demandante como *causa constitutiva* da sua pretensão no momento oportuno, não pode o Estado-juiz utilizá-lo como *fundamento* para conceder a tutela jurisdicional. Se o demandante pediu a invalidação do contrato por erro e fundamentou a sua pretensão em um fato que efetivamente configurava erro, não pode a demanda ser julgada procedente por coação – ainda que tenha sido cabalmente provado no processo que o demandante só assinou o contrato porque havia uma arma de fogo apontada contra a sua filha. A escolha da causa de pedir é uma decisão privativa do demandante, fundada inteiramente em sua autonomia privada; e como vem sendo repetido com insistência, ao Estado nada resta senão acatá-la, por mais insensata que possa parecer.

Equivoca-se Cappelletti, portanto, quando afirma que o juiz deve conhecer oficiosamente de fatos constitutivos do direito do demandante se tais fatos interessarem à

---

[905] Expressão albergada expressamente pelo NCPC, sobretudo em seu art. 373, I: "O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito".

[906] Basta lembrar da pretensão à declaração de inexistência de um débito. Não há fato constitutivo do direito. A causa de pedir é o fato de que o direito da contraparte *inexiste*.

ordem pública.[907] Não importa se a questão é de ordem pública. O Estado-juiz está proibido, em qualquer hipótese, de introduzir uma causa de pedir no processo, sob pena de sair da sua inércia e criar uma nova demanda que antes inexistia.[908] Destarte, se o demandante pede a invalidação do contrato por erro (anulabilidade), e narra fatos que efetivamente configuram *erro*, o Estado-jurisdição está proibido de invalidá-lo por simulação (nulidade, questão de ordem pública). Pode, sem nenhuma dúvida, oficiar o Ministério Público para que *ele* eventualmente proponha a demanda desconstitutiva, mas o interesse público na coibição de negócios jurídicos nulos não permite ao Estado-jurisdição agir de ofício e criar demandas espontaneamente. Caso se admita a procedência do mérito por *causa de pedir* diversa da que foi deduzida pelo demandante, ainda que de ordem pública, estar-se-á admitindo o julgamento de procedência de uma *demanda que não foi proposta*.[909] Seria exatamente o mesmo que o Estado-juiz dar início de ofício a um processo porque considera que um contrato é nulo, embora ninguém jamais tenha pedido a sua invalidação. Em ambas as situações estar-se-ia diante de uma decisão *extra petita* e, portanto, *juridicamente inexistente* (v. Capítulo Quarto, n. 51.2). Esse é um dogma do Direito Processual Civil contemporâneo que não pode ser flexibilizado nem relativizado.

---

[907] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 331-332.

[908] Sobre isso, precisas as lições de HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. p. 231: "*C'est ainsi que le juge ne peut que débouter le demandeur lorsqu'il ne trouve aucune règle de droit permettant de lui donner satisfaction compte tenu des faits allégués, même s'il est 'moralement' certain que d'autres faits, non allégués, rendent en réalité la prétention bien fondée*".

[909] Similar é a opinião de CARRATTA, Antonio. *Poteri del Giudice*. p. 162: "*Sostenere o contrario, e dunque ammettere che, laddove si abbia a che fare con diritti rispetto ai quali i fatti costitutivi non abbiano funzione individuatrice, il giudice possa rilevare d'ufficio anche fatti costitutivi emergenti dagli atti di causa, ma che la parte interessata non ha rilevato (rectius: non ha allegato, nel senso indicato sopra), significa sostanzialmente ammettere che il giudice possa, tenendo fermo il petitum mediato della domanda proposta, integrare o addirittura sostituire d'ufficio la causa petendi della medesima domanda, nonostante che la parte abbia con il suo comportamento processuale (ovvero, rinunciando ai poteri che l'art. 183 le riconosce di precisa o modificare detta causa petendi) manifestato la volontà di non far valere in giudizio fatti costitutivi emersi dagli atti di causa e diversi da quelli allegati a fondamento della propria domanda*".

61.1. O art. 493 do NCPC e a suposta inserção de fatos novos no processo de ofício

O CPC/73, importando pela metade dispositivo do Código de Processo Civil português de 1961,[910] introduziu no Direito brasileiro a possibilidade de conhecimento de ofício de fatos supervenientes pelo Estado-juiz, incluindo *fatos constitutivos*: "Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença". A previsão foi reproduzida no art. 493 do NCPC.

Ocorre que o art. 663º do Código português limitava o conhecimento dos fatos supervenientes às "restrições estabelecidas noutras disposições legais, nomeadamente quanto às condições em que pode ser alterada a causa de pedir". Além disso, o art. 664º dispunha que "o juiz" "*só pode servir-se dos factos articulados pelas partes*, salvo o que vai disposto nos artigos 514º e 665º".[911] O art. 514º tratava dos "factos que não carecem de alegação ou de prova", como os notórios (§1) e os que "o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções (§2); o art. 665º, por sua vez, impunha ao Estado-juiz o dever de impedir que as partes utilizassem o processo para "praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei".

Nenhuma dessas ressalvas foi feita no CPC/73 nem no NCPC, muito embora o conhecimento de ofício de um *fato constitutivo* superveniente conflite com todo o sistema processual estabelecido, bem como com o 'princípio da demanda' e a regra da correlação, nunca abandonados pela doutrina nem, ao menos em tese, pela jurisprudência.

---

[910] Dispunha o art. 663º daquele Código: "(Atendibilidade dos factos jurídicos supervenientes) 1. Sem prejuízo das restrições estabelecidas noutras disposições legais, nomeadamente quanto às condições em que pode ser alterada a causa de pedir, deve a sentença tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção, de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão".

[911] A redação integral era: "Art. 664º (Relação entre a actividade das partes e a do juiz) O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, salvo o que vai disposto nos artigos 514º e 665º". Sobre as relações entre o juiz e os fatos nos Códigos portugueses de 1939 e 1961, v. MACHADO, António Montalvão. *O Dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do Novo Código de Processo Civil*. p. 19 e ss.; 113 e ss.

Quando o dispositivo refere-se a "fato constitutivo", só pode estar tratando de causa de pedir superveniente, pois todo "fato constitutivo" apresentado como fundamento da pretensão inicial é uma causa de pedir. Confirma essa conclusão a referência feita pelos arts. 462 (CPC/73) e 493 (NCPC) a fatos modificativos e extintivos,[912] também fatos processuais *primários*.[913]

Apesar da clareza do enunciado, em uma interpretação lógico-sistemática, a doutrina majoritária sempre rejeitou que o fato superveniente pudesse alterar o pedido ou a causa de pedir,[914] pois isso violaria a estabilização da demanda e implicaria o retorno do processo a uma fase (postulatória) já encerrada. Egas Moniz de Aragão vai além e sustenta que "o fato sobrevindo, cuja alegação a lei consente, é tão-só aquele que vem corroborar a pretensão ou a defesa; que não constitui, portanto, nova causa de pedir, tampouco importa em sua alteração; nem constitui nova causa de defesa".[915] Admitir-se-ia a inclusão superveniente no processo de meros fatos secundários, portanto.

---

[912] Excluem-se os impeditivos porque incompatíveis com a superveniência, *cf.* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 402.

[913] Acertada, portanto, a crítica feita por DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 403-404: "A simples leitura do art. 493 revela com clareza a 'vontade do legislador': não são somente os *fatos simples* supervenientes que podem, ou devem, ser considerados pelo juiz no momento de julgar, mas os *fatos constitutivos* do direito – isto é, fatos supervenientes que sejam relevantes ao acolhimento da demanda. Se fosse sua intenção referir-se a meros fatos circunstanciais, que simplesmente confirmassem os fatos anteriormente narrados, decerto que não se faria ali alusão à expressão 'fato constitutivo'".

[914] Dentre vários outros, ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 130; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 281-282 ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 1.019; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante* (2010). p. 704. Wambier e Talamini afirmam que "a ocorrência de fato novo não justifica a alteração do pedido nem da causa de pedir". Contudo, admitem como exceção a "hipótese de impossibilidade superveniente da tutela específica ou do resultado prático equivalente na ação impositiva de dever de fazer, não fazer ou entregar coisa – hipótese em que a conversão de ação para cobrança de perdas e danos pode dar-se no mesmo processo, alterando, assim, pedido e causa de pedir (art. 499)" (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 432-433). Para um panorama geral, v. NEGRÃO, Theotonio *et alii*. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. p. 542-543; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentário ao art. 493*, in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. p. 1246-1247.

[915] ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 131.

Aceita a tese do professor paranaense, a questão do conhecimento de ofício dos fatos supervenientes estaria solucionado, pois a inovação fática ficaria restrita a fatos secundários. Contudo, não é essa a interpretação que se extrai do art. 493 do NCPC ou do art. 462 do CPC/73, ao menos não no que diz respeito às matérias de defesa. Se é controversa a alteração da demanda no curso do processo, seria ilógico proibir a alegação de um fato extintivo ou modificativo superveniente que implique a impossibilidade – superveniente – de acolhimento do pedido do demandante. O pagamento, a novação, a confusão, a perda da coisa, são todas *novas causas de defesa*; e o demandado precisa ter condições de alegá-las para obstar uma condenação que, embora inicialmente legítima, deixou de sê-la por fatos ocorridos depois de oferecida a contestação.

Volta-se, então, ao problema do conhecimento de ofício desses fatos que, se ocorridos antes de concluída a fase postulatória, seriam *disponíveis* pelas partes – sobretudo a *causa de pedir*. E quanto a isso, salta aos olhos a pouca atenção que lhe foi dada pela doutrina. Moacyr Amaral Santos, p.ex., limitou-se a afirmar: "O juiz, de ofício, tomará em consideração tais fatos, quando a lei não exija para o seu conhecimento a iniciativa de parte (art. 128)".[916] Pontes de Miranda disse simplesmente que "Sempre que tais fatos acontecem, tem o juiz de considerá-los, uma vez que deles tenha conhecimento, com dados suficientes, quer de ofício, quer a requerimento do interessado".[917]

Já na vigência do NCPC, Marinoni, Arenhart e Mitidiero sustentam que "O fato superveniente (....) é aquele que não importa em alteração da causa de pedir fora dos limites legais de alteração"; mas se "ouvidas as partes e ambas concordarem com a consideração de fato superveniente modificativo da *causa petendi*, nada obsta à sua consideração pelo juiz". A ponderação é acertada e se alinha a uma concepção mais liberal de processo que dá às partes a possibilidade de, *consensualmente*, moldar o procedimento às suas necessidades. Porém, nenhuma ressalva é feita ao conhecimento de ofício de uma nova causa de pedir: "O fato superveniente pode ser conhecido de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes. Sendo conhecido de ofício, o juiz ouvirá as partes a seu respeito

---

[916] SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV. p. 446.

[917] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V. p. 100

antes de decidir (...)";[918] o que contrasta justamente com a valorização do consenso e da manifestação de vontade dos sujeitos processuais.

Dos poucos a enfrentar concretamente a questão da oficiosidade, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira compreendem o dispositivo como "uma ressalva à regra da congruência objetiva que deve existir entre a decisão e os atos postulatórios (pedidos e fundamentos)".[919] Em outras palavras, admitem que o juiz introduza de ofício uma nova causa de pedir não proposta pelo demandante, ressaltando que o fato novo "precisa estar provado nos autos", pois "não pode o juiz conhecer de ofício fato não demonstrado nos autos, porque aí estará julgando com base em conhecimento pessoal que possui".[920]

Não é possível acomodar essa conclusão na teoria do processo civil e na distinção de tratamento que o sistema processual dá, a todo instante, ao material fático e ao material jurídico relevantes ao processo. Ora, se o demandante pode *escolher* a sua causa de pedir inicial, com ainda mais razão deve poder *escolher* se alegará fatos supervenientes (primários ou secundários) que possam interferir no resultado do processo. Não faz sentido que exista um "princípio da demanda" *parcial*, válido apenas para os fatos ocorridos antes de instaurado o processo.

Desse modo, deixada de lado a discussão sobre a alteração da demanda por fato constitutivo superveniente, e supondo que ela seja possível, há que se rejeitar o 'poder' do Estado-juiz de inserir no processo causas de pedir superveniente *sem alegação expressa e inequívoca* do demandante nesse sentido.

No que interessa aos fatos secundários que confirmem a causa de pedir, o conhecimento oficioso só é admissível *se a prova do fato* estiver previamente nos autos, como corretamente ressalvam Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael de Oliveira.

---

[918] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 463.

[919] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 406.

[920] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 409.

62. A disponibilidade dos fatos primários: os fatos extintivos, modificativos e impeditivos

A disponibilidade da causa de pedir projeta-se *parcialmente* aos fatos primários que constituem a defesa indireta do demandado; fatos que, sem enjeitar os fatos constitutivos, de alguma forma obstaculizam o acolhimento da pretensão do demandante. Como comumente se explica, a defesa direta (que pode ser fática e jurídica) é um "não"; a defesa indireta é um "sim, mas".[921]

Os fatos que compõem a defesa indireta de mérito são classificados em (a) extintivos, (b) impeditivos ou (c) modificativos (arts. 350 e 373, II do NCPC).[922] (a) Fatos extintivos são os que extinguem um direito do demandante previamente existente; p.ex., o pagamento, a compensação, a confusão, a *supressio*, a remissão, a decadência etc. Em todos esses casos o direito do demandante foi constituído, mas, por um fato sucessivo, acabou extinto. (b) Fatos impeditivos são os que, sem extinguir o direito constitutivo do demandante, impedem que a pretensão deduzida seja acolhida pelo Estado-jurisdição; p.ex., a exceção de contrato não cumprido, a prescrição, a invalidade do negócio jurídico, o *tu quoque* etc. O direito existe, mas carece de exigibilidade. (c) Finalmente, fatos modificativos são os que alteram o direito constitutivo que o demandante previamente ostentara; p.ex., a novação, o aditamento contratual, a *surrectio* etc.

O regime de disponibilidade da defesa indireta de mérito é especialmente delicado porque diferentes fatos geram diferentes consequências processuais.[923] Há fatos

---

[921] RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil*. p. 265. Para Heitor Sica, essa é uma "simplificação rejeitável", pois "sem prejuízo da negação dos fatos constitutivos do direito do autor, o réu pode negar as consequências jurídicas que a demanda inicial pretende ou discordar da interpretação ou aplicação da norma jurídica ao caso concreto, ou ainda requalificar juridicamente os fatos alegados pelo autor como constitutivos de seu direito, alterando as consequências jurídicas cabíveis à espécie" (SICA. Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. p. 121-122). Ora, mas se fizer isso, o réu estará apresentando defesa direta de mérito (jurídica, e não fática) e sua posição será exatamente a de *negar* (dizer "não!") o direito constitutivo do autor.

[922] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I. p. 220. Como diria Liebman, constitui "fato jurídico" (primário; essencial) toda exceção, i.e., toda "afirmação, por parte do réu, de um fato extintivo, modificativo ou impeditivo, destinada a obter a rejeição da ação".

[923] Para uma abordagem ampla e profunda do tema, v. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. p. 94-133.

considerados relevantes à ordem pública que devem ser conhecidos de ofício por determinação legal expressa; há fatos que são disponíveis pelo demandado e *não podem ser conhecidos de ofício* também por determinação legal expressa; e há fatos sobre os quais controverte-se acerca dos limites do conhecimento judicial.

Dentre os fatos cognoscíveis de ofício pelo Estado-juiz por determinação legal expressa incluem-se a prescrição,[924] a decadência legal (art. 332, §1º e art. 487, II, ambos do NCPC; art. 210 do CC) e a nulidade do negócio jurídico que ampara a pretensão (art. 168, parágrafo único do CC).

Mais precisamente, a prescrição, a decadência, a nulidade do contrato etc. são todas *qualificações jurídicas* de fatos juridicamente relevantes. A prescrição é a qualificação jurídica do decurso do prazo estabelecido pela lei sem que o direito a uma prestação seja exigido, cuja consequência é a extinção da pretensão material; a decadência é a qualificação jurídica do decurso do prazo estabelecido em lei sem que o direito potestativo seja exercido, cuja consequência é a extinção desse poder subjetivo; a nulidade é a qualificação jurídica de uma desconformidade do negócio com normas imperativas, cuja consequência é a invalidade do negócio.

---

[924] Muito se discutiu sobre a inclusão da prescrição, em 2006 (Lei 11.280/06), dentre as matérias de ordem pública, pois tratava-se de uma exceção substancial, passível de renúncia. Em mais de uma oportunidade eu refutei as críticas desferidas contra a alteração legislativa, pois não se poderia admitir uma condenação judicial do demandado sem que o demandante ostentasse um direito a uma prestação certa e exigível. A exigibilidade era, em minha opinião, pressuposto inafastável da condenação judicial; sem ela, o Estado-jurisdição não teria legitimidade para *mandar* o réu pagar a *inexigível* prestação a que estava obrigado. Entretanto, rompendo com alguns dogmas publicísticos, revejo o meu posicionamento anterior por quatro motivos: (a) primeiro, e mais importante, foi a minha reconsideração sobre o verdadeiro significado de ordem pública e da constatação de que a categoria jurídica vem sofrendo uma indevida banalização ao longo do tempo; tudo passou a ser de ordem pública, como se o bom desenvolvimento da sociedade realmente dependesse do conhecimento de questões que, na verdade, só interessam ao particular; (b) segundo porque a prescrição não extingue o direito subjetivo, apenas a sua pretensão, a sua exigibilidade; logo, se a parte pode pagar um débito prescrito, não parece que a prescrição possa ser considerada matéria de ordem pública; pouco importa à coletividade se o réu será condenado a pagar uma obrigação inexigível, o interesse é exclusivo de quem foi beneficiado pela extinção da pretensão material do credor; (c) terceiro porque há outras situações em que o Estado-jurisdição está autorizado a condenar o demandado a pagar uma prestação inexigível; o melhor exemplo disso é a exceção de contrato não cumprido que deixou de ser alegada pelo demandado; (d) quarto porque deveria ser do demandado o interesse em insurgir-se contra o pagamento de uma obrigação inexigível; se por ação ou omissão ele não suscita a prescrição, e considerando que a prescrição não é uma matéria cujo conhecimento revela-se necessário para a 'manutenção da ordem pública', não há razão para que o Estado-jurisdição saia de sua inércia e tutele a parte omissa em detrimento do demandante que ostenta um direito subjetivo insatisfeito (ainda que inexigível).

Quando se afirma que a prescrição é indisponível, p.ex., quer-se dizer que o juiz pode tanto conhecer de ofício do *fato* de que transcorreu o prazo legal para exercício da pretensão material, quanto conhecer de ofício da consequência produzida pelo decurso desse prazo. Então mesmo que o réu deixe de alegar que o direito do autor é inexigível, *deverá* o Estado-jurisdição julgar improcedente a pretensão processual condenatória pela prescrição se constatar que o direito foi constituído, mas não foi exigido pelo titular no prazo definido em lei.

Mas é preciso fazer dois temperamentos. (1) Os elementos necessários ao reconhecimento da prescrição precisam estar nos autos para que sejam conhecidos pelo Estado-juiz. A cognoscibilidade de ofício de uma questão não autoriza a utilização do juiz de seu conhecimento privado nem o proferimento de decisões fundadas em elementos estranhos aos autos processuais. (2) Embora seja *dever* do Estado-juiz conhecer de uma questão de ordem pública provada nos autos, *mesmo sem alegação das partes*, esse dever não pode desnaturar a disponibilidade fática e extrapolar o exercício da função jurisdicional nos limites estabelecidos por essas partes. Por isso, se o autor propõe a demanda em março de 2013, alega que o contrato foi celebrado verbalmente em abril de 2012, e o réu admite que o contrato foi celebrado nessa data, trata-se de fato incontroverso, a respeito do qual independe qualquer prova, e que, por isso, define a premissa fática da decisão judicial. Ainda que uma testemunha arrolada para provar *outro fato* afirme que o contrato foi celebrado em setembro de 2007, salvo se constatar fraude ou conluio entre autor e réu, não poderá o Estado-juiz passar por cima da incontrovérsia e, supondo ser onisciente, reconhecer a prescrição. O mesmo ocorre com a nulidade. Se é incontroverso que o preço do contrato de compra e venda foi definido por um terceiro, não pode o Estado-juiz inovar faticamente e decidir que o contrato é nulo porque, em sua opinião, pactuou-se que o preço seria estabelecido arbitrariamente por um dos contratantes. A indisponibilidade de tais matérias permite ao Estado-juiz atribuir as consequências legais aos fatos estabelecidos processualmente, independentemente de alegação, mas não permite ao julgador alterar os consensos fáticos estabelecidos.[925]

[925] Essa conclusão é excepcionada quando o Estado-juiz constatar que as partes estão agindo em conluio, nos termos do art. 142 do NCPC. Nesse caso, e apenas nesse caso, *deverá* superar a incontrovérsia e impedir os objetivos fraudulentos das partes.

Em sentido diametralmente oposto, são disponíveis as chamadas ‘exceções substanciais’ que o demandado pode deduzir para impedir o acolhimento da pretensão do demandante. São exceções substanciais, dentre outros, a exceção de contrato não cumprido, a compensação e a retenção do imóvel até que haja a indenização por benfeitorias. Nesses casos, tanto os fatos que configuram a exceção *quanto a consequência obstativa* desses fatos ao acolhimento da pretensão inicial dependem de alegação do demandado. Por mais provado que esteja o prévio inadimplemento das obrigações contratuais do demandante, a demanda deverá ser julgada procedente se o *demandado* não suscitar a sua exceção de contrato não cumprido. Por mais provado que esteja a existência de crédito do demandado em favor do demandante de mesma natureza do exigido pela demanda, não poderá o Estado-juiz reconhecer a compensação se não for provocado pelo *demandado* nesse sentido.[926]

Entre esses dois extremos há situações que a doutrina normalmente considera cognoscíveis de ofício, embora não haja previsão legal nesse sentido.[927] São as chamadas objeções substanciais.[928] De acordo com Cappelletti, “quem afirma ser titular de um direito afirma também, ao menos implicitamente, que esse direito nasceu efetivamente e que ainda não foi extinto”.[929] Considerando que “o juiz, ainda quando o demandado permaneça inativo, não pode acolher demandas infundadas”, seria dever do seu ofício declarar a existência de “circunstâncias impeditivas ou extintivas” à procedência do pedido.[930] Por isso, seriam cognoscíveis de ofício a confusão, o pagamento, a novação, a remissão, a perda da coisa devida etc.[931] Comoglio cita decisão da Corte de Cassação italiana que resume a situação da seguinte forma: “no nosso ordenamento vige o princípio do normal conhecimento de ofício das exceções, derivando a necessidade da alegação da parte somente por uma específica

---

[926] Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 334.

[927] Nesse sentido, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. p. 118.

[928] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 633-635;

[929] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 335.

[930] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 336.

[931] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 335.

previsão normativa".[932] Essa mesma assertiva valeria para traduzir a doutrina brasileira amplamente majoritária.

A tese de que as objeções processuais são sempre cognoscíveis de ofício acaba por criar uma incongruência doutrinária acachapante. Cite-se como exemplo o próprio Cappelletti. O professor italiano afirmava, como já foi mencionado, que "*somente no ordenamento de base comunista* (...) pode [o juiz] (...) basear o seu pronunciamento em fatos jurídicos que as partes não quiseram alegar".[933] Contudo, algumas páginas adiante da mesma obra, defendeu que no sistema italiano o juiz pode conhecer de ofício de todos os fatos secundários, das causas de pedir que configurem matéria de ordem pública e de todas as matérias de defesa do réu que não sejam exceções substanciais em sentido estrito.[934] Ora, a disponibilidade fática é tão restrita que pouca diferença há entre o criticado "ordenamento de base comunista" e o sistema italiano retratado pelo autor. Em ambos o juiz pode "basear o seu pronunciamento em fatos jurídicos que as partes não quiseram alegar".

Ao menos sete razões desautorizam a iniciativa judicial fática para o julgamento de improcedência da demanda, em relação a questões que não são de ordem pública.

Em primeiro lugar, admitida a cognição de ofício das objeções substanciais, a ideia de disponibilidade fática é consideravelmente esvaziada. "O poder de fixar os elementos do litígio" que as partes teriam na verdade seria restrito à determinação dos elementos da demanda pelo autor, com algumas poucas exceções substanciais que dependeriam da iniciativa do réu. Há uma inversão da ordem correta das coisas, pela qual os fatos são disponíveis, *salvo* quando o ordenamento jurídico considerá-los indisponíveis.[935] Admitir que toda objeção seja cognoscível de ofício faz com que todos os fatos sejam indisponíveis, *salvo* a causa de pedir e as exceções substanciais, outorgando-se poderes

---

[932] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, v. I. p. 271.

[933] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 324.

[934] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 328-338.

[935] Precisa, portanto, ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 176-177: "A regra geral, como se afirmou há pouco, é de que o juiz não possa conhecer de fatos que não tenham sido alegados pelas partes. (...) Em princípio, fatos que restem provados nos autos, salvo os fatos simples antes referidos, não podem ser conhecidos pelo juiz, para fundamentar a decisão, se não forem eleitos pelas partes como causa de pedir ou como razão de defesa".

ilimitados ao Estado-juiz. Como bem resume Carnelutti, "se *iudex iudicare debet iuxta alligata*, uma barreira impede a sua iniciativa; mas se a barreira não existe, onde é estabelecido um limite ao seu poder, ou melhor, ao seu dever?"[936]

Em segundo lugar, ou a matéria é de ordem pública e pode ser conhecida de ofício ou a matéria é disponível e depende de iniciativa das partes. No caso das objeções substanciais adota-se um meio-termo em que a alegação é facultativa, o ônus da prova é do demandado que a alega (art. 373, II do NCPC), mas o Estado-juiz pode passar por cima de tudo isso e reconhecer a objeção que, embora não alegada pelo *principal* interessado, esteja, em sua opinião, provada. Quer dizer, o réu tem o ônus de provar o pagamento, mas não tem o ônus de alegá-lo. Trata-se de um regime híbrido que trata questões disponíveis como se de ordem pública fossem. Invocando mais uma vez as lições de Carnelutti, "o ônus da prova implica o ônus da afirmação".[937]

Em terceiro lugar, se o autor afirma que não houve pagamento (causa de pedir passiva), se o réu, por ação ou omissão, admite que não houve pagamento, qual é a legitimidade do Estado-juiz para afirmar que a dívida está paga? Não é crível que o Estado-juiz, analisando friamente as provas que lhe foram apresentadas, tenha condições de conhecer os fatos melhor do que as partes que os vivenciaram, produziram e praticaram. Não é crível que o Estado-juiz saiba dizer se o réu pagou a sua obrigação com mais exatidão do que o próprio réu. A chance de o Estado-juiz interpretar erroneamente a prova e concluir, também erroneamente, que houve pagamento é incontavelmente superior à chance de que o réu tenha "esquecido" de alegar que não pagou. Conclusão diversa só seria possível se se partisse do pressuposto de que as pessoas são incapazes de regrar a própria vida e a própria vontade, necessitando, a todo instante, da tutela estatal.

Em quarto lugar, seguindo com o raciocínio anterior, mesmo se o réu houver "esquecido" do pagamento, esse é um ônus que era dele; e o seu descumprimento deve acarretar as consequências negativas que lhe são inerentes. Trazendo o brocardo civilista de "quem paga mal paga duas vezes" ao processo, "quem paga e não alega que pagou, paga duas vezes". Apenas o intolerável paternalismo próprio dos regimes socialistas poderia

---

[936] CARNELUTTI, Francesco. *Un lapsus evidente?* p. 448.

[937] CARNELUTTI, Francesco. Eccezione e analisi dell'esperienza. p. 648.

justificar que o Estado supra as *eventuais* omissões do réu para tutelá-lo plenamente, mesmo quando *ele* não faz as alegações que *supostamente* poderia ter feito.

Em quinto lugar, não se discute que é dever do Estado-jurisdição proferir decisões juridicamente corretas; inclusive rejeitando a eficácia vinculante do reconhecimento do pedido pelo réu, aceita em uníssono pela doutrina, quando em patente desconformidade com o Direito (v. Capítulo Quinto, n. 57.9) – esse sim indisponível (v. Capítulo Sétimo). De igual modo, a revelia do demandando não implica a procedência do pedido porque dos fatos narrados pelo demandante pode não decorrer a consequência jurídica pretendida – e é dever do Estado-juiz fazer esse controle. Contudo, salvo quando se estiver tratando de questões de ordem pública que justificam um ativismo pontual, a juridicidade de uma decisão deve ser pautada pelo material fático proporcionado pelas partes. Não é – e não pode ser – dever do Estado-juiz questionar as alegações fáticas do demandante que nem sequer foram impugnadas pela parte interessada; e também não pode ser dever do Estado-juiz, sob pena de grave comprometimento da imparcialidade, ir atrás de fatos primários para rejeitar a demanda do autor. Mais uma vez em consonância com as lições de Carnelutti, "o juiz não pode julgar *iuxta probata*, se o *quid probatum* não é, antes, *alligatum*".[938]

Em sexto lugar, não adianta tentar legitimar o ativismo judicial com a mera oportunização do contraditório prévio. O contraditório não é uma panaceia para abusos e violações à liberdade individual. Se assim fosse, então todo processo poderia ser instaurado de ofício para a plena realização (forçada) do indivíduo e de seus direitos – bastaria apenas ouvir as partes antes de proferir a sentença. O problema do ativismo judicial é que, além de desrespeitar a autonomia privada e a segurança jurídica, implica um inaceitável comprometimento da imparcialidade. Ainda que submetido ao contraditório, a iniciativa quanto ao fato não alegado provoca a inversão do ônus persuasivo de sua (in)ocorrência. Se o demandado tinha o ônus de alegar, provar e convencer o juiz de que pagou, p.ex., esse ônus é indevidamente revertido ao demandante, que passa a ter que convencer o juiz de que o fato – jamais alegado por quem supostamente pagou – não ocorreu.

Em sétimo lugar, e mais importante, incluir todas as objeções substanciais na matéria cognoscível de ofício do Estado-juiz faz com que o Estado tenha o *dever* de se

---

[938] CARNELUTTI, Francesco. *Eccezione e analisi dell'esperienza*. p. 650.

esforçar para *rejeitar* a demanda, sem que haja a contrapartida de um esforço para acolher essa mesma demanda. O Estado-juiz pode agir ativamente para verificar se a dívida não foi extinta mesmo sem alegação do réu, mas não pode agir ativamente para verificar se o autor tem um crédito além das *causas* por ele apresentadas. O processo civil acentua-se como "processo do réu", pelo qual o demandante que tem razão, para ver satisfeito o seu *direito*, precisa: (i) superar todas as barreiras impostas pela lei e pela jurisprudência à análise do mérito (pressupostos processuais); (ii) superar a defesa do demandado e as costumeiras distorções fáticas e jurídicas feitas por quem não tem razão; (iii) desincumbir-se do seu ônus de comprovar o fato constitutivo do seu direito quando controvertido; (iv) vencer a insegurança jurídica; (v) compreender e aceitar a inefetividade e a morosidade jurisdicionais; (vi) e, além de tudo isso, ainda se depara com um Estado-juiz que assume o papel de defensor do demandado e passa a perquirir ativamente se tudo o que o demandante alegou é verdadeiro e se não há nenhum fato "esquecido" pelo réu que possa beneficiá-lo. Essa violação da isonomia é incompatível com o devido processo legal.[939]

Por essas razões, em resumo, a diferença entre a objeção substancial e a exceção substancial é que a objeção pode ser conhecida pelo Estado-juiz independentemente de quem a alegou. Se o fato extintivo foi alegado pelo próprio autor, então deve ser levado em consideração na decisão judicial. Suponha que o autor peça a condenação do réu, mas deixe claro na sua exposição fática que a obrigação já foi cumprida: *deve* o Estado-juiz julgar o pedido improcedente em razão do pagamento. Contudo, não é possível admitir que a objeção seja conhecida sem que nenhuma das partes a tenha alegado, ainda que haja alguma prova nos autos que pudesse justificar o seu reconhecimento pelo Estado-juiz. Resumindo, não importa *quem* alega a objeção,[940] mas ela *precisa ser alegada* por uma das partes.

---

[939] Exatamente nesse sentido, concluiu CARNELUTTI, Francesco. *Un lapsus evidente?* p. 449: "*L'attore deve provare il fatto costitutivo perché è lui e non il convenuto interessato ad affermare e a dimostrare l'esistenza; il principio sarebbe violato, se essendo il convenuto colui che, a sua volta, ha interesse a che il giudice sia informato del fatto impeditivo o estintivo, non incombesse su di lui l'onere della prova. Ora la medesima uguaglianza, la quale determina la distribuzione dell'onere della prova, vale per ripartire l'onere dell'affermazione: se non fosse così, il convenuto godrebbe di un privilegio, dal quale il principio del contraddittorio sarebbe turbato*".

[940] RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil*. p. 266; JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 240; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II. p. 151.

63. A disponibilidade dos fatos secundários

Diverso é o regime dos fatos secundários. São também disponíveis e os consensos devem vincular o Estado-juiz, mas a liberdade de conhecimento judicial é muito maior, pois independem de alegação, bastando que estejam provados nos autos.

Como já foi exposto, os fatos secundários não implicam nem a procedência nem a improcedência da pretensão do demandante por si sós. Eles são importantes ao confirmar ou infirmar os fatos primários. Os fatos secundários podem ser determinantes ao julgamento do mérito, mas apenas porque são determinantes para definir a veracidade da alegação fática primária de uma das partes.

O conhecimento de ofício de um fato secundário não viola a liberdade das partes ou a inércia jurisdicional porque a parte já fez a alegação fática que pretendia fazer: já deduziu a sua causa de pedir, já negou a causa de pedir, já alegou fatos extintivos, modificativos ou impeditivos. A disponibilidade fática foi devidamente exercida. A parte deixou claro o que pretende ver reconhecido pelo Estado-jurisdição.

O raciocínio é muito similar ao que se desenvolveu para compatibilizar o princípio dispositivo com o impulso oficial e para compatibilizar o princípio dispositivo com a adoção de medidas coercitivas para cumprimento da decisão judicial (Capítulo Primeiro, n. 14). As partes disseram o que querem, o que pretendem e quais são os fatos que justificam as consequências jurídicas invocadas: cumpre agora ao Estado-jurisdição confirmar se o fato alegado produz as consequências jurídicas pretendidas e realizar a vontade daquele que tem razão.

Quando o réu nega que tenha se envolvido em um acidente automobilístico com o autor, a sua posição no processo está perfeitamente estabelecida. Todo e qualquer fato secundário que ampare essa alegação não implica, lembrando mais uma vez a assertiva de Cappelletti, um julgamento fundado em "fatos jurídicos que as partes não quiseram alegar",[941] até mesmo porque esses fatos não são *jurídicos*. A parte quis rejeitar o fato de que se envolveu em um acidente automobilístico. Se o Estado-juiz se convence da alegação porque o réu estava em outra cidade no dia do acidente ou porque há provas de que o seu veículo, poucos instantes depois, não tinha nenhuma marca de colisão, o objetivo principal foi igualmente atingido.

---

[941] CAPPELLETTI, Mauro. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, v. 1. p. 324.

Por isso, é perfeitamente aceitável que o Estado-juiz analise a integralidade do material fático e probatório constante dos autos para convencer-se acerca da veracidade das *alegações* de fatos primários. É o que dispunha o art. 131 do CPC/73: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (...)".[942]

Note-se que a ressalva feita pela lei revogada – "fatos e circunstâncias *constantes dos autos*" – é importantíssima. O conhecimento de fatos secundários depende da prévia existência de *prova nos autos*. A cognoscibilidade de ofício não autoriza a utilização do saber privado do magistrado nem a busca ativista por fatos que não estão no processo, sob pena de configurar uma nítida violação à imparcialidade judicial. O fato secundário pode surgir do depoimento de uma testemunha quando estiver respondendo às indagações do juízo, mas não ela não pode ser arrolada de ofício para que prove um fato secundário que não foi alegado nem provado por ninguém. [943]

64. A disponibilidade fática e a verdade processual: os consensos fáticos estabelecidos pelas partes

Uma vez introduzidos os fatos no processo pelas partes, então o regime de disponibilidade fática acompanhará a disponibilidade material dos interesses em discussão.

Nos poucos casos em que a causa versar sobre direitos indisponíveis, todos os fatos primários do processo deverão ser necessariamente provados, sendo irrelevante a controvérsia ou a incontrovérsia sobre eles; há, aqui, uma restrição à eficácia do princípio dispositivo. É irrelevante ao processo, p.ex., se o réu confessou a causa de interdição apontada pelo autor; ela deverá ser provada por perícia da mesma forma (arts. 341, I e 392 do NCPC).

Na grande maioria dos casos, que versam sobre direitos disponíveis, os fatos mantêm-se disponíveis durante todo o trâmite processual e apenas quando houver controvérsia é que será produzida prova para demonstrar a veracidade ou falsidade da

---

[942] No mesmo sentido, defendendo que os fatos "não alegados" referidos pelo art. 131 do CPC/73 eram os "fatos simples", ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 174-177.

[943] É a ressalva que faz o art. 5º, §2, *a* do CPC de Portugal: (...) 2 - Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz: a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa". Nesse sentido, MACHADO, António Montalvão. *O Dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do Novo Código de Processo Civil*. p. 343-344.

alegação fática. Dispõe o art. 374, II e III do NCPC: "Não dependem de prova os fatos: (...) II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos".

A doutrina é uníssona nesse sentido. Carnelutti, em passagem que merece ser reproduzida, ensinava: "Ainda de prova não se fala em relação *àqueles fatos sobre os quais há afirmações concordes das partes*; e é correto que não se fale porque também aqui falta toda a função de controle do juiz: assim responde à exatidão das palavras e dos conceitos que venham excluídos do conjunto dos *fatos a provar* os fatos admitidos e a admissão do conjunto dos meios de prova. O uso da palavra *prova* se limita aos procedimentos instituídos pelo juiz para o controle dos fatos *controversos (afirmados e não admitidos)*: aqui o conceito se acomoda perfeitamente ao vocábulo, segundo o seu significado essencial".[944]

No mesmo sentido, entre nós, ensina Dinamarco: "A necessidade de provar é gerada pela *controvérsia* sobre fatos (...). Se a afirmação de determinado fato não é contrastada por uma afirmação oposta, colidente com ela, não há controvérsia e em princípio o reconhecimento do fato não depende de prova alguma".[945] Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira resumem com precisão: "O fato probando precisa ser *controvertido*, relevante e determinado".[946]

Inexistindo controvérsia, a alegação fática é um *ponto* de mérito a ser adotado como premissa da decisão judicial; se a alegação fática for controversa, então se transforma em *questão*, a qual deverá ser necessariamente provada e em seguida dirimida pelo Estado-

---

[944] CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. p. 54. No original: "*Ancora di* prova *non si parla rispetto a* quei fatti sui quali si ha concorde affermazione delle parti; *ed è giusto che non se ne parli perché anche qui manca ogni funzione di controllo del giudice: così risponde alla esattezza delle parole e dei concetti che vengano esclusi dal novero dei* fatti da provare *i fatti* ammessi *e la* ammissione *dal novero dei* mezzi *di* prova. *L'uso della parola* prova *si limita ai procedimenti instituiti dal giudice per il controllo dei fatti* controversi (affermati e non ammessi): *qui il concetto si adagia perfettamente nel vocabolo, secondo il suo significato essenziale*".

[945] DINARMACO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 59.

[946] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 52-53. Destaque nosso. V. também ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 833; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 241-243.

juiz.[947] Como dizia Carnelutti, "as *razões* (da pretensão ou da contestação) tornam-se *questões* (do processo) e estas se resolvem em *razões* (da decisão)".[948]

Portanto, versando a causa sobre direitos disponíveis, os consensos estabelecidos pelas partes configuram *verdades processuais* ao Estado-juiz, o qual *deve* admiti-las como *premissas fáticas* da decisão judicial. É exatamente isso o que acontece quando o réu confessa um fato constitutivo do direito do autor ou o autor confessa o fato extintivo, impeditivo ou modificativo alegado pelo réu (art. 374, II do NCPC). Também é o que acontece quando a parte deixa de impugnar uma alegação de fato primário da outra parte, fazendo presumir a sua veracidade pela ausência de dissenso (art. 341 do NCPC).

65. Confissão

De acordo com o art. 389 do NCPC, "Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário". Trata-se, a toda evidência, da mais significativa hipótese de disponibilidade de fatos introduzidos no processo e de estabelecimento da verdade processual pelas partes.

A confissão é um instituto processual que tem o específico efeito de eliminar a controvérsia em relação a um fato. A confissão impede que um *ponto* transforme-se em *questão* a ser dirimida pelo Estado-juiz e, como consequência, torna o fato verdadeiro para o processo. Dispõe o art. 374 do NCPC: "Não dependem de prova os fatos: (...) II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária".

A confissão recai, como regra generalíssima, apenas sobre fatos. Contudo, deve-se admitir a confissão sobre a existência, teor e vigência de normas jurídicas que não estejam incluídas no *iura novit curia*: as normas de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário referidas no art. 376 do NCPC.

Tal qual ocorre com o reconhecimento da procedência do pedido, a confissão só possui eficácia em processos que versem sobre interesses disponíveis, nos termos do art. 392 do NCPC: "Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos

---

[947] DINARMACO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 59: "A controvérsia gera a *questão*, definida como *dúvida* sobre um ponto, ou como *ponto controvertido*. Se não há controvérsia, o ponto (fundamento da demanda ou da defesa) permanece sempre como ponto, sem se erigir em questão. E mero ponto, na técnica do processo civil, em princípio independe de prova".

[948] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. p. 353.

indisponíveis". A confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis não é capaz de transformar a *questão* fática em *ponto*; a alegação fática continuará dependendo de prova para ser admitida pelo Estado-juiz em sua decisão judicial.

Também a exemplo do reconhecimento da procedência do pedido, da renúncia à pretensão, da renúncia ao recurso e da desistência do recurso, a confissão não tem eficácia se houver litisconsórcio unitário no processo. Ainda que um dos litisconsortes confesse um fato alegado pela outra parte, o Estado-juiz não poderá admiti-lo como verdadeiro se outro litisconsorte o tiver impugnado. Nesse caso, o fato será uma questão a ser provada pela parte sobre a qual incide o ônus.

Porque diz respeito apenas a fatos, a confissão não implica nem a procedência nem a improcedência do pedido. Se dos fatos não decorrer a consequência jurídica pretendida pela outra parte, a confissão não terá nenhuma relevância ao resultado do processo. Destarte, se o réu confessa ter celebrado contrato de mútuo com o autor, mas afirma e prova que o mútuo está pago, a demanda será julgada improcedente.

Por muito tempo a confissão foi concebida como um negócio jurídico,[949] uma declaração de vontade do confitente. Não por acaso, a confissão é tradicionalmente tratada, indevidamente, pelos Códigos Civis (Brasil, arts. 212 a 214 do CC; Portugal, arts. 352º e ss. do Código Civil; França, arts. 1.383 do *Code Civil*; Itália, arts. 2.730 a 2.735 do *Codice Civile* etc.).

A doutrina moderna percebeu, porém, que na confissão não existe o objetivo de exercer uma vontade para "criar ou extinguir vínculos para ela própria ou para outrem".[950] A confissão é, na realidade, uma *declaração de conhecimento* pela qual a parte externa o que sabe a respeito de um fato.[951]

Apesar da evolução doutrinária, a confusão entre confissão e negócio jurídico ainda repercute consideravelmente no estudo do instituto, muitas vezes involuntariamente.

---

[949] Para um apanhado geral e sucinto das diversas concepções de confissão, v. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 817-818.

[950] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 623.

[951] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, tv III. p. 623; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV. p. 114; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 161.

Um dos resquícios da fase negocial da confissão é a exigência de que o confitente tenha um *animus confitendi*,[952] i.e., uma "vontade de dizer a verdade".[953]

A vontade é importante para a confissão como o é para todo ato jurídico em sentido estrito. Não é válida, p.ex., uma confissão feita por coação ou por erro (art. 393 do NCPC; art. 2.732 do *Codice Civile* italiano). Mas pouco importa se o confitente tinha, ou não, a *intenção de confessar* um fato. O que interessa é que haja uma *livre* declaração convergente da ocorrência ou da inocorrência do fato alegado pela outra parte. Justamente por isso, a confissão pode ser espontânea ou provocada (art. 390 do NCPC) – e o depoimento pessoal existe justamente para que uma das partes possa extrair confissões provocadas da outra parte (art. 385 e ss. do NCPC).[954] Ademais, não se invalida a confissão por dolo, pois o "motivo é irrelevante para a confissão, o que importa é o fato confessado".[955] Como acertadamente ponderam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, "A perquirição do *animus confitendi* – entendido, porém, não como a vontade específica em produzir confissão, mas sim como a vontade *livre e imaculada* manifestada pela parte –, portanto, somente interessa como elemento excludente e excepcional, capaz de, em certas circunstâncias, negar eficácia à confissão".[956]

Outro resquício da fase negocial da confissão é a sua qualificação como *meio de prova*. De acordo com o art. 391 do NCPC, correspondente ao art. 350 do CPC/73, "A confissão judicial *faz prova* contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes". É idêntica a disciplina do art. 212 do Código Civil, o qual, intrometendo-se em matéria processual, dispõe que "o fato jurídico pode ser *provado mediante*: I – confissão". Em Portugal, o CPC fala em "*prova por confissão*" (art. 376º, §2).

---

[952] V. REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, v. II. p. 62; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV. p. 115; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 161.

[953] SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV. p. 115.

[954] *Cf.* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 342

[955] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 173.

[956] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 346.

A expressão "prova por confissão" é uma contradição em si própria. Se há confissão, não há controvérsia; se não há controvérsia, não há que se falar em prova. O efeito jurídico-processual da confissão, especialmente a judicial, não é *provar* um fato controverso, mas, antes disso, eliminar toda e qualquer controvérsia que poderia existir sobre ele. Estando as partes concordes que um fato ocorreu ou que não ocorreu, e versando a causa sobre direitos disponíveis, o *ponto fático* é uma premissa necessária da decisão. Lembre-se novamente as lições de Carnelutti: "O uso da palavra *prova* se limita aos procedimentos instituídos pelo juiz para o controle dos fatos *controversos (afirmados e não admitidos)*: aqui o conceito se acomoda perfeitamente ao vocábulo, segundo o seu significado essencial".[957]

Em relação à confissão extrajudicial, o raciocínio não diverge. A confissão extrajudicial continua sendo o ato de *declaração* de conhecimento da parte com efeito de tornar incontroverso um fato processualmente relevante. Se conflitar com alegações feitas no curso do processo pelo confitente, a confissão retira a eficácia dessas alegações divergentes e contraditórias. Por isso, *não se exige* prova de fato confessado extrajudicialmente, ainda que em sentido oposto ao da alegação processual.

65.1. Confissão e admissão

Tratando-se de uma "declaração de ciência", "não há confissão senão quando a parte *declara alguma coisa como verdadeira*".[958] A confissão é, portanto, um ato jurídico comissivo de uma das partes que expressamente torna incontroverso um fato processualmente relevante. Quando a parte deixa de controverter sobre um fato por omissão, não se trata de confissão, mas de *admissão*.[959]

Essa distinção entre confissão e admissão é amplamente aceita pela doutrina[960] e está prevista no art. 374, II e III do NCPC (art. 334, II e III do CPC/73). Sua

---

[957] CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. p. 54.

[958] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civ*ile. p. 755.

[959] Ensinava CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. p. 755: "quando a parte não contesta a verdade de uma afirmação adversária sem dizer ou sem fazer entender que conhece o fato, há simplesmente admissão".

[960] V. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV. p. 116-117; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p.

principal consequência é que a confissão, embora irrevogável, pode ser invalidada por vício de vontade (art. 393 do NCPC), mas a admissão, também irrevogável, por ser um ato-fato, não pode ser invalidada.[961]

65.2. *Confissão e os fatos que não são contrários ao próprio interesse*

Um terceiro resquício da fase 'negocial' da confissão é a sua conceituação como reconhecimento de um fato *contrário ao próprio interesse*, o qual remete à noção antiga de que ela seria uma *contra se pronuntiatio*.[962] A confissão pressuporia, portanto, um "prejuízo processual".[963]

Nesse sentido, a parte final do art. 389 do NCPC, retomando o que já constava do art. 348 do CPC/73, vincula a confissão ao reconhecimento de um "fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário". Trata-se de disciplina idêntica à de Portugal (art. 352 do Código Civil)[964] e à da Itália (art. 2.730 do *Codice Civile*)[965]. Na França, da entrada em vigor do Código Civil em fevereiro de 1804 até 2016, a confissão (*aveu judiciaire*) era definida simplesmente como "a declaração que a parte faz judicialmente".[966] Desde fevereiro de 2016, com as alterações promovidas no *Code Civil* pela *Ordonnance* nº. 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016, passou a ser concebida como "a declaração pela qual uma pessoa

---

164-165; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 348-349.

961 *Cf.* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 165; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 349.

962 Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV. p. 115.

963 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 343.

964 "Confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária".

965 *"La confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. La confessione è giudiziale o stragiudiziale".*

966 Code Civil francês: *"Article 1356. L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial"*.

reconhece como verdadeiro um fato suscetível a produzir contra si consequências jurídicas", podendo ser judicial ou extrajudicial.[967]

Essa exigência de que a confissão implique um prejuízo processual gera ao menos três problemas.

O primeiro problema é que há muitos fatos processualmente relevantes que não são necessariamente favoráveis a uma parte e desfavoráveis à outra parte. Se o demandante pede o cumprimento de obrigação contratual e o demandado defende-se mediante exceção de contrato não cumprido, está confessando que o contrato existe e que ele assumiu a obrigação cujo cumprimento se pretende; i.e., está reconhecendo a veracidade das alegações do demandante. Mas a existência de um contrato não é um fato necessariamente desfavorável ao confitente, pois ele pode ter interesse que as obrigações nele estipuladas sejam integralmente adimplidas pelo demandante e que os efeitos produzidos pelo contrato sejam preservados.

O segundo problema é que as partes podem consentir que um determinado fato ocorreu, mas divergir sobre as consequências jurídicas por ele produzidas. Nesse caso, a confissão do fato é apenas *potencialmente* prejudicial. Basta pensar no exemplo em que os sócios pedem a exclusão societária de outro sócio porque ele mora em cidade diversa de onde está localizada a sede da sociedade. O sócio excluendo pode confessar que realmente mora em outra cidade, mas negar que esse fato configure uma falta grave passível de exclusão judicial.

O terceiro problema é que as partes podem estabelecer consensos em relação a fatos secundários que não são, a princípio, contrários ou benéficos a nenhuma das partes, mas que, no contexto fático-probatório, podem ser levados em consideração na decisão judicial.

Se a confissão realmente pressupõe um "prejuízo processual" ao confitente, e se a admissão só se configura em caso de omissão, então inexiste categoria jurídica para enquadrar a declaração expressa e convergente de fatos relevantes ao processo, mas que não são necessariamente "contrários ao interesse" do confitente.

---

[967] Code Civil francês: *"Article 1383. L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il peut être judiciaire ou extrajudiciaire"*.

Como mencionado, a exigência de que a confissão gere um "prejuízo processual" ao confitente é resquício indevido da fase negocial do instituto e não tem mais como ser aceita. O que basta para configurar a confissão é que haja uma declaração de conhecimento *convergente* à alegação feita pela outra parte sobre um fato relevante ao processo.

65.3. Os efeitos da confissão: críticas à concepção de que a confissão de fatos disponíveis não é vinculante ao Estado-juiz

É muitíssimo difundida no Brasil a concepção de que a confissão não é vinculante ao Estado-juiz. Em razão do princípio do livre convencimento racional e motivado, seria atribuição do julgador confrontar a confissão com os demais elementos probatórios e averiguar se ela deve, ou não, ser levada em consideração.[968] Por isso, ainda que ambas as partes expressamente declarem que um fato ocorreu, competiria ao Estado-juiz verificar se tal conclusão não conflita com as provas existentes nos autos.[969]

Essa exata linha de pensamento foi acolhida pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola. Constou de sua Exposição de Motivos que "não resulta razoável impor legalmente, em todo caso, um valor probatório pleno a tal reconhecimento ou confissão. Como nas últimas décadas vem afirmando a jurisprudência e justificando a melhor doutrina, há de se estabelecer a valoração livre, levando em consideração as outras provas produzidas".

Trata-se, sem nenhuma dúvida, de concepção que se alinha a uma doutrina publicista-autoritária que, além de erroneamente atribuir ao processo a função de descobrir a 'verdade material' dos fatos, supõe que as partes precisam ser plenamente tuteladas pelo Estado-jurisdição. As partes seriam incapazes, portanto, de emitir declarações de conhecimento vinculantes sobre fatos, pois o que *ambas* estão afirmando pode não ser, na visão do onisciente Estado-juiz, a "verdade".

Não surpreende que fosse exatamente esse o regime do autoritaríssimo processo civil socialista polonês instituído a partir da década de 50. A eficácia da confissão

---

[968] Por todos, CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. p. 386-389.

[969] Dentre as poucas vozes em contrário, GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2. p. 204.

era relativa e estava sempre submetida ao controle judicial. Como explica Witold Broniewicz, "o modo pelo qual é regulada a confissão, que acabo de expor, é uma manifestação particular dos dois princípios fundamentais do processo civil polonês, muitas vezes por mim lembrados, precisamente o princípio da verdade objetiva e aquele da proteção da propriedade social".[970]

Em sentido oposto, na Itália, a confissão é considerada "prova plena" do fato contra o confitente,[971] desde que não se refira a fatos relativos a direitos indisponíveis.[972] Em Portugal, a confissão judicial "tem força probatória plena contra ao confitente" (art. 358º, 1 do Código Civil); e a extrajudicial também "tem força probatória plena" se, "em documento autêntico ou particular", "for feita à parte contrária ou a quem a represente" (art. 358º, 2 do Código Civil). Em Luxemburgo, a confissão "faz prova plena contra aquele que a fez ("*Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait*" – art. 1.356 do *Code Civil*).

Tratando-se de interesses disponíveis, nada justifica desconsiderar as alegações coincidentes de *ambas as partes* para que o Estado-juiz defina aquilo que *ele* considera ser a realidade. Primeiro porque os fatos são disponíveis, e todo o tratamento legislativo corrobora essa constatação; segundo porque a valoração das provas pelo Estado-juiz pode estar equivocada; terceiro porque a verdade processual é a verdade estabelecida *processualmente* pelos consensos e, *em caso de dissensos*, pelas provas produzidas em contraditório.[973]

---

[970] BRONIEWICZ, Witold. *I poteri del giudice in rapporto ai poteri delle parti nel processo civile polacco*. p. 375-376.

[971] Isso quer dizer, na síntese de REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, v. II. p. 61: "*Il giudice dovrà porre cioè questo fatto a base della decisione, anche se in cuor suo non ne sia convinto e non può ammettere nemmeno la prova contraria, a meno che si tratti di diritti indisponibili e che il processo assuma carattere inquisitorio*".

[972] *Codice Civile*: "*Art. 2733. Confessione Giudiziale. È giudiziale la confessione resa in giudizio. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili. In caso di litisconsorzio necessario, la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzata dal giudice*". Também afasta a eficácia vinculante da confissão se feita por testamento se dirigida a um terceiro, *cf.* MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civil*, v. I. p. 460-461.

[973] Com a habitual precisão, ressalta MOTULSKY, Henri. *Direito Privado*. p. 114: "a verdade judicial não é nem absoluta nem objetiva", "consiste apenas no entendimento do juiz, formado segundo as regras legais".

Ademais, a rejeição da eficácia vinculante da confissão gera uma situação absurda e gravemente injusta: a parte beneficiada pela confissão fica dispensada de produzir prova para demonstrar a sua alegação fática, mas o juiz pode simplesmente considerar que o fato (do qual a parte estava *dispensada* por lei de provar), não está provado. Isso faz com que o sujeito que se valeu da posição que o ordenamento lhe atribuiu, pode ter a sua confiança legítima frustrada pela *opinião* do juiz-pessoa.

Em síntese, admitir que a confissão possa ser desconsiderada pelo Estado-juiz implica negar que, salvo os poucos casos que versam sobre direitos indisponíveis, apenas fatos controversos devem ser provados no processo. Explica Jauernig ao tratar do processo alemão: "Os factos confessados não precisam de qualquer prova, § 288 I. Por isso, não podem tornar-se objeto de instrução, antes têm de ser considerados assentes pelo tribunal para fundamentarem a sentença. A confissão dos factos, portanto, é vinculativa para o tribunal".[974]

A única exceção que deve ser feita à eficácia vinculante da confissão, além, é claro, das causas que versarem sobre direitos indisponíveis, ocorre quando estiver relacionada a fato absurdo, materialmente impossível ou conflitante com fatos notórios. Nessas excepcionais hipóteses, desde que fomentado o contraditório prévio e oportunizada a produção de provas complementares, poderá o Estado-juiz desconsiderar o consenso estabelecido e julgar de acordo com a racionalidade que se espera da prestação jurisdicional.[975]

66. A admissão dos fatos: o efeito vinculante da incontrovérsia

Há admissão de um fato quando a parte deixa de impugnar especificamente a alegação fática da outra parte. Trata-se da consequência jurídica do descumprimento de um ônus processual, consolidando a alegação fática como um *ponto* e impedindo que ele se transforme em *questão* a ser dirimida pelo Estado-juiz. O regime jurídico da admissão é muito parecido ao da confissão: não produz efeitos quando a causa versar sobre direitos

---

[974] JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 243.

[975] É o que corretamente defende JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. p. 243: "A confissão dos factos *não tem qualquer efeito vinculativo* se é absurda, por ex., contraria regras da experiência geralmente reconhecidas ou desmente factos notórios".

indisponíveis, não produz efeitos em caso de litisconsórcio unitário, não produz efeitos em relação a fatos absurdos ou contrários a fatos notórios etc.

A admissão, tal qual a confissão, cria uma *verdade processual* e desmente, mais uma vez, o mito de que a função do processo civil, ao menos quando versar sobre direitos disponíveis, é alcançar a 'verdade material'.

66.1. O efeito vinculante do fato admitido

No CPC/39, a eficácia da admissão era relativa. Dispunha o art. 209: "O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas". Tratava-se, sem dúvida, de disciplina consentânea com os valores autoritários e assumidamente antiliberais do Código e de seu idealizador, Francisco Campos (v. Capítulo Segundo, 28). O processo civil deveria buscar e encontrar a verdade; e a verdade 'descoberta' pelo Estado teria muito mais legitimidade do que a verdade estabelecida pelas partes.

A ressalva final do art. 209 desapareceu no CPC/73 e a incontrovérsia por omissão passou a ser ilidida em três hipóteses previstas em lei: (i) naturalmente, quando a causa versasse sobre direito indisponível (art. 302, I); (ii) quando a petição inicial estivesse desacompanhada de documento essencial (art. 302, II); e (iii) quando o fato não impugnado estivesse em contradição com o conjunto da defesa (art. 302, III).

Ou seja, o CPC/73 de um lado eliminou a autoritária sobreposição de um fato incontroverso pela 'opinião' do juiz-pessoa quanto à valoração da prova; de outro, valorizou a vontade do demandado ao impor uma interpretação sistemática de sua defesa, de modo a extrair a sua real intenção ao contestar – e evitar, assim, danos causados por um formalismo-excessivo.

Apesar da evidente alteração de tratamento legislativo à admissão, a doutrina continuou sustentando (sem fundamento legal) que a verdade processual estabelecida pelo art. 302 do CPC/73 era relativa e que poderia ser ilidida, segundo o arbítrio judicial, pelo conjunto probatório.[976] Facilitou o raciocínio a equivocada referência legislativa a uma *presunção* de veracidade ("Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados"), muito

[976] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 532; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante* (2010). p. 598

embora presunção seja a conclusão extraída de outro fato a partir daquilo que normalmente acontece. Na admissão não se extrai nenhuma conclusão de nenhum fato: apenas se constata que a alegação da parte é incontroversa.

De qualquer forma, se a veracidade do fato admitido pudesse ser ilidida pela valoração probatória, então haveria um quarto inciso no art. 302 do CPC/73: 'IV – se o contrário resultar do conjunto das provas'. Afinal, essa era uma disposição *que existia no CPC/39* e, fosse a intenção do legislador mantê-la, é óbvio que não teria sido eliminada. Contudo, o art. 302 do CPC/73 previu *três hipóteses* em que a incontrovérsia fática por admissão poderia ser afastada; e a *opinião* do juiz-pessoa sobre o significado das provas não estava entre elas.[977]

Além disso, repete-se mais uma vez, é da lógica do sistema processual que só se produza prova de fato *controverso*. Se o fato é incontroverso, não precisa ser provado, como dispunha com clareza solar o já mencionado art. 334, II e III do CPC/73, atual art. 374 do NCPC. Mas também pelo art. 331, §2º do CPC/73 chegava-se a essa irretocável conclusão, pois antes de passar à fase instrutória, o juiz "*fixará os pontos controvertidos*"; e era sobre eles – e apenas sobre eles –, que se produziriam provas.

Tudo isso foi mantido no NCPC, com uma melhora na redação do art. 357: "Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) II - delimitar as *questões de fato* sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos".

Destarte, todo o sistema processual brasileiro (versando sobre direitos disponíveis) é estruturado da seguinte forma: (1) as partes alegam livremente os fatos em defesa de sua posição na fase postulatória; (2) o que for incontroverso é aceito como verdadeiro e adotado como premissa fática pelo Estado-juiz; (3) o que for controverso e relevante ao processo (seja fato primário ou secundário) é erigido como "questão de fato" e objeto de dilação probatória na fase instrutória; (4) em relação àquilo que for *controverso*, cabe ao Estado-juiz valorar as provas e decidir, dirimindo a *questão* fática; (5) aos fatos

---

[977] Nesse sentido, CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. p. 276: "Não impugnado o fato, presume-se verdadeiro. Se esta presunção basta para que o juiz aprecie o mérito, não pode ele levar o feito a instrução, porquanto o julgamento antecipado não é uma faculdade que lhe foi deferida, mas dever que lhe foi imposto. Só ocorrendo uma das hipóteses dos incisos I a III do art. 302 essa conseqüência deixará de advir".

incontroversos e aos fatos controversos dirimidos é aplicado o Direito, este sim indisponível (*iura novit curia*).

Defender que o Estado-juiz tem a nobre missão de encontrar a verdade e distribuir justiça tem, é claro, o seu apelo. O discurso é bonito e há mais de cem anos vem sendo incansavelmente repetido pelos processualistas. Contudo, toda vez que o Estado sai de sua posição de julgador imparcial e resolve agir como entidade onisciente, alguém é prejudicado: alguém que confiou no sistema e supôs que determinado fato seria adotado como premissa da decisão teve a sua expectativa legítima frustrada. O processo precisa gerar segurança e confiança; a parte precisa saber quais são os fatos que devem ser provados e quais são os fatos que ela pode dar como certos – todas as decisões por ela tomadas no curso do processo dependem disso. A partir do momento em que tudo é fluido e relativo, a partir do momento em que qualquer fato confessado e admitido pode ser desconsiderado pelo juiz, é impossível prever o que quer que seja. A atividade jurisdicional torna-se imprevisível, irracional, ilógica.

Por isso, é preciso fazer uma escolha. Ou o Estado-juiz tem o *dever* de descobrir a verdade e então, por coerência, adota-se um sistema fático inteiramente indisponível no qual as alegações fáticas das partes e os eventuais consensos são processualmente irrelevantes, *o ônus da prova deixa de ser regra de julgamento*, decisões fundadas na ausência de provas *não transitam em julgado* e as partes têm o *dever* de participar da produção das provas (têm o *dever* de depor, têm o *dever* de se submeter ao exame de DNA etc.); ou então adota-se um sistema fático *disponível*, dependente das alegações das partes e fundado em *ônus processuais* cujas consequências negativas *são vinculantes* ao Estado-juiz. O que não se pode admitir é um sistema híbrido que não é nem uma coisa nem outra, gerando apenas insegurança e injustiça.

66.2. A admissão dos fatos e a revelia

O art. 344 do NCPC manteve a essência do discutido art. 319 do CPC/73, considerando-se revel aquele que "não contestar a ação". O principal efeito da revelia, chamado de *material*, é a admissão da veracidade dos fatos alegados pelo autor, uma vez que, ao não contestar, o réu deixa de impugnar especificadamente as alegações fáticas do autor e, por consequência, *admite-os* como verdadeiros.

No entanto, diante da gravidade dos efeitos da revelia, incluindo a exclusão do réu de intimações futuras (sem prejuízo que ele reintegre posteriormente o processo – art.

346, parágrafo único), há alguns temperamentos; e um deles é justamente a desconsideração da presunção de veracidade se os fatos "forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos" (art. 345, IV do NCPC).

Essa ressalva, que não existia no CPC/73, poderia ser utilizada como argumento para justificar que, em caso de admissão em sentido estrito, o juiz possa desconsiderar o fato incontroverso em razão do conjunto probatório. Contudo, a lógica é inversa.

Na admissão o réu compareceu ao processo, contestou a demanda proposta pelo autor e *optou* por impugnar ou admitir um ou mais fatos processualmente relevantes. O réu revel, por sua vez, simplesmente não compareceu ao processo, de modo que não se sabe o que ele tinha a dizer a respeito da demanda proposta pelo autor. Tal comportamento omissivo deve produzir-lhe consequências negativas, é claro, mas o legislador decidiu atenuar essa presunção de veracidade se o autor, já bastante beneficiado pela tramitação unilateral do processo, for incapaz de apresentar uma narrativa sólida e coerente com as provas que *ele próprio* produziu.

De qualquer forma, existe uma ressalva expressa aos efeitos materiais da revelia quando o fato estiver em contradição com a prova constante dos autos, mas *não existe essa mesma ressalva para a admissão*. Basta comparar o art. 341 e o art. 345 para verificar que eles têm a mesma finalidade de restringir a 'presunção' de veracidade, mas em um essa 'presunção' pode ser ilidida pelas provas constantes dos autos (art. 345, IV) e no outro (art. 341), não.

67. A verdade processual e outros ônus processuais

Além do ônus de impugnação específica que cumpre ao réu quanto aos fatos constitutivos e ao autor quanto aos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, há vários outros ônus processuais que, caso desatendidos, criam verdades processuais a serem aceitas judicialmente.

(i) A parte tem o ônus de comparecer ao seu depoimento pessoal; caso não o faça, presumem-se verdadeiros os fatos que a outra parte pretendia provar com o depoimento

(art. 385, §1º do NCPC);[978] (ii) a parte tem o ônus de exibir documento que esteja em sua posse; caso não o faça, presumem-se verdadeiros os fatos que a outra parte pretendia provar com tal documento (art. 400 do NCPC);[979] (iii) a parte tem o ônus de provar o fato primário alegado (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo); caso não o faça, presume-se que o fato não ocorreu (art. 373 do NCPC) etc.

Se os fatos fossem indisponíveis, as partes não teriam o ônus de prová-los. Bastaria provocar a máquina jurisdicional e deixar que o juiz adotasse todas as medidas necessárias para produzir as provas pertinentes. É o que acontece, *mutatis mutandis*, com as a aplicação do Direito aos fatos narrados (v. abaixo, Capítulo Sétimo); é o que ocorria na União Soviética e na Alemanha Oriental,[980] p.ex., mas não é o que acontece no Brasil.

68. A preclusão da faculdade probatória

Outra importantíssima manifestação da disponibilidade fática é a preclusão da produção de provas para demonstrar a veracidade de uma alegação, criando, mais uma vez, uma *verdade processual*. O caráter teleológico do processo impõe que ele caminhe para frente, extinguindo-se as faculdades processuais não exercidas no momento adequado.

No CPC/73 era ótimo exemplo disso o ônus que as partes tinham, já na petição inicial ou na contestação, de indicar o rol de testemunhas, de requerer perícia e de formular os requisitos em caso de procedimento sumário (arts. 276 e 278). Descumprida a determinação legal, a faculdade probatória ficava preclusa e a parte não teria outra forma de

---

[978] A título comparativo, no regime da Alemanha Oriental socialista a presença das partes na "audiência de discussão" era imprescindível. De acordo com o art. 66, §1º da ZPO de 1975, "*È possibile decidere nel merito la causa solo quando i fatti possono essere chiariti ed accertati*".

[979] De um autoritarismo inadmissível, portanto, o art. 400, parágrafo único do NCPC: "Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido".

[980] De acordo com o art. 63 da ZPO da Alemanha Oriental de 1975, a parte tinha o *dever* de exibir "*gli elementi di prova necessari per la relativa assunzione*". Se descumprido o *dever*, poder-se-ia dar início a uma execução forçada para o adimplemento da "obrigação". V. *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. X. p. 24.

provar os fatos alegados senão pelos eventuais documentos constantes dos autos.[981] Sem se desincumbir de seu ônus probatório, a alegação fática era considerada inverídica e rejeitada como premissa decisória.

A disponibilidade fática é igualmente demonstrada pela preclusão gerada pela ausência de especificação de provas quando a parte é provocada pelo Estado-juiz. Sobre isso, já decidiu várias vezes o STJ que "O silêncio da parte em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir o direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial".[982]

Há também preclusão da prova quando a parte não adota as providências necessárias à sua produção. É o caso da parte que não paga as despesas com a intimação de uma testemunha ou não paga os honorários do perito judicial no prazo estabelecido.[983]

69. Exceção ao princípio dispositivo: os fatos notórios

Como normalmente ocorre, a disponibilidade fática encontra limites na razoabilidade, na proporcionalidade e, principalmente, na racionalidade que devem reger a prestação jurisdicional. Da mesma forma que a incontrovérsia pode ser desconsiderada quando tiver por objeto fatos absurdos ou materialmente impossíveis, também poderá ser flexibilizada quando conflitar com fatos notórios (art. 374, I do NCPC).

Notórios são os fatos de conhecimento geral que fazem parte da cultura de uma sociedade. São fatos que podem ser apreendidos com relativa facilidade pelo homem médio inserido em dado contexto socioeconômico, motivo pelo qual dispensam prova e, em muitos casos, até mesmo alegação. Justamente porque são de conhecimento geral, espera-se

---

[981] Nesse sentido, STJ, REsp nº. 61.788/DF, j. 17.02.1998: "A não-apresentação do rol de testemunhas quando do ajuizamento da causa sob procedimento então denominado sumaríssimo, hoje sumário, importa em preclusão".

[982] Por todos, STJ, REsp 329.034/MG, publicado em 20/03/2006.

[983] Por todos, STJ, REsp 328.193/MG, publicado em 28/03/2005: "No tocante à perícia, induvidosamente competia à ré, previamente, o pagamento dos honorários do expert, o que deixou de fazer, atraindo, para si, o ônus da ausência da prova, que era sua. A alegação de que o pagamento da verba seria feito a final é destituída de qualquer razoabilidade. Tendo havido determinação judicial para que a ré depositasse os honorários, com regular intimação para tanto, sem que o fizesse atraiu a preclusão (fl. 206), corretamente aplicada".

que sejam também conhecidos pelo juiz-pessoa na condição de sujeito inserido na sociedade, o qual tem, presumidamente, uma cultura superior à da média da população.[984]

Há fatos que são de conhecimento amplo e geral, como os históricos: é notório que entre 1939 e 1945 houve a Segunda Guerra Mundial; é notório que Getúlio Vargas suicidou-se em 1954; é notório que a escravatura foi abolida no Brasil pela Lei Áurea em 1888; é notório que o Brasil foi colonizado por Portugal etc. Também há fatos fartamente noticiados e que dificilmente serão desconhecidos por uma "pessoa média": é notório que existe uma parcela da população da Catalunha que pretende a sua independência da Espanha; é notório que existe um conflito no Oriente Médio; é notório que Brasília é a capital do Brasil; é notório que não há relações diplomáticas entre a Coréia do Sul e a Coréia do Norte etc. Há, igualmente, fatos que compõem a base da formação intelectual do cidadão médio: o planeta Terra faz parte do Sistema Solar; o Sol é uma estrela; a lua é um satélite; o planeta exerce a força da gravidade etc.

Mas os fatos notórios não são – e não precisam ser – absolutamente notórios.[985] "A notoriedade é sempre relativa", de modo que o fato pode ser notório a alguns grupos de pessoas, mas não a outros.[986] Em outras palavras, os fatos notórios podem ser restritos a determinadas círculos socioeconômicos e, por isso, "não precisam ser

---

[984] Bem explica MACHADO, António Montalvão. *O Dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do Novo Código de Processo Civil*. p. 133: "Na verdade, se tais factos eram e são (ou é suposto que sejam) do domínio público, não fazia sentido que as partes estivessem oneradas com o encargo de os alegar e muito menos que sobre eles fosse necessário produzir prova, na medida em que eles já se encontravam provados pela sua própria natureza (*notoria non egent probatione*)".

[985] Equivocada, portanto, a redação do artigo 281 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola: "4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

[986] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 54; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 243; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 284.

[986] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 54. No mesmo sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 243.

necessariamente conhecidos" por todas as pessoas.[987] Para um pescador, é notória a influência que a lua exerce sobre a maré; para um agricultor, é notório o ciclo de plantio e colheita de determinado grão; para um indígena, é notória a reação que determinada planta, erva ou substância natural exerce sobre o corpo humano; para um químico, é notória a consequência produzida pela mistura de certos elementos etc.

Nos casos em que a notoriedade é restrita a substratos sociais específicos, é possível que se produza prova não do fato em si, mas da sua própria notoriedade social, científica, acadêmica. O fato processualmente relevante passa a ser a notoriedade do fato alegado,[988] obedecendo-se ao regime geral das alegações fáticas. Se for incontroversa a notoriedade, independe de prova; se for controversa a notoriedade, e desconhecida pelo juiz, o ônus de prova-la é de quem a alegou.

A notoriedade é uma exceção ao princípio dispositivo porque o conhecimento do fato dispensa alegação. Contudo, deve sempre ser respeitada a distinção entre fatos primários e fatos secundários, extraindo as consequências próprias de cada um deles.

Se forem primários, os fatos notórios independem de prova, mas só poderão ser conhecidos mediante prévia alegação de alguma das partes. Por isso, ainda que sabedor da existência de um fato notório, o juiz não pode invocá-lo como fato constitutivo do direito e utilizá-lo como fundamento da procedência da demanda sem que haja alegação do demandante nesse sentido; caso contrário, estar-se-ia criando uma demanda de ofício. O mesmo vale para a exceção substancial e para a objeção substancial: o fato notório independe de prova, mas precisa ser alegado por uma das partes (pelo demandado no caso da exceção).[989] Desse modo, não é admissível que uma demanda seja julgada improcedente

---

[987] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 54; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 284.

[988] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 55: "Uma coisa é a *afirmação do fato*, outra é a *afirmação da sua notoriedade*: a notoriedade também é um fato"; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 285.

[989] De acordo com DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 55: "quando a *notoriedade* compõe o substrato fático para incidência da norma jurídica (p.ex., para a caracterização da união estável, exige-se a notoriedade da relação), obviamente a sua prova não pode ser dispensada. Trata-se de caso em que a parte tem o ônus de provar que o fato que alega *é*

porque o juiz-pessoa soube pela imprensa que o réu já teria efetuado o pagamento da obrigação exigida pelo autor.

Sempre que forem secundários ou disserem respeito a matéria de ordem pública, os fatos notórios podem ser conhecidos de ofício, ainda que inexista alegação por qualquer das partes ou prova pré-constituída nos autos.

Como em qualquer outro caso, a suscitação de ofício de um fato notório imprescinde de contraditório prévio, nos termos do art. 10 do NCPC.[990]

70. Disponibilidade fática e o ônus probatório

De acordo com o art. 373 do NCPC, mantendo divisão clássica (art. 209 do CPC/39; art. 333 do CPC/73), o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quando aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. O Código divide o ônus da prova, portanto, segundo o *ônus de alegação* dos fatos primários do processo. Essa é a regra geral.

O legislador, porém, atendeu as reinvindicações da doutrina e alinhou-nos aos sistemas processuais mais modernos que permitem, *excepcionalmente*, outra divisão do ônus probatório quando a produção da prova for impossível ou muito difícil a quem lhe incumbia originalmente (art. 373, §1º do NCPC).

Embora não haja previsão no Código, o ônus da prova segue o ônus de alegação também em relação aos fatos secundários. Se o réu afirma que não causou o acidente automobilístico com o autor porque estava em outra cidade no dia em que houve a colisão, é seu o ônus de provar tal alegação. A diferença é que o resultado do processo não depende, *diretamente*, da prova desse fato secundário; ao contrário da alegação e prova de um fato primário como o pagamento, a remissão ou a novação, p.ex.

---

notório". A conclusão, todavia, só se aplica se o fato não for notório ao Estado-juiz. Para utilizar o mesmo exemplo dado pelos autores, não seria razoável exigir a prova de uma relação amorosa, amplamente noticiada na mídia, entre duas personalidades públicas.

990 *Cf.* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 55.

Em sistemas processuais 'liberais', como o brasileiro, o ônus da prova é acima de tudo uma *regra de julgamento*[991] e está estritamente relacionado com o estabelecimento da *verdade processual*. Se a parte alega e não prova, então para o processo o fato não ocorreu; é isso o que importa ao Estado-juiz e é de acordo com essa premissa que ele deve julgar. Alegação fática não provada é o mesmo que alegação fática inverídica. O ônus da prova é uma regra de julgamento, portanto, porque define como o Estado-juiz deve julgar em caso de dúvida. Indiretamente, justamente pelas consequências que produz, o ônus da prova informa às partes o que se espera delas no processo e o que devem fazer para sagrar-se vencedora.[992] Fala-se que essa feição *subjetiva* do ônus da prova seria uma *regra de comportamento*, mas a expressão é inadequada, pois nenhum ônus gera um comportamento impositivo: ônus são, lembre-se, *imperativos do próprio interesse*.

Em sistemas processuais autoritários, utilizando o soviético mais uma vez como exemplo, também existe um "ônus da prova"[993], mas o instituto exerce outra função no sistema. Considerando que sistemas autoritários são fundados na busca da utópica verdade real (material, objetiva), não se admite o julgamento pautado pela ausência de provas produzidas pela parte.[994] Aqui sim o "ônus da prova" assume a função de *regra de comportamento* às partes, estabelecendo autênticos *deveres* de provar. Nesse sentido, o art. 18 dos Princípios Fundamentais do Processo Civil da URSS e das Repúblicas Federadas, reproduzido no art. 50 do Código de Processo, dispunha que "Compete a cada uma das partes fornecer a prova dos fatos por elas deduzidos como fundamento da sua demanda ou exceção. Os meios de prova devem ser produzidos pelas partes pelas outras pessoas que intervêm no

---

[991] YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. p. 49; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 235-236; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. p. 271.

[992] Não por outro motivo, sempre foi combatida pela doutrina a absurda prática jurisprudencial de inverter o ônus da prova (em relações de consumo, principalmente) apenas na sentença. As partes teriam um ônus por elas desconhecido até o final do processo, o qual só seria descoberto quando estivessem preclusas todas as faculdades probatórias. Esse despautério foi felizmente corrigido pelo art. 357, III do NCPC.

[993] Cf. Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964). p. 6 e 44.

[994] Representativo o art. 45, §3 da ZPO da Alemanha Oriental: "Uma controvérsia pode ser decidida *apenas* quando o tribunal tiver esclarecido e acertado as circunstâncias de fato, relevantes aos fins da decisão" (*Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca (1975)*. p. 19).

processo. *Se as provas produzidas resultarem insuficientes, o juiz ordenará às partes e às outras pessoas que intervêm no processo que forneçam ulteriores meios de prova ou os assumirá de ofício*".[995] Ou seja, uma alegação fática não provada não era tida por inverídica ou inexistente; a consequência da falta de provas era a *ordem* judicial para que as partes fornecessem outros meios de prova ou então a assunção de ofício da atividade probatória. Esse dispositivo conjugava-se com a *indisponibilidade fática* prevista no art. 14 do CPC soviético, já citado neste Capítulo, mas que, pela importância, merece ser novamente reproduzido: "O juiz, *sem nenhuma limitação em relação ao material constante do processo e às declarações deduzidas pelas partes*, adota todas as medidas previstas pela lei ao fim de alcançar um completo, minucioso e objetivo acertamento dos fatos da causa, bem como dos direitos e das obrigações das partes".[996] Independentemente do *mérito* das escolhas legislativas, ao menos o sistema era bastante coerente.

71. Disponibilidade fática e os deveres-poderes instrutórios do juiz

As relações entre os 'poderes' instrutórios do juiz e o princípio dispositivo foram tratadas anteriormente no Capítulo Primeiro, n. 15. Afirmou-se que são, na verdade, *deveres-poderes* instrutórios que *devem* ser exercidos pelo juiz sempre que houver alguma prova que ele considere relevante ao julgamento da causa. Além disso, defendeu-se que os deveres-poderes instrutórios não são a solução para o problema das decisões fundadas em conclusões fictas sobre a veracidade das alegações fáticas das partes; propôs-se a sua substituição, ao menos em processos que versem sobre direitos disponíveis, pela instituição de um dever judicial de informar às partes, ao final da instrução, que as provas produzidas foram insuficientes, oportunizando-lhes a complementação, inclusive com a *sugestão* de meios probatórios eventualmente úteis.

No que importa a este Capítulo, cumpre ressaltar especificamente que os deveres-poderes instrutórios não representam propriamente uma ofensa ao princípio

---

[995] Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964). p. 6 e 44. Na tradução italiana: "*18. Onere della prova e obbligo di produzione dei mezzi di prova. Ciascuna delle parti è tenuta a fornire la prova dei fatti dalla stessa dedotti a fondamento delle sue domande o eccezioni. I mezzi di prova debbono essere prodotti dalle parti e dalle altre persone che intervengono nel processo. Se le prove prodotte risultano insufficienti, il giudice ordina alle parti e alle altre persone che intervengono nel processo di fornire ulteriori mezzi di prova o li assume di ufficio*".

[996] *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*. p. 31.

dispositivo. Violam potencialmente a imparcialidade judicial, mas não se pode dizer que são atentados à liberdade individual.

Desde que o exercício dos ‘poderes’ instrutórios não represente inovação fática no processo, violando os limites impostos pelas partes, ele de certa forma convive com o princípio dispositivo. Insta repetir: as partes exerceram a sua autonomia privada na fase postulatória ao alegar, confessar, admitir e impugnar fatos; se tais alegações serão provadas por ela próprias, pela parte adversária ou por iniciativa do juiz, trata-se – para o princípio dispositivo – de aspecto de menor relevância. Às partes interessa que as suas alegações sejam reconhecidas como verdadeiras na decisão de mérito.

Por isso, a principal restrição aos deveres-poderes instrutórios é, reitere-se, a sua utilização para alteração dos fatos primários. Mostra-se especialmente perigosa, por isso, a amplitude que a doutrina dá à introdução judicial de fatos primários no processo, admitindo-se que quase todo fato de defesa seja conhecido de ofício, desde que esteja provado nos autos. Conjugado esse poder com os ‘poderes’ instrutórios, o juiz assume poderes plenos para conhecer do que bem entender, bastando que produza as provas necessárias ao fato que quiser utilizar em sua decisão.

Destarte, a conclusão que se chega é que os deveres-poderes instrutórios não são a solução para que sejam proferidas decisões mais ‘justas’; mas podem conviver com o princípio dispositivo desde que não atentem contra a disponibilidade fática das partes.

CAPÍTULO SÉTIMO – A INDISPONIBILIDADE JURÍDICA (IURA NOVIT CURIA)

Sumário: 72. A divisão de atribuições entre juiz e partes: o monopólio dos fatos pelas partes e o monopólio do Direito pelo juiz. 73. A indisponibilidade do Direito: o "princípio de jurisdição". 74. A indisponibilidade do Direito e a disponibilidade jurídica. 75. O aforismo *iura novit curia.* 76. As fontes do aforismo *iura novit curia.* 77. As cinco consequências fundamentais do *iura novit curia* no processo civil. 78. O significado do art. 357, §2º do NCPC. 79. Limites ao *iura novit curia*: a decisão judicial não pode se afastar do mérito ou dos fatos alegados pelas partes. 80. O *iura novit curia* é um dever imposto ao juiz, e não uma faculdade. 81. A inexistência de "inovação jurídica" no processo. 82. A oposição de embargos de declaração para suprir omissões jurídicas. 83. A vedação às "decisões-surpresa" e *iura novit curia*. 84. A "exceção" à indisponibilidade do Direito: prova de normas jurídicas não vigentes no local em que exercida a jurisdição. 85. A indisponibilidade do Direito e os juízos de equidade.

72. A divisão de atribuições entre juiz e partes: o monopólio dos fatos pelas partes e o monopólio do Direito pelo juiz

Como foi exposto anteriormente (Capítulo Sexto), salvo quando a causa versar sobre direitos indisponíveis, com as ponderações e temperamentos necessários, o material fático do processo é disponível pelas partes. Cumpre ao autor apresentar os fatos que justificam a sua pretensão e compete ao réu negá-los. O réu ainda pode confessar os fatos alegados pelo autor, refutando apenas a consequência jurídica que lhes foi atribuída; ou, alternativamente, alegar novos fatos (extintivos, modificativos ou impeditivos) que impeçam o acolhimento da demanda. Apenas as partes podem inserir fatos no processo mediante alegações expressas, taxativamente proibindo-se o juiz de realizar qualquer inovação fática de ofício, salvo quando a questão for de ordem pública. O comportamento e a vontade das partes definem a conclusão judicial sobre a veracidade ou falsidade de uma alegação fática, e a incontrovérsia sobre fatos é, como regra, vinculante ao juiz. Fatos controversos devem ser provados para que o Estado-juiz aceite-os como verdadeiros.

Nada disso se aplica à relação do Estado-juiz com o Direito. As partes são incapazes de *determinar* as conclusões jurídicas de uma decisão judicial, pois o juiz não está adstrito às alegações jurídicas do demandante ou do demandado.[997] As partes podem, é claro, influenciar tanto a interpretação quanto a conclusão jurídica da decisão judicial mediante argumentos, alegações e ponderações, e o Estado-juiz sempre deverá levá-los em consideração, manifestando-se expressamente sobre todas as alegações jurídicas da parte sucumbente. No entanto, ao contrário do mérito e do material fático do processo, as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto são indisponíveis pelas partes.[998]

73. A indisponibilidade do Direito: o "princípio de jurisdição"

As diferentes relações que o Estado-juiz desenvolve com os fatos e com o Direito são patentes no direito positivo. Três exemplos demonstram isso: (i) há tribunais superiores com a atribuição exclusiva de corrigir erros e divergências jurídicos das decisões dos tribunais inferiores, mas não há tribunais específicos para corrigir erros na intepretação das provas e fatos relevantes ao processo; (ii) em determinados casos, a má aplicação do Direito permite a propositura de reclamação ao tribunal superior, mas não cabe reclamação para discutir valoração de provas e fatos; (iii) violações ao Direito autorizam a rescisão de uma decisão transitada em julgado (art. 966, V do NCPC), mas equívocos na valoração de fatos controversos, não.[999]

---

[997] Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 726-727.

[998] Resume com invulgar precisão MOTULSKY, Henri. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*. p. 51: "*Les parties choisissent librement les faits qu'elles entendent invoquer au soutien de leur prétention ; le juge ne doit pas en introduire d'autres ; il peut et doit, en revanche, appliquer à ces faits les règles de droit qui lui paraissent appropriées, quand bien même elles n'auraient pas été spécialement invoquées, à cela près que cette application d'une règle de droit nouvelle peut être exclue par la volonté formelle des parties, et qu'elles doit en tous cas se concilier avec le principe du débat contradictoire*".

[999] Autoriza-se a rescisão da decisão transitada em julgado quando "for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos" (art. 966, VIII do NCPC). No entanto, esse "erro de fato" assemelha-se a um erro material, pois apenas considera-se configurado quando a decisão rescindenda "admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido", desde que "o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado" (art. 966, §1º do NCPC).

Esse distinto tratamento justifica-se por uma única razão: o Direito é indisponível.[1000] O Direito é indisponível pelas partes e é indisponível pelo Estado-jurisdição, que, ao julgar uma demanda, aplica o *seu* Direito ao caso concreto. Essa é uma das principais características da "domesticação das fontes de produção do direito" pelo Estado Moderno.[1001] Assim como o Estado, o ordenamento jurídico é *uno* e, como tal, deve ser aplicado e compreendido de forma *una*, harmônica e congruente. Daí ensinar Satta que "o vínculo do juiz à observância do direito (...) é a expressão fundamental do princípio da legalidade, vale dizer, da certeza que constitui a própria essência do direito".[1002]

A indisponibilidade do Direito é uma das mais relevantes exceções ao princípio dispositivo[1003] e está intrinsecamente relacionada à própria noção de Estado como "nação politicamente organizada",[1004] cujo pressuposto "está no reconhecimento do governo como uma unidade de ordem permanente, não obstante as transformações e as mudanças que se operam no seio da sociedade".[1005] Seguindo as precisas lições de Jacques Chevallier, já brevemente mencionadas, o Estado Moderno ostenta quatro características fundamentais: (a) a institucionalização do poder, mediante "a inscrição das relações de dominação política em um quadro geral e impessoal"; (b) a cidadania, "concebida como um vínculo exclusivo, incompatível com a existência de submissões paralelas ou concorrentes"; (c) o monopólio da coerção, pelo qual o Estado é, "no espaço das 'fronteiras' que delimitam o campo de sua 'soberania', a única fonte do direito e o único habilitado a fazer uso dos meios de coerção; e (d) "a consagração de um princípio fundamental de unidade", pelo qual há "unidade de valores resultante do pertencimento a uma esfera pública colocada como distinta da

---

[1000] V. SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. p. 174: "(...) *il giudice, nel suo giudizio, deve osservare come un dato ineliminabile la norma giuridica regolatrice del caso concreto, alla quale non gli è lecito sostituirne un'altra tratta da altre fonte (es. equità), salvo che la legge a ciò espressamente lo autorizzi*".

[1001] *Cf*. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. p. 38-39.

[1002] SATTA, Salvatore. *Iura novit curia*. p. 381.

[1003] Frise-se desde logo: o *iura novit curia* é uma exceção ao princípio dispositivo, mas não é uma exceção às regras da inércia jurisdicional e correlação entre demanda e tutela. Sobre isso, voltar-se-á adiante.

[1004] COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. p. 61.

[1005] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *As origens do Estado contemporâneo ou o Leviathan gestor da economia*. p. 426. Em igual sentido, TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. p. 117.

sociedade, unidade do direito estatal, colocando-se como um todo coerente, uma 'ordem' estruturada, unidade do aparelho encarregado de desempenhar o poder do Estado".[1006]

Isso não quer dizer, é evidente, que Estado e Direito confundam-se de alguma forma.[1007] Quer dizer apenas que o Estado Moderno superou o jusnaturalismo e assumiu para si o controle do Direito e da sua efetivação. O Direito foi monopolizado e institucionalizado pelo Estado, ainda que produzido democraticamente *pelo povo e para o povo*. Em última análise, a indisponibilidade do Direito no plano processual corresponde à regra material de que "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" (*nemo censetur legem ignorare* ou *ignorantia juris non excusat*), prevista no art. 3º da LICC e no art. 21 do Código Penal.[1008] Ambas radicam na coercitividade e na imperatividade das normas jurídicas.

Destarte, se o Estado é *uno*, se o seu Direito é *uno*, e se o Estado tem o monopólio sobre as fontes do Direito, é natural que esse Direito não possa ser disposto pelas partes; e mais do que isso, é natural que o Estado tenha o *dever* de garantir a unidade, a coerência e a homogeneidade desse Direito, proferindo decisões judiciais juridicamente válidas e escorreitas: "tal é o coração de sua missão jurisdicional".[1009]

Existe, ainda, uma diferença importantíssima que explica por que fatos são disponíveis, mas o Direito é indisponível: os fatos são sempre *concretos* e as normas jurídicas são sempre *universais*.[1010] O reconhecimento de que João e Maria celebraram contrato de compra e venda de um automóvel em determinado processo não tem nenhuma

---

[1006] CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-Moderne*. p. 12.

[1007] Ideia que já critiquei em RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. p. 53-55.

[1008] Cf. GANUZAS, Francisco Javier Exquiaga. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. p. 241.

[1009] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 412.

[1010] Embora por vezes esquecida, sobretudo quando a doutrina moderna discute o respeito a precedentes e o conceito de *ratio decidendi*, essa é uma constatação já bastante antiga. Ensinava Savigny no século XIX: "*Tout rapport de droit se compose de deux éléments, l'un général, l'autre particulier ; l'un est la règle de droit, l'autre le fait qui donne lieu à l'application de la règle (§ 5). Le juge peut et doit connaître la règle (jus novit curia), mais il peut et doit ignorer le fait, tant que le fait ne lui a pas été déféré et prouvé par une des parties. Cette distinction subsiste, soit que la règle émane de la loi, du droit coutumier ou du droit scientifique. La doctrine que je combats confond ces deux éléments, constitutifs du rapport de droit, elle applique à la règle ce qui n'est vrai que du fait, c'est le fait particulier seul dont les règles de la procédure exigent la preuve; et c'est ce caractère spécial du fait particulier qu'exprime le mot fait pris dans son sens technique"*. SAVIGNY, M.F.C. de. *Traité de Droit Romain*, t. I. p. 180-181.

relevância ao processo envolvendo Pedro e Roberta sobre outro contrato de compra e venda de outro automóvel. O fato de existir um contrato de compra e venda entre João e Maria não significa que existe um contrato de compra e venda entre Pedro e Roberta. Contudo, quando o art. 492 do Código Civil dispõe que "Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador", essa disposição aplica-se a todo e qualquer contrato de compra e venda, tenha ele sido celebrado por João e Maria ou por Pedro e Roberta. Do mesmo modo, quando o STF afirma que incide ou que não incide IPI sobre automóvel importado por pessoa física para uso próprio, essa conclusão projeta efeitos para fora do processo e afeta toda e qualquer pessoa que tenha importado ou pretenda importar um automóvel para uso próprio. Essa é a consequência da *universalidade* inerente a toda norma jurídica, bem como à sua interpretação e aplicação: a consequência prevista pelo Direito aplica-se a toda situação fática estabelecida como seu suporte fático.

Decisões equivocadas sob o ponto de vista fático são patologias altamente indesejáveis que desvirtuam a função do Estado de distribuir a sua *justiça institucional*. Contudo, toda situação fática restringe-se ao processo em que ela está sendo discutida. Fatos são dados concretos que dizem respeito *apenas* ao caso em análise e não repercutem, ao menos não diretamente, na sociedade. Decisões equivocadas sob o ponto de vista fático são, portanto, '*injustiças*' *concretas*. Decisões equivocadas sob o ponto de vista jurídico, por outro lado, quebram a harmonia do Direito e geram insegurança jurídica a *todos* os jurisdicionados.[1011] Não é por outro motivo que o respeito aos precedentes judiciais é tão importante; ou porque, lembre-se novamente, o Superior Tribunal de Justiça analisa e corrige *errores in iudicando* jurídicos, mas nem sequer conhece de *errores in iudicando* fáticos.

Por essas razões, Guinchard, Chainais e Ferrand, com muita felicidade, diferenciam o *princípio dispositivo*, que rege a disponibilidade fática, do *princípio de jurisdição*, que rege a indisponibilidade jurídica.[1012]

74. A indisponibilidade do Direito e a disponibilidade jurídica

A indisponibilidade do Direito não se confunde com a eventual disponibilidade de efeitos e consequências jurídicas que são atribuídas ao indivíduo no exercício de sua autonomia privada. Se algumas consequências jurídicas são disponíveis

---

[1011] Nesse exato sentido, SATTA, Salvatore. *Iura novit curia*. p. 381-382.

[1012] GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 401 e ss.

pelos cidadãos (como é o caso das hipóteses de anulabilidade de um negócio jurídico, p.ex.), é porque o Direito estabelece que assim seja. Aplicar corretamente o Direito implica reconhecer a legitimidade de atos de disposição de direitos subjetivos, faculdades ou direitos potestativos.

75. O aforismo *iura novit curia*

A indisponibilidade do Direito é representada pelo conhecido aforismo *iura novit curia*, vigente em praticamente todos os países de tradição romano-germânica.[1013]

Como se sabe, aforismos são expressões sintéticas que, embora nem sempre tenham eficácia normativa, traduzem ideias ou concepções mais amplas e complexas.[1014] O *iura novit curia*, desenvolvido a partir do brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi ius* ("dá-me os fatos que eu te darei o direito"),[1015] com apenas três palavras explica a regra de que o juiz tem o dever-poder de zelar pelo respeito e pela aplicação do Direito no âmbito processual.

[1013] Dentre muitos outros, CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III. p. 143; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 726-727; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 553; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. p. 128; GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 343 e 401 e ss.; HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judicaire Privé*. p. 228 e ss.; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 63; MICHELI, Gian Antonio. *Jura novit curia*. p. 201-235; MELENDO, Santiago Sentís. *El Juez y el Derecho*. *passim*, esp. p. 9-95; MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 260-262; MOTULSKY, Henri. *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*. p. 104-105; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. p. 16-17; ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. p. 184-189; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I. p. 332; SATTA, Salvatore. *Iura novit curia*. p. 381; TARUFFO, Michele. *Poteri del Giudice*. p. 235 e ss.; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 213; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 279. Sobre o *iura novit curia* nos países da *common law*, v. JOLOWICZ, John A. *On Civil Procedure*, p. 185 e ss.; CAVALLINI, Cesare. *Iura novit curia (civil law e common law*). p. 754-771.

[1014] Ao realizar a "condensação tradicional de princípios gerais", representam autênticos princípios gerais do direito, *cf.* BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.1, t. II. p. 521.

[1015] Nesse sentido, MONTEIRO, Marta. *Jura novit curia in international commercial arbitration*. p. 37.

Literalmente, *iura novit curia* significa *o juiz conhece os direitos*.[1016] Adaptado ao atual estágio de desenvolvimento do Direito Processual[1017] e do Estado Moderno, deve-se traduzir o aforismo como 'o juiz conhece *o Direito*' (que seria, na realidade, *ius novit curia*).[1018] De todo modo, o real significado da expressão é que o juiz deve pesquisar, enunciar e aplicar o direito no caso concreto,[1019] sem que haja qualquer vinculação ao que foi produzido e alegado pelas partes. Ou, como bem sintetiza Arturo Capone, representa "eficazmente a regra da subtração das fontes jurídicas à disponibilidade das partes".[1020]

O *iura novit curia* consolida, portanto, a "divisão de trabalho" entre Estado-juiz e partes: às partes cumpre alegar e provar fatos e ao Estado-juiz cumpre aplicar o Direito a esses fatos (*da mihi factum, dabo tibi ius*).[1021]

76. As fontes do aforismo *iura novit curia*

O *iura novit curia* é sempre extraído de uma interpretação global do sistema jurídico e, como já mencionado, da própria concepção de Estado Moderno. A indisponibilidade do Direito não decorre de um enunciado normativo específico, mas das relações entre Estado e Direito, da coercitividade das normas jurídicas e do interesse público na harmonia e homogeneidade do ordenamento jurídico. Ainda assim, é comum que os

---

[1016] MELENDO, Santiago Sentís. *El Juez y el Derecho*. p. 12-13.

[1017] A origem do aforismo é incerta e acredita-se ter sido formado em tempos mais modernos. A ideia que está à sua base, porém, é bastante antiga e remete às fontes romanas. De todo modo, sabe-se que desde o Direito Comum, ao menos na França e na Itália, já se afirmava que o juiz deveria conhecer o Direito. V. MELENDO, Santiago Sentís. *El Juez y el Derecho*. p. 13-16; CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. p. 17-20; SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura Novit Curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. p. 21-23; BAUR, Fritz. *Da importância da dicção 'iura novit curia'*. p. 169. Remetendo a ideia ao Direito Romano, TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. p. 100.

[1018] MELENDO, Santiago Sentís. *El Juez y el Derecho*. p. 17. Era justamente essa a expressão utilizada por SAVIGNY, M.F.C. de. *Traité de Droit Romain*, t. I. p. 180.

[1019] *Cf.* MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 261.

[1020] CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. p. 20.

[1021] *Cf.* TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* Causa Petendi *no Processo Civil*. p. 210.

Códigos de Processo Civil tenham disposições mais ou menos explícitas confirmando a vigência do *iura novit curia*.

No Brasil, o art. 8º do NCPC dispõe que "Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência". Embora sutil, o dispositivo deixa claro que, ao decidir, o Estado-juiz "aplica o ordenamento jurídico" ao caso concreto, observando sempre a "legalidade". De todo modo, o *iura novit curia* é reforçado pelo art. 1.034 do NCPC, o qual dispõe que "Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, *aplicando o direito*".[1022]

Na Suíça, o art. 57 do *Code de Procédure Civile*, de forma muito mais assertiva, dispõe simplesmente que "O tribunal aplica o direito de ofício".[1023]

Também é de clareza solar o art. 5º, §3 do CPC de Portugal: "O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito".

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola adotou a mesma linha e positivou o *iura novit curia* em seu art. 218, 1, segundo parágrafo: "O tribunal, sem afastar-se da causa de pedir amparando-se em fundamento de fato ou de direito distintos dos que as partes tenham querido fazer valer, resolverá conforme as normas aplicáveis ao caso, ainda que não tenham sido acertadamente citadas ou alegadas pelos litigantes".[1024]

Na França, o *Code de Procédure Civile* possui uma seção dedicada "Ao direito", no qual está inserido o seu artigo 12: "O juiz resolve o litígio em conformidade com

---

[1022] O art. 126 do CPC/73 dispunha que "No julgamento da lide caber-lhe-á [ao juiz] aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

[1023] *"Art. 57 Application du droit d'office. Le tribunal applique le droit d'office".*

[1024] "*Artículo 218 Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación. (...) El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".*

as regras de direito que lhe são aplicáveis. Ele deve dar ou restituir a exata qualificação aos fatos e atos litigiosos sem se vincular à denominação que as partes lhe tenham proposto".[1025]

No entanto, em questionável opção legislativa, o mesmo artigo 12, no parágrafo terceiro, permite às partes que celebrem um acordo processual para definir as questões jurídicas que poderão ser analisadas pelo Estado-juiz.[1026] Nesse caso, o juiz "não pode alterar a denominação ou o fundamento jurídico quando as partes, em virtude de um acordo expresso e para direitos dos quais elas têm a livre disposição, vincularem-lhe às qualificações e pontos de direito os quais elas entendem limitar o debate".[1027] Além disso, o quarto parágrafo do art. 12 prevê o julgamento judicial por equidade também por convenção das partes.

Quase idêntico é o art. 61 do *Nouveau Code de Procédure Civile* de Luxemburgo. A única diferença é que não foi concedida às partes a faculdade de optar pelo julgamento por equidade, não obstante poderem definir a qualificação jurídica e os "pontos de direito" relevantes ao caso.

Na Itália, o *iura novit curia* está previsto na seção do Código que trata "Dos Poderes do Juiz". O art. 113, intitulado "pronúncia de acordo com o direito", dispõe que "Ao pronunciar-se sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo equidade".[1028] Como na França, o art. 114 do c.p.c. italiano autoriza o julgamento por equidade por convenção entre as partes.[1029]

[1025] "Article 12. Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée".

[1026] V. CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. p. 27-30.

[1027] "Article 12. (…) Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat".

[1028] "Art. 113. (Pronuncia secondo diritto). Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità".

[1029] "Art. 114. (Pronuncia secondo equità a richiesta di parte). Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta".

77. As cinco consequências fundamentais do *iura novit curia* no processo civil

A indisponibilidade jurídica, traduzida pelo *iura novit curia*, produz cinco consequências fundamentais ao processo: (a) a incontrovérsia jurídica é irrelevante ao Estado-jurisdição; (b) o juiz pode alterar a qualificação jurídica dada aos fatos pelas partes; (c) o Estado-juiz não está vinculado aos enunciados normativos invocados pelas partes como aplicáveis ao caso; (d) o Estado-juiz pode ignorar o *nomen iuris* dado à pretensão da parte; (e) as partes não têm o ônus de produzir nenhuma prova em relação à existência, vigência ou conteúdo de determinada norma jurídica.

(a) A primeira e mais importante consequência do *iura novit curia*, da qual de certo modo decorrem as demais, é que a incontrovérsia jurídica é ineficaz no processo. Ainda que a parte qualifique juridicamente um fato e a outra parte não impugne essa qualificação, ou a ela anua expressamente, é dever do Estado-juiz verificar se a qualificação proposta está correta – e corrigi-la se necessário. A clássica divisão entre *ponto* e *questão* só se aplica aos *fatos* processuais, não ao Direito. Apenas alegações fáticas podem configurar *pontos* incontroversos ou *questões* a serem dirimidas. Alegações jurídicas são *sempre questões que devem ser necessariamente enfrentadas e resolvidas*, pois a controvérsia ou incontrovérsia pelas partes é, repete-se, processualmente irrelevante.[1030] Mais do que isso, todo aspecto *jurídico* relevante à causa, tenha ou não sido alegado por uma das partes, tenha ou não sido impugnado pela outra parte, é uma *questão* a ser resolvida pelo Estado-juiz.

Suponha que os autores pediram a exclusão societária do sócio por falta grave no cumprimento de suas obrigações, nos termos do art. 1.030 do Código Civil. Alegaram que a falta grave foi configurada porque o sócio morava em cidade distinta daquela em que estava localizada a sede da sociedade (causa de pedir). Suponha ainda que o réu não impugnou o fato de morar em outra cidade (fato incontroverso) tampouco impugnou a qualificação jurídica de que o fato seria uma "falta grave". Respondeu apenas que morar em outra cidade não colocava a continuidade da empresa em risco (requisito para a exclusão extrajudicial do sócio minoritário – art. 1.085 do CC -, mas não da exclusão judicial prevista no art. 1.030). Nesse caso, em razão do *iura novit curia*, é dever do Estado-juiz julgar

---

[1030] Reitero, assim, ponderação crítica que eu já havia feito em RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Os limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil*. p. 98. Naquela oportunidade, rejeitei o argumento de parte da doutrina que pretendia enxergar na expressão "*questão* prejudicial" (art. 503, §1º do NCPC) o fundamento para exigir um "debate intenso" como requisito à extensão dos limites da coisa julgada.

improcedente a demanda se constatar que o simples fato de um sócio morar em outra cidade não configura a 'falta grave' exigida pelo art. 1.030 do Código Civil. A incontrovérsia entre as partes sobre os *efeitos jurídicos* da causa de pedir do demandante é processualmente irrelevante.

(b) Desde que observado o prévio contraditório, a qualificação jurídica dada aos fatos pelas partes pode ser 'livremente' alterada pelo Estado-juiz para acolher os efeitos jurídicos pretendidos.[1031] Utilizando exemplo bastante comum e reiteradamente invocado, aplica-se o *iura novit curia* quando o demandante alega que celebrou o contrato apenas porque a outra parte estava apontando uma arma de fogo contra a sua esposa, qualifica esse fato de *dolo* e pede a invalidação do contrato. Provado que o contrato foi realmente celebrado nas circunstâncias narradas pelo demandante, o Estado-juiz tem o *dever* de corrigir a qualificação jurídica do fato para *coação* e, então, julgar procedente a demanda. O que importa aqui é que do fato narrado (contrato assinado sob ameaça) decorre a consequência pretendida (invalidação do contrato). Há, portanto, causa de pedir remota (o fato narrado) e a tal *causa de pedir próxima* (o vínculo entre o fato e o pedido de invalidação do contrato). Se a invalidação decorre de um contrato anulável por coação, erro, dolo, falta de autorização de terceiro etc., isso é algo que deve ser averiguado pelo Estado-juiz. Sob o ponto de vista do demandado, a consequência é idêntica. Se o réu contesta a pretensão condenatória do autor porque ele, réu, é credor do autor de obrigação líquida e vencida, e chama isso de confusão, *deve* o Estado-juiz qualificar corretamente o fato e julgar improcedente a demanda por compensação.

(c) Ainda menos importante do que a qualificação jurídica sugerida pelas partes é a invocação de enunciados normativos ou normas jurídicas que justifiquem o pedido.[1032] Se, utilizando o mesmo exemplo dado acima da coação (negócio anulável), o demandante pede a invalidação do contrato com fundamento no art. 167 do Código Civil,

---

[1031] Como bem explicam GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. p. 401 e ss; MOTULSKY, Henri. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*. p. 45.

[1032] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 726-727; MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*, v. I. p. 259; MELENDO, Santiago Sentís. *El Juez y el Derecho*. p. 58-59; V. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II. p. 356; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. p. 279; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* Causa Petendi *no Processo Civil*. p. 208.

que trata de negócio jurídico simulado e, portanto, *nulo*, o juiz *deve* ignorar a alegação do demandante e indicar o dispositivo legal correto em sua motivação (o art. 171, II do CC, p.ex.). De igual modo, se o réu contesta a pretensão condenatória do autor porque teria havido compensação e cita erroneamente o art. 381 do CC, que trata de confusão, deve o Estado-juiz relevar o equívoco e acolher o pleito com fundamento no art. 368 do mesmo Código.

(d) O que importa para a procedência da demanda é que os fatos constitutivos sejam confirmados e deles decorra a consequência inequivocamente pretendida pelo pedido. Por isso, o *nomen iuris* dado à pretensão do demandante não é relevante.[1033] Se a parte denomina a sua demanda de "ação reivindicatória", mas narra que é possuidora, que a sua posse está sendo turbada e que quer ser mantida na posse, o nome erroneamente dado deve ser desconsiderado pelo Estado-juiz e a tutela possessória pretendida, desde que legítima, deve ser concedida. Chamar uma ação possessória de "ação reivindicatória" é um equívoco, mas, pelo *iura novit curia*, não gera nenhuma consequência negativa ao demandante.

(e) O Direito independe de prova.[1034] Se "o juiz conhece o Direito", então é evidente que ele não precisa ser alegado nem *provado* pelas partes. A dispensa de prova refere-se tanto à *existência* quanto à *vigência* do Direito. A mera invocação de uma norma jurídica é suficiente para que o juiz tenha de levá-la em consideração no momento de decidir. Nenhuma das partes precisa juntar uma cópia da lei, transcrever o enunciado normativo na petição nem, muito menos, comprovar que já entrou em vigor ou que não foi revogada: *iura novit curia*.

78. O significado do art. 357, §2º do NCPC

Considerando o significado e as consequências do *iura novit curia*, não se deve dar interpretação ampliativa ao art. 357, §2º do NCPC para extrair do dispositivo significado que ele não tem. Em outras palavras, não se pode supor que o enunciado normativo tenha positivado a autorização, que existe na França, para que as partes definam quais são as *normas jurídicas* a serem aplicadas ao caso concreto.

[1033] ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 147 e ss.; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* Causa Petendi *no Processo Civil*. p. 208.

[1034] MELENDO, Santiago Sentís. *El Juez y el Derecho*. p. 60; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. p. 62-63

O que faz o dispositivo é apenas permitir que as partes, mediante homologação judicial, *delimitem as questões de direito* relevantes à causa e que necessariamente deverão ser decididas de forma principal ou incidente, como, p.ex., a natureza do contrato, a validade do contrato, as consequências jurídicas do inadimplemento etc. Essa delimitação, democrática e promotora da liberdade, presta-se a direcionar a atuação das partes na fase instrutória e, principalmente, impedir o juiz de se omitir sobre questões relevantes.

No entanto, o art. 357, §2º do NCPC não derroga o *iura novit curia* nem permite que as partes impeçam o Estado-juiz de decidir conforme o Direito estatal, escolhendo normas ou pré-definindo qualificações jurídicas. Em outras palavras, as partes dizem *o que julgar*, mas não *como* e *em que limites* julgar.

79. Limites ao *iura novit curia:* a decisão judicial não pode se afastar do mérito ou dos fatos alegados pelas partes

O nosso STJ invoca com frequência o *iura novit curia*,[1035] mas muitas vezes o faz de forma atrapalhada para justificar decisões *extra petita* ou *ultra petita*, em prejuízo da inércia jurisdicional e da correlação entre demanda e tutela.

Apenas para citar um exemplo, o Tribunal recentemente afirmou que "a obrigatória adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância dos brocardos *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz é quem conhece o direito)".[1036]

O raciocínio, mesmo em tese, não poderia estar mais equivocado. O *iura novit curia* não mitiga, *em nenhuma hipótese*, "a obrigatória adstrição do julgado ao pedido expressamente formulado", pois o *iura novit curia* não tem nenhuma relação com os limites do "pedido expressamente formulado". Como vem sendo demonstrado, o *iura novit curia* refere-se única e tão somente à aplicação do Direito aos fatos *estabelecidos pelas partes*.[1037]

[1035] Em pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do STJ foram encontrados, em setembro de 2017, 359 acórdãos e 9204 decisões monocráticas com a expressão.

[1036] STJ, REsp 1645223/SP, julgado em 21/02/2017.

[1037] *Cf.* MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. I. p. 64-65.

Analisada concretamente a decisão, constata-se que o *iura novit curia* foi invocado pelo STJ para dar provimento a recurso especial e conceder pedido que jamais fora formulado pela parte demandante. O caso concreto era o seguinte: o Banco autor pediu a condenação da ré a cumprir obrigação de fazer e, caso o cumprimento da obrigação fosse impossível, então pediu, *eventualmente*, a conversão da obrigação em perdas e danos. Constatado o inadimplemento, sem nenhum pedido, a sentença de primeiro grau condenou *de oficio* a parte ré a pagar danos morais porque "a imagem da autora ficou abalada perante clientes". Não havia em toda a petição inicial nem uma única referência a danos morais ou prejuízo à imagem do Banco. O TJSP corrigiu o censurável ativismo e decidiu que "não houve observância pelo MM. Juízo 'a quo' do princípio da congruência entre o pedido e a v. sentença, que, aliás, consiste em decorrência necessária do devido processo legal. O pedido, diga-se, é a condição e o limite da prestação jurisdicional, sendo evidente que a decisão judicial não pode conceder à parte pleito diverso daquele por ela formulado".

O caso chegou ao STJ e o Tribunal, invocando o *iura novit curia* (que não tinha nenhuma relação com nenhum aspecto da causa, pois o que se discutia eram os limites da pretensão deduzida pelo Banco) e a possibilidade de interpretação lógico-sistemática do pedido, deu provimento ao recurso especial e restaurou a condenação da parte ré a pagar os danos morais que jamais foram pedidos pelo Banco.

A decisão do STJ bem demonstra os perigos de uma má compreensão do significado e dos alcances do *iura novit curia*.

Em sentido diametralmente oposto, o Superior Tribunal de Justiça de Portugal corretamente decidiu, em janeiro de 2017, que "Incumbe ao tribunal proceder a qualificação jurídica que julgue adequada, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do CPC, mas dentro da fronteira da factualidade alegada e provada e nos limites do efeito prático-jurídico pretendido, sendo-lhe vedado enveredar pela decretação de uma medida de tutela que extravase aquele limite, ainda que pudesse, porventura, ser congeminada por extrapolação da factualidade apurada". Por isso, "Não tendo o A. logrado provar os factos que consubstanciam a causa de pedir invocada, provando-se antes uma relação jurídica diversa, firmada entre o autor e um dos réus, de que possa resultar também um efeito prático-jurídico distinto do peticionado, não resta senão julgar a ação improcedente".[1038]

[1038] Portugal, STJ, Processo 873/10.9T2AVR.P1.S1, julgado em 19.01.2017.

Com efeito, embora o Direito seja indisponível às partes e ao Estado-juiz, isso não autoriza que seja concedida tutela jurisdicional diversa da que foi pleiteada pelo demandante ou que a decisão esteja fundada em fatos distintos dos que foram alegados e provados pelas partes. O *iura novit curia* impõe que o Estado-juiz dê aos fatos a qualificação jurídica adequada e julgue de acordo com o Direito, mas o julgamento deve ser *da pretensão deduzida pelo demandante com fundamento nos fatos alegados pelas partes*. Conclusão diversa implicaria negar o princípio dispositivo e a regra da inércia jurisdicional. [1039]

Por isso, quando se afirmou no ponto anterior que uma pretensão possessória poderia ser concedida ainda que chamada de reivindicatória, a premissa estabelecida era que o nome estava errado, mas *ontologicamente* a pretensão deduzida estava correta, pois amparada em fatos que a legitimavam. O demandante alegou ser possuidor, pediu a tutela da posse e apenas a denominou equivocadamente. Não se trata, portanto, de admitir uma tutela possessória quando formulada uma pretensão petitória. Por outro lado, se o demandante alegar ser proprietário e pedir a tutela da posse, *a tutela não pode ser concedida*. Não importa se foi provado no processo que ele também tinha a posse. A causa de pedir da demanda era a propriedade e a ela o Estado-jurisdição está absolutamente vinculado.

Repete-se: o *iura novit curia* não pode servir de pretexto para decisões ativistas que desrespeitem a demanda ou a defesa e extravasem os limites estabelecidos pela correlação.

80. O *iura novit curia* é um *dever* imposto ao juiz, e não uma faculdade

É interessante e recorrente, nas arbitragens, a discussão se o *iura novit curia* configura um *dever* ou uma *faculdade* ao juiz.[1040] Contudo, esse é um debate que não tem

---

[1039] Ensinava CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 726-727: "Se dunque l'attore argomenta da norme di legge inesistenti o mal apprese, il giudice applicherà tuttavia le norme del caso, purchè l'oggetto della domanda non sia modificato. (…) Ma in ogni modo conviene che il fatto costitutivo resti lo stesso (…)". V. também DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II. p. 128; MOTULSKY, Henri. *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du j*uge. p. 104-105; Idem. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*. p. 49; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. p. 102; ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. p. 133.

[1040] Sobre o tema, remeto ao que escrevi em RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Iura novit curia nas arbitragens*. p. 74-75.

como ser transportado ao processo judicial, nem mesmo em tese. Para o Estado-juiz, o exercício do *iura novit curia* é sempre um *dever*, o qual decorre da necessidade de que as decisões judiciais estejam de acordo com o Direito estatal.[1041]

Em primeiro lugar, a indisponibilidade do Direito vale tanto para as partes quanto para o Estado-juiz. Se as partes não podem estabelecer consensos quanto à interpretação ou à aplicação equivocadas do Direito, também não pode o Estado-juiz dele dispor e admitir decisões antijurídicas.

Em segundo lugar, como já foi exposto (v. Capítulo Primeiro, n. 15.1), juízes não têm faculdades no processo. Agindo em nome do Estado, possuem apenas *deveres-poderes* a serem obrigatoriamente exercidos sempre que verificados os pressupostos fáticos para tanto. Aceitar que o *iura novit curia* seja uma faculdade implicaria aceitar que juízes podem deliberadamente proferir decisões antijurídicas porque voluntariamente deixaram de dar o correto enquadramento jurídico à situação fática que lhes foi apresentada pelas partes.

Em terceiro lugar, a correta aplicação do Direito interessa diretamente ao Estado, pois a integridade do ordenamento jurídico configura autêntico interesse público primário. Ao contrário do *error in iudicando* fático, que tem repercussões concentradas e prejudica apenas aquele que foi parte no específico processo em que houve o equívoco, o *error in iudicando* jurídico prejudica toda a coletividade.

81. A inexistência de "inovação jurídica" no processo

A parte pode *inovar* no processo quando alega fatos novos. É o que dispõem os arts. 493 e 1.014 do NCPC. Contudo, o fato novo só é admissível no processo depois de estabilizada a demanda se for superveniente ou se justificadamente desconhecido pela parte quando teve a oportunidade de apresentar suas alegações fáticas. Ainda que o fato seja de importância primária à causa, superada a fase postulatória, nenhuma das partes poderá alegá-lo se tinha condições de fazê-lo anteriormente.

Essa disciplina não se estende às questões jurídicas.

[1041] Ideia sempre defendida com elegância por MOTULSKY, Henri. *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*. p. 104 e ss. Para MELENDO, Santiago Sentís. *El Juez y el Derecho*. p. 42-43, o juiz teria um "dever funcional" "de conhecer as normas que há de aplicar". Contudo, trata-se de visão excessivamente pessoalizada do fenômeno. O *iura novit curia* não pode ser compreendido como um dever funcional de agentes estatais, e sim *dever do Estado* de aplicar corretamente o Direito ao caso concreto.

Tratando-se o *iura novit curia* de um *dever* imposto ao juiz de dar o *correto* enquadramento jurídico aos fatos relevantes ao processo, independentemente do que tenham alegado as partes, conclui-se que não existe 'inovação' de tese jurídica no processo civil. A indisponibilidade do Direito faz com que todo e qualquer aspecto jurídico relevante à causa tenha tratamento equivalente ao de uma questão de ordem pública e possa ser alegado a qualquer tempo e grau de jurisdição.

O seguinte exemplo ajuda a entender o raciocínio. João e Maria celebraram contrato de locação de imóvel com prazo de cinco anos para que Maria desenvolvesse uma atividade comercial. Depois de quatro anos da vigência do contrato, Maria propõe ação renovatória e narra em sua petição inicial que locou o imóvel para instalar uma loja de calçados, mas esclarece que nos últimos doze meses o imóvel vinha sendo utilizado como restaurante. João contesta a demanda e invoca o art. 52, II da Lei de Locações; afirma que ele também pretende instalar um restaurante no imóvel. Considerando a proibição de que o locador retome o bem para exercer a mesma atividade do locatário (art. 52, II da Lei de Locações), a demanda de Maria é julgada procedente. Pode João, em apelação, sustentar que a sentença deve ser reformada porque Maria não tinha direito à renovação compulsória, uma vez que não exercia a mesma atividade comercial havia três anos ininterruptos (art. 51, III da Lei de Locações)?

A resposta é seguramente positiva. Considerando que o *iura novit curia* é um dever, competia ao Estado-juiz ter julgado improcedente a demanda se dos fatos narrados pelo demandante não decorria a consequência pretendida. Se Maria não tinha direito à renovação compulsória, essa era uma conclusão a que deveria ter chegado a sentença, independentemente de qualquer alegação de João. Quanto a isso, lembre-se que mesmo se João fosse revel, isso não implicaria a procedência do pedido de Maria, pois é *dever* do Estado-juiz averiguar se os fatos constitutivos da pretensão estão presentes.

Assim, perfeitamente válida a apelação de João para apontar um *error in iudicando* decorrente da má aplicação do Direito ao caso concreto. João não alegará nenhum fato novo no recurso; apenas dará outra roupagem jurídica aos fatos incontroversos que já constavam da petição inicial de Maria.

Indo um pouco além, também poderia o Tribunal de Justiça dar provimento à apelação e reformar a sentença, ainda que João tivesse deixado de invocar o art. 51, III da Lei de Locações, *desde que* houvesse pedido expresso de reforma da sentença. Apesar da carência argumentativa da defesa de João, os elementos necessários à improcedência da

demanda de Maria seriam devolvidos ao Tribunal pela profundidade do efeito devolutivo da apelação.

Mas que fique claro: o que se admite é a apresentação, por qualquer das partes, de novos *argumentos jurídicos*. Se João recorrer e pedir a invalidação da sentença de primeiro grau para discutir o valor do aluguel fixado, a extensão do efeito devolutivo do recurso impedirá o Tribunal de analisar se Maria tinha, ou não, o direito à renovação compulsória do contrato. João aquiesceu à renovação compulsória do contrato e esse capítulo da decisão transitou em julgado. Resta a João apenas ação rescisória em razão da violação a norma jurídica (art. 966, V do NCPC). O *iura novit curia* não excepciona a inércia jurisdicional nem a regra da correlação entre tutela jurisdicional e demanda.

82. A oposição de embargos de declaração para suprir omissões jurídicas

Se o *iura novit curia* é um dever, então toda questão jurídica relevante ao caso deve ser enfrentada pela decisão, sob pena de omissão. Devem ser enfrentadas as alegações jurídicas deduzidas pelas partes[1042] e devem ser enfrentadas todas as questões relevantes ao caso, ainda que omitidas por demandante e demandando. Caso não o sejam, há omissão na decisão a ser corrigida por embargos de declaração.[1043] A conclusão oposta só se poderia chegar se o *iura novit curia* fosse concebido como faculdade, e não dever.

Utilizando novamente o exemplo anterior, a sentença de primeiro grau *omitiu-se* quanto à incidência do art. 51, III da Lei de Locações ao caso concreto. Se provocado por embargos de declaração, o juízo *a quo* tem o dever de analisar o argumento jurídico e, se for o caso, atribuir efeitos infringentes ao recurso.

Perceba-se que não se trata de transformar os embargos de declaração em instrumento de reforma de decisões judiciais, mas de reconhecer que o *iura novit curia* é um *dever* e a sua inobservância configura omissão a ser corrigida. Além disso, a conclusão não

---

[1042] Sobre a obrigatória completude do dever de motivação, remeto ao que escrevi em RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. p. 219-231.

[1043] Diferente é a jurisprudência do STJ. São várias as decisões que afirmam ser "vedada a inovação de teses em embargos de declaração", inexistindo "omissão em acórdão que julgou a apelação sem se pronunciar sobre matérias não arguida nas razões de apelação". P.ex., STJ, REsp 1.038.920/SP, publicado em 25/11/2008; STJ, AgRg no AREsp 364.354/RJ, julgado em 22/10/2013. O entendimento está equivocado, pois parte do pressuposto de que o *iura novit curia* é uma faculdade que pode ser exercida ao bel-prazer do julgador.

afeta em nada a efetividade do processo, pois a parte terá a oportunidade de apontar as omissões jurídicas que entende terem ocorrido uma única vez; depois disso, a faculdade recursal está preclusa e a questão deverá ser dirimida de outra forma.

83. A vedação às "decisões-surpresa" e *iura novit curia*

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

Havia muito tempo que a doutrina brasileira denunciava as "decisões-surpresas" que, a pretexto de valer-se do "poder" de conhecer de determinadas questões de ofício, suprimia por completo o contraditório e seguia um caminho jurídico jamais debatido.[1044] Para acabar com essa prática perniciosa, o legislador buscou alinhar o Brasil com os demais países de tradição romano-germânica que preveem o contraditório prévio para qualquer decisão judicial, ainda que fundada em matéria de ordem pública ou questão cognoscível de ofício.

O pioneiro e sempre invocado art. 16 do CPC francês, vigente há mais de quatro décadas, possui disciplina extensiva e trata especificamente do *iura novit curia* em seu terceiro parágrafo: "Ele [o juiz] não pode fundamentar a sua decisão sobre as alegações de direito que ele tenha suscitado de ofício sem ter previamente convidado as partes a apresentar a suas observações".[1045] Na Itália, o art. 101, §2º do *c.p.c.*, inserido em 2009, dispõe que "Se acredita utilizar como fundamento da decisão uma questão cognoscível de ofício, o juiz reserva a decisão, assegurando às partes, sob pena de nulidade, um prazo, não

---

[1044] Por todos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. p. 104: "Se os juízes passassem a assegurar o contraditório pleno, ouvindo previamente as partes antes de proferir qualquer decisão, ainda que sobre matérias cognoscíveis de ofício, seguramente, muitos recursos seriam evitados. V. também SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. p. 163-165.

[1045] No original: "*Article 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*".

inferior a vinte dias e não superior a quarenta dias da comunicação, para o depósito em cartório de petição contendo observações sobre a mesma questão".[1046]

Já foi dito neste trabalho que o *iura novit curia* é uma exigência do Estado Moderno de que os juízes apliquem corretamente o Direito a que estão vinculados. O aforismo radica na noção de que as decisões judiciais são atos *impessoais* produzidos pelo Estado-jurisdição, ainda que "corporificado"[1047] pelos juízes.[1048] Sob essa perspectiva de indisponibilidade do Direito, pouco importa se o juiz tira de sua cartola um argumento jurídico que jamais havia sido cogitado no processo ou se, antes de decidir, informa às partes que talvez os fatos comportem uma qualificação jurídica diversa da que foi por elas apresentada e abre-lhes a oportunidade de manifestação. Em qualquer uma das duas hipóteses, o Estado-juiz está cumprindo a sua missão de preservar a juridicidade das decisões judiciais.

O que muda entre um cenário e outro é que o primeiro é um ato autoritário e despótico que suprime a participação das partes no processo e a faculdade que cada uma delas tem de influir na decisão judicial. O segundo é um ato democrático que dá aos litigantes a oportunidade de demonstrar que aquela talvez não seja a solução correta ao caso concreto.

De uma forma ou de outra, o *iura novit curia* não significa – nem jamais significou – que o Estado-juiz deva impor de forma autoritária a qualificação jurídica que

---

[1046] Na versão original: "*Art. 101. (Principio del contraddittorio) (...) Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*".

[1047] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. p. 328-331: "Tais são os juízes, que corporificam o Estado e o representam no exercício da jurisdição. (...) *O juiz não é sujeito do processo, em nome próprio*: ele ocupa o lugar do mais importantes dos sujeitos processuais, que é o Estado".

[1048] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II. p. 338-339: "Enquanto os outros sujeitos da relação jurídica processual têm interesse dependente dos resultados do processo, o juiz não tem interesse próprio, qualquer que seja. O seu interesse é transindividual, identifica-se com a missão social que lhe confiou o Estado: realizar o direito objetivo e pacificar, dirimindo contendas. (...) Toda sua atividade é ordenada no sentido de que, através dele, seja o Estado que exerce o ato. (...) O pedido é feito ao Estado. Esse, pelo seu juiz, responde qual o texto que incidiu, ou qual o texto que não incidiu, ou se não há texto para o caso, ou se o há".

bem entende aos fatos narrados pelas partes.[1049] Significa, sim, que o Estado-juiz deve zelar pela juridicidade de suas decisões; objetivo que será atingido com muito mais legitimidade se proporcionado o contraditório prévio e a participação efetiva das partes no resultado do processo. Nas precisas palavras de Francesco Luiso, "o que foi discutido é melhor decidido do que o que não foi discutido".[1050]

Por isso, só pode ser enxergada com perplexidade e consternação a tentativa dos magistrados nacionais de negar vigência ao art. 10 do NCPC e aprovar "enunciado" pelo qual "Entende-se por 'fundamento' referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes".[1051]

Ou seja, o Enunciado pretende transformar o art. 10 em letra morta, pois sempre foi óbvio que o juiz não poderia decidir sem ouvir a outra parte a respeito de um fato constitutivo, modificativo, extintivo ou impeditivo do direito que fundamenta a pretensão do demandante. O problema sempre foi de "enquadramento jurídico", e é justamente por esse motivo que o art. 10 do NCPC existe.[1052]

Mais recentemente, a Quarta Turma do STJ deu concretude a essa lamentável 'interpretação' do dispositivo e decidiu que "O 'fundamento' ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação - não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis

---

[1049] Nesse sentido, na Itália, MONTESANO, Luigi. *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civile di 'terza via'*. p. 931.

[1050] LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contradditorio*. p. 66.

[1051] Enunciado nº 1 aprovado no Seminário "O Poder Judiciário e o Novo Código De Processo Civil", promovido pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e realizado em agosto de 2015. Para uma crítica dura a esse enunciado, v. NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. *Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório no novo CPC*. *passim*. Para uma crítica mais ampla ao comportamento da magistratura perante o NCPC, STRECK, Lênio. *O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido? passim*.

[1052] Em sentido diametralmente oposto, dispõe o Enunciado nº 282 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10".

de aplicação para o exame da causa".[1053] No voto da relatora constou que "Os fatos da causa devem ser submetidos ao contraditório, não o ordenamento jurídico, o qual é de conhecimento presumido não só do juiz (iura novit curia), mas de todos os sujeitos ao império da lei, conforme presunção jure et de jure (art. 3º da LINDB)".

Como se percebe, o STJ utilizou a despicienda distinção entre "fundamento jurídico" e "fundamento legal" do pedido (que já foi criticada neste trabalho – v. Capítulo Quarto, n. 50.1) para restringir o âmbito de eficácia da norma jurídica e permitir que a decisão suprima o contraditório para alterar o "fundamento legal" "regente da matéria".

O problema é ainda mais grave porque, ao contrário do que afirma a decisão, o caso não foi de mera alteração de "dispositivo legal". Durante todo o processo debateu-se se a pretensão do demandante estaria extinta em razão do prazo trienal previsto no art. 206, §3º, V do Código Civil. Ao chegar ao STJ, o Tribunal não decidiu "apenas" por outro dispositivo, mas mudou a qualificação jurídica dos fatos e aplicou o prazo decenal do art. 205 do CC.

Tem razão o STJ quando afirma que "pouco importa que as partes não tenham aventado a incidência do prazo decenal ou mesmo que estivessem de acordo com a incidência do prazo trienal": *iura novit curia*. Contudo, uma vez constatando incidir outra norma jurídica com outro prazo prescricional, tinha o *dever* de abrir o contraditório e permitir que ambas as partes se manifestassem sobre a incidência do art. 205 do CC ao caso e, por consequência, sobre o prazo decenal da prescrição para aquela hipótese fática.

Com isso, o tribunal que deveria zelar pela observância do Direito federal, simplesmente desrespeitou, em nome do *iura novit curia*, norma federal expressamente positivada. Uma contradição insuperável.

O fato de que o processo deve ser regido por um debate franco entre os sujeitos processuais é difícil de ser compreendido na filosofia processual autoritária que reinou no século XX.[1054]

[1053] STJ, EDcl no REsp 1280825/RJ, julgado em 27/06/2017.

[1054] Dificuldade que nunca teve Henri Motulsky. Com invejável desenvoltura, o professor francês já na década de 60 defendia o contraditório prévio para exercício do *iura novit curia*. Dentre outros trabalhos, v. MOTULSKY, Henri. *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*. p. 109-110.

Na Itália, com seu polêmico Código e sua doutrina tradicionalmente 'publicista-autoritária', o caminho percorrido até chegar ao art. 101, §2º do *c.p.c* foi tortuoso. Antes dele, os arts. 183, §4º[1055] e 384, §3º[1056] já haviam tentado evitar as decisões-surpresa, mas ambos receberam interpretação restritiva pela Corte de Cassação. O art. 183, §4º foi compreendido como uma faculdade do juiz sem nenhuma consequência caso desrespeitado, e o art. 384, §3º foi restringido às questões de ofício que versavam sobre o mérito, mas não às relativas ao processo.[1057] O objetivo do art. 101, §2º do *c.p.c.*, com redação idêntica à do art. 384, §3º, mas inserido no Livro das Disposições Gerais do *Codice* foi combater a resistência jurisprudencial e enfim consolidar a proibição das decisões-surpresa.

E mesmo o art. 101, §2º encontra resistência. Recentemente, Sergio Chiarloni criticou o dispositivo porque seria "um caso típico de formalismo das garantias". De acordo com o docente italiano, se o Estado-juiz decide por um fundamento que não foi aventado pela parte, tratar-se-ia de uma "insuficiente atenção dos defensores", pois, "quando os defensores sabem exercer o próprio mister, as questões cognoscíveis de ofício, antes que o ofício autonomamente as suscite, são levantadas pelas partes".[1058] Chiarloni propõe, então, uma "interpretação corretiva" do dispositivo, pela qual só há nulidade se "a violação do contraditório for tal a ponto de não haver permitido à parte de instaurar a controvérsia, com alegações sucessivas".[1059]

Abstraído o absurdo de se realizar "interpretações corretivas" para alterar normas legais produzidas democraticamente pelo Poder Legislativo, esse tipo de raciocínio, talvez válido como hipótese acadêmica, mas inteiramente dissociado do que acontece no

---

[1055] "*Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*".

[1056] "*Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione*".

[1057] V. LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contradditorio*. p. 65.

[1058] CHIARLONI, Sergio. *Sulla rilevabilità in sede di gravame della nullità ex art. 101, comma 2º, c.p.c.* p. 60-61.

[1059] CHIARLONI, Sergio. *Sulla rilevabilità in sede di gravame della nullità ex art. 101, comma 2º, c.p.c.* p. 64.

mundo real, ignora que o advogado só conseguiria antecipar todas as possíveis e incontáveis questões suscitáveis de ofício pelo Estado-juiz se cada uma de suas petições fossem tratados processuais abarrotados de considerações impertinentes. "Saber exercer o próprio mister" é saber enfrentar as questões relevantes à causa e, no momento oportuno, demonstrar ao julgador que uma dada questão levantada por ele de ofício não se aplica ao caso concreto. Como bem apontou Francesco Luiso, "não é concretamente exigível que cada parte possa instaurar o contraditório sobre todas as questões abstratamente relevantes".[1060]

Diante de tudo isso, a única conclusão a que se pode chegar é que o *iura novit curia* é, sim, uma restrição ao princípio dispositivo e *impõe* ao Estado-juiz que decida corretamente as pretensões que lhe são deduzidas sob o ponto de vista jurídico, independentemente do que foi alegado pelas partes; contudo, qualquer questão levantada de ofício pelo Estado-juiz, que não tenha sido objeto de debate entre as partes, deve ser submetida ao prévio contraditório.

84. A "exceção" à indisponibilidade do Direito: prova de normas jurídicas não vigentes no local em que exercida a jurisdição

As razões apresentadas à indisponibilidade do Direito levam à natural conclusão de que é apenas indisponível o Direito vigente no âmbito de competência do juízo judicante. Respeitado o suporte fático estabelecido pelo legislador, pode-se afirmar que: toda norma federal é indisponível no território nacional, toda norma estadual é indisponível na respectiva unidade federativa, e toda norma municipal é indisponível no respectivo município em que foi produzida.[1061]

Contudo, quando não se trata do Direito vigente no local em que está sendo exercida a jurisdição, a norma jurídica é equiparada a *fato* jurídico relevante e depende de alegação pelo interessado e, eventualmente, de prova quanto ao seu teor e vigência.[1062] É o

---

[1060] LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contradditorio*. p. 65.

[1061] Obviamente, falar em indisponibilidade não quer dizer que a norma incidirá necessariamente no caso concreto. A indisponibilidade remete à impossibilidade de ignorar uma norma jurídica vigente e eficaz ou de aceitar que as partes definam qual é o direito aplicável.

[1062] Nesse sentido, SATTA, Salvatore. *Iura novit curia*. p. 382. Em sentido contrário, MICHELI, Gian Antonio. *Jura novit curia*. p. 207 e ss.

que dispõe o art. 376 do NCPC: "A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar".

Nesse caso, o juiz tem o *dever* de aplicar o direito vigente, mas não o direito alienígena. Caso a incidência da norma não seja invocada pela parte, a solução do caso pelo direito vigente não configurará nem omissão nem *error in iudicando*.

85. A indisponibilidade do Direito e os juízos de equidade

Embora não exista no Brasil, ao contrário do que acontece na França e na Itália, a possibilidade de decisões judiciais limitadas às alegações jurídicas das partes, existem os chamados "juízos de equidade". Dispõe o art. 140, parágrafo único do NCPC: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".

Decidir por equidade significa abandonar o Direito como premissa maior da decisão judicial e substituí-lo pelo senso pessoal de justiça do julgador. Em vez de aplicar uma norma jurídica pré-existente aos fatos estabelecidos no processo, o juiz-pessoa *cria* as consequências práticas que lhe parecem mais adequadas ao caso e então julga a pretensão que lhe foi deduzida.

Juízos de equidade não são juízos jurídicos. Na verdade, a equidade é a antítese do Direito como concebido no Estado Moderno. Justamente por isso, as hipóteses de juízo de equidade no sistema brasileiro são paraestatais. São admissíveis na arbitragem (arts. 2º e 11, II da Lei 9.307/96), em que as partes têm plena liberdade para definir as normas jurídicas aplicáveis ao caso (art. 2º, §1º da Lei 9.307/96), e no "juízo arbitral" dos Juizados Especiais (art. 25 da Lei 9.099/95). Em ambas essas hipóteses, a parte retira a competência para julgar a pretensão deduzida pelo demandante do Estado-jurisdição e a entrega a um particular; e ao renunciar à jurisdição 'estatal', pode dispor também do Direito estatal.

Os raros casos em que se admitem os juízos de equidade apenas confirmam, portanto, a indisponibilidade do Direito no processo judicial-estatal, bem como a intrínseca relação do *iura novit curia* com o fato de que o Estado-juiz aplica, ao julgar, o seu *próprio Direito*.

CAPÍTULO OITAVO – DISPONIBILIDADE PROCESSUAL EM SENTIDO ESTRITO

Sumário: 86. A disponibilidade processual em sentido estrito. 86.1. A indisponibilidade processual em sentido estrito: as questões de ordem pública. 87. Desistência da demanda. 87.1. Sobre a concordância do réu com a desistência da demanda. 87.2. A injustificada exceção do art. 1.040, §§ 1º a 3º do NCPC. 88. Abandono do processo. 89. Suspensão convencional do processo. 90. Revelia. 91. A renúncia às faculdades processuais. 92. A desistência pela parte de faculdades processuais previamente exercidas. 93. As exceções processuais. 93.1. As objeções processuais. 94. As convenções processuais atípicas (art. 190 do NCPC). 94.1. Pressupostos de existência e validade das convenções processuais. 94.2. Limites às convenções processuais: validade e restrições legais. 94.3. Controle judicial das convenções processuais. 94.4. A liberdade das partes e a disponibilidade das faculdades e garantias processuais. 94.5. A regra geral sobre a licitude do objeto das convenções processuais. 94.6. As questões indisponíveis e de ordem pública. 94.7. Sobre as convenções envolvendo questões de ordem pública que interessam às próprias partes. 94.8. A impossibilidade de disposição sobre ônus, faculdades, poderes, deveres e direitos de terceiros. 94.9. A vinculação do Estado-jurisdição às convenções processuais: limites. 94.10. A criação de obrigações processuais. 94.11. As consequências do descumprimento da convenção processual. 94.12. O distrato e a novação da convenção processual. 94.13. Sobre a proposta de convenção processual. 95. O calendário processual (art. 191 do NCPC).

86. A disponibilidade processual em sentido estrito

Denomina-se *disponibilidade processual em sentido estrito* a possibilidade que as partes têm de dispor de suas posições e faculdades processuais, e também do procedimento estabelecido em lei, tomando as decisões que lhe parecerem mais acertadas à defesa de seus interesses. Trata-se de garantia indissociavelmente relacionada ao sistema dos ônus processuais que caracteriza o processo civil de feições liberais (ou seja, cioso da liberdade e da individualidade das partes).

Com efeito, a principal diferença entre processos liberais e processos autoritários é que, nestes, as partes têm "o *dever* de participar do processo, e sobretudo de colaborar ao acertamento das situações de fato" (art. 3, §1 da ZPO da Alemanha Oriental de 1975)[1063] e, naqueles, toda a participação das partes no processo é facultativa. Como já foi exposto mais de uma vez neste trabalho, a propositura da demanda é facultativa, a contestação é facultativa, a impugnação à contestação é facultativa, a exceção de incompetência é facultativa, a exceção de suspeição é facultativa, a produção de provas é facultativa, o comparecimento ao depoimento pessoal é facultativo, a exibição de documento é facultativa, a interposição de recursos é facultativa, a propositura de ação rescisória é facultativa; enfim, todos os instrumentos processuais previstos pelo legislador para que seja observado o devido processo legal estão à disposição das partes para que elas os utilizem se assim o desejarem, mas não há nenhuma *sanção* em caso de omissão. Se a causa versar sobre direito indisponíveis, algumas omissões das partes não produzirão os efeitos negativos que lhe seriam inerentes, mas ainda assim a prática do ato será sempre facultativa.

Além disso, a evolução do Direito Processual e o paulatino rompimento com vários dos dogmas publicísticos que se formaram nos séculos XIX e XX abriu espaço para que as partes tenham a faculdade de alterar o procedimento para atender às suas necessidades, realocando o formalismo processual para a sua posição correta. Afinal, o procedimento formal estabelecido em lei para o desenvolvimento do processo não é um fim em si mesmo. Fato é, como ensinava Chiovenda, que a ausência da forma processual gera "a desordem, a confusão e a incerteza";[1064] ou seja, o formalismo tem a função de proporcionar previsibilidade e segurança às *partes*, dando-lhes as condições para participar ativamente do processo e, sobretudo, protegendo-lhes de uma prestação jurisdicional arbitrária. Mas se as partes, capazes e devidamente representadas, pretendem alterar esse procedimento para que os seus interesses sejam atendidos com mais eficácia, apenas uma ideologia autoritária, fundada na concepção de que o Estado sempre sabe o que é melhor para a vida de cada indivíduo, poderia impedi-las.

[1063] *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca (1975)*. p. 4.

[1064] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. p. 663.

86.1. A indisponibilidade processual em sentido estrito: as questões de ordem pública

Evidentemente, a liberdade das partes de dispor do processo e do procedimento não é ilimitada. O contraponto da disponibilidade processual é a preservação da ordem pública – conceito indeterminado que remete à integridade e ao bom funcionamento das instituições jurídicas, políticas e sociais.[1065]

Destarte, independentemente de qualquer alegação das partes, é *dever* do Estado-juiz zelar que sejam observadas algumas normas cogentes que configuram pressupostos indispensáveis de validade do processo, como a capacidade ou a devida representação das partes, a inexistência de impedimento do juiz, a competência (absoluta) do juízo, a ausência de litispendência etc.

87. Desistência da demanda

Salvo raríssimas exceções, todo processo judicial existe porque, em algum momento, houve uma manifestação de vontade nesse sentido pela parte interessada, a qual deduziu uma pretensão processual ao Estado-jurisdição mediante uma *demanda*. Isso quer dizer que alguém *demandou* uma tutela jurisdicional, ainda que em benefício de terceiros (como, p.ex., o Ministério Público em defesa do erário, a associação em defesa dos associados, os sócios em defesa da sociedade etc.).

Desaparecendo o interesse do demandante na tutela jurisdicional, desaparece a razão de sua existência. Acima, neste trabalho (Capítulo Quinto, n. 56), tratou-se da renúncia à pretensão, cuja "homologação" é, na verdade, um julgamento de improcedência da demanda proposta. Além dela, o sistema processual brasileiro, a exemplo de outros sistemas processuais ocidentais, autoriza que o demandante *desista* da sua demanda (a lei fala impropriamente de "desistência da ação") independentemente de qualquer juízo de valor do Estado-jurisdição. Se o autor desistir de sua 'ação', a pretensão deduzida inicialmente *não pode ser julgada:* trata-se de direito potestativo decorrente da autonomia da vontade que vincula e submete o Estado.

[1065] Sobre as diferentes concepções de ordem pública, v. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil*. p. 5-13.

Ao contrário da renúncia à pretensão, a desistência da ação não afeta, de nenhuma forma, a pretensão deduzida pelo demandante. A desistência da ação implica o término do processo *sem julgamento do mérito*, autorizando que exatamente a mesma demanda seja reproposta futuramente.[1066]

Justamente por isso, esse *poder* que o demandante tem de desistir de sua demanda só pode ser livremente exercido até o oferecimento de contestação pelo réu. Uma vez oferecida a contestação, o ordenamento resguarda a posição do réu e lhe dá o direito a uma sentença de mérito – favorável ou desfavorável (art. 485, §4º do NCPC). Parte-se do pressuposto de que, diante de todos os transtornos que a propositura da demanda sabidamente gera ao demandado, incluindo as despesas com a contratação de advogado, não seria razoável atribuir ao demandante um direito potestativo de encerrar o processo a qualquer tempo, mantendo-lhe viva a possibilidade de repropor a mesma demanda e submeter o réu, novamente, aos mesmos inconvenientes. Ademais, a liberdade irrestrita de desistência da ação poderia dar margem a chicanas processuais e extinções de processos em que o autor se encontrasse em situação desfavorável, para depois reinstaurá-los com nova estratégia processual.

Destarte, pode o demandante renunciar à sua pretensão unilateralmente, pois a posição do réu não tem como melhorar com a continuidade do processo, mas não pode, por si só, promover a extinção do processo sem julgamento de mérito depois de oferecida a contestação. Como em tantas outras hipóteses, limita-se parcialmente a liberdade de uma das partes para proteger a esfera jurídica da outra parte.

De acordo com o art. 485, §4º do NCPC, o elemento 'constitutivo' do direito do réu de recusar a desistência unilateral da ação é o oferecimento de *contestação*, mas uma interpretação sistemática do Código impõe que esse direito esteja relacionado à inexistência de revelia. Se o réu for revel, originário ou superveniente, desaparece a *ratio* da previsão legal, e então a desistência da ação poderá ser exercida livremente pelo autor até proferida a sentença.[1067] Por outro lado, se o réu não contestou, mas ingressou posteriormente no

---

[1066] V. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 425.

[1067] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 723; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre a desistência da ação*. p. 4.

processo e o recebeu no estado em que se encontrava, a desistência unilateral da ação pelo autor deve ser vedada.

Sendo de interesse do réu o encerramento prematuro do processo sem julgamento do mérito, as partes podem, de comum acordo, *até a sentença*, pedir a sua extinção (art. 485, §5º do NCPC). É uma hipótese de extinção convencional do processo, de negócio jurídico processual bilateral (ou plurilateral).[1068]

Depois de proferida a sentença pode a parte renunciar ao seu recurso ou renunciar à eventual tutela condenatória que lhe foi concedida, mas não lhe é dado desistir "da ação", pois a prestação jurisdicional está parcialmente concluída.[1069]

Por fim, embora a desistência da ação dependa de homologação judicial para produzir efeitos (art. 200, parágrafo único do NCPC), o único juízo permitido ao Estado-jurisdição é a análise da validade formal das manifestações de vontade. Vedam-se quaisquer juízos de valor sobre a conveniência da extinção do processo e, formalmente válida a vontade externada pelas partes, nada resta ao Estado-juiz senão aceitá-la e respeitá-la.

87.1. Sobre a concordância do réu com a desistência da demanda

A aceitação do réu à desistência da ação é ato de manifestação de vontade que decorre da sua autonomia privada (art. 200 do NCPC); autêntico desdobramento do princípio dispositivo no processo. *Independe*, portanto, de justificativa. Se tem ele direito à sentença de mérito, não precisa justificar o seu interesse em ver o seu direito satisfeito. Do mesmo modo, veda-se qualquer juízo de valor pelo Estado-jurisdição sobre a conveniência da

---

[1068] *Cf.* ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, v. II, t. I. p. 1276: "parece inobscurecível que a duplicidade de declarações de vontade tomadas separada e sucessivamente destinam-se a produzir o mesmo efeito jurídico. O réu que consente com a desistência da ação, o que não constituirá óbice para renová-la mais adiante, tem a mesma intenção do autor. Logo, há negócio jurídico processual.

[1069] Nesse sentido, defendendo o acerto do art. 485, §5º do NCPC, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 722: "Pode o autor, se ganhou a causa, renunciar ao direito de executar ou desistir da execução eventualmente já ajuizada; ou, se perdeu, renunciar ao direito de recorrer ou desistir do recurso já interposto; mas desistir da demanda que já foi julgada, não, pois não há mais do que desistir, uma vez que a prestação jurisdicional pleiteada já foi entregue". Em sentido contrário, criticando a "opção política do legislador", WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 426.

decisão do réu. Trata-se, aqui, do que Fredie Didier Jr. chama de "liberdade de vinculação" da parte ao negócio jurídico, i.e., a "faculdade de celebrar ou não o negócio".[1070]

No CPC/39, declaradamente contrário à liberdade individual, o art. 181, parágrafo único dispunha que "A recusa do réu será rejeitada, si da desistência não lhe resultar prejuízo". Essa regra autoritária não foi transposta ao CPC/73 nem ao NCPC, mas a jurisprudência inexplicavelmente continuou aplicando-a mesmo assim. Com efeito, há várias decisões do STJ exigindo que o réu *justifique* a sua recusa à extinção do processo, sob pena de "inaceitável abuso de direito".[1071]

O raciocínio é de uma ilogicidade flagrante. O réu precisa justificar o motivo pelo qual ele *não quer* celebrar um negócio jurídico processual com o autor para terminar de forma *anômala* o processo; ou, sob outro ponto de vista, o réu precisa justificar o motivo pelo qual ele quer ver respeitado o seu direito a uma sentença de mérito. É mais ou menos como exigir que o proprietário de um veículo justifique a recusa de vendê-lo a um terceiro ofertante, sob pena de "inaceitável abuso de direito". Ou ainda, seria o mesmo que exigir que o autor justifique a recusa em celebrar um negócio jurídico processual com o réu para que sejam suprimidos quaisquer recursos contra a sentença, sob pena de "inaceitável abuso de direito".

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, "o réu termina aprisionando o autor, que fica impossibilitado de exercer a faculdade legítima de requerer a desistência da ação, dependendo, sem qualquer motivo, de mero capricho do réu".[1072] Mais uma vez, o raciocínio não é válido. Primeiro porque o réu não "aprisiona' o autor. Ao autor sempre é dado renunciar à sua pretensão a qualquer momento, independentemente da vontade do réu. Segundo porque o autor não tem uma "faculdade legítima de requerer a desistência da ação". Ele pode desistir da sua ação até a citação; depois disso, a faculdade só é "legítima" se houver a concordância do réu. Terceiro porque o "motivo" da recusa é a vontade do réu; se ele não

---

[1070] DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. p. 20.

[1071] "Desistência da ação após decorrido o prazo para resposta (§ 4º do artigo 267 do CPC). Consoante cediço nesta Corte, após o oferecimento da resposta, o autor não pode desistir da ação sem o consentimento do réu, devendo eventual recusa, contudo, ser devidamente fundamentada, não bastando a simples discordância, a fim de se afastar inaceitável abuso de direito. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ" (STJ, AgRg no REsp 1520422/DF, julgado em 23/06/2015). Em igual sentido, STJ, REsp 1267995/PB, julgado em 27/06/2012; STJ, REsp 1184935/MG, julgado em 28/09/2010; STJ, REsp 901.497/AM, julgado em 01/04/2008.

[1072] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre a desistência da ação*. p. 6.

quer pôr fim a um processo sem que a decisão lhe beneficie com a coisa julgada, essa é uma decisão dele, manifestação direta de sua autonomia privada. Quarto porque, se o réu tem indiscutivelmente um direito à sentença de mérito, é absurdo considerar que a sua intenção em ter o seu *direito respeitado* seja considerado um "capricho".

O fato é que a extinção do processo por desistência da ação não é necessariamente vantajosa ao réu, razão pela qual o legislador condicionou a eficácia do ato do autor à concordância do réu. Logo, não se pode presumir que ele tenha que aceitar o ato ou motivadamente justificar a recusa. A ordem correta das coisas é inversa: a desistência da ação não tem nenhuma validade nem eficácia, salvo se o réu a ela anuir expressamente.

Sobre isso, é importante ressaltar que a concordância do réu à desistência da ação deve ser *expressa*. Discorda-se, portanto, de Fredie Didier Jr. quando ele afirma que "A ausência de resposta do réu à homologação da desistência é entendida como sua anuência, em um exemplo de negócio jurídico unilateral omissivo no direito processual".[1073] Em primeiro lugar, o réu não responde à homologação da desistência, pois a homologação *depende* da sua anuência; ele será intimado, na verdade, da petição do autor manifestando a sua vontade de desistir da demanda proposta. Em segundo lugar, a validade e eficácia do ato depende do *consentimento do réu*; é o que se depreende com clareza do art. 485, §4º do NCPC: "Oferecida a contestação, o autor não poderá, *sem o consentimento do réu*, desistir da ação". Em terceiro lugar, sendo o *consentimento do réu* pressuposto de validade da desistência, não é possível admiti-la por omissão. Em quarto lugar, só se poderia cogitar de validade da desistência por omissão do réu se ele tivesse o *ônus de impugnar* o pedido de extinção do processo por desistência; ou seja, se o NCPC dispusesse que a desistência não será válida caso o réu a ela oponha resistência; a lógica do Código, porém, é justamente oposta: só se cogita de extinção do processo por desistência se houver o "consentimento do réu"; consentimento que deve necessariamente ser expresso e inequívoco.

87.2. A injustificada exceção do art. 1.040, §§ 1º a 3º do NCPC

Há uma exceção à obrigatória anuência do réu à desistência da ação, prevista no art. 1.040, §§ 1º a 3º do NCPC: quando a questão discutida no processo houver sido resolvida em julgamento de recursos repetitivos (arts. 1.036 e ss. do NCPC), o autor pode

[1073] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 724.

desistir da sua demanda independentemente de consentimento do réu, "ainda que apresentada contestação" (art. 1.040, §3º do NCPC).

Trata-se de opção legislativa descabida que tem como único objetivo realizar interesses secundários do Poder Judiciário em detrimento e prejuízo dos jurisdicionados. Com efeito, o art. 1.040, §3º do NCPC permite que o autor, prevendo que sucumbirá no processo, desista da demanda e aguarde uma eventual mudança jurisprudencial (tão comum!) no tribunal superior. Alterada a jurisprudência, poderá o autor repropor a sua demanda e, então, obter a sentença favorável que não teria vindo anteriormente.

Ora, se a demanda proposta está fundada em questão decidida em recursos repetitivos, o autor sempre terá viva a possibilidade de renunciar à sua pretensão. Se o legislador pretendia fomentar o término prematuro do processo por manifestação de vontade do demandante, deveria ter incentivado a renúncia à pretensão (reduzindo as custas processuais, p.ex.), mas não lhe dado um instrumento para impedir o réu de obter uma sentença de mérito *definitiva* e favorável.

88. Abandono do processo

Outra hipótese de extinção do processo estritamente relacionada ao princípio dispositivo é a do abandono do processo, chamada de "desistência indireta" por Leonardo Carneiro da Cunha.[1074]

O abandono do processo pode ser do autor, quando "não promover os atos e as diligências que lhe incumbir" por mais de trinta dias (art. 485, III do NCPC) ou por autor e réu quando "o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes" (art. 485, II do NCPC).

No caso de abandono do processo pelo autor, o processo só será extinto se houver pedido expresso do réu nesse sentido. É o que dispõe prudentemente o art. 485, §6º do NCPC, positivando o enunciado sumular nº. 240 do STJ: "Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu".

[1074] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre a desistência da ação*. p. 11. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 190 fala em instituto "aparentado com a desistência da ação".

Não fosse assim, o autor poderia burlar a restrição legal à desistência da ação sem o consentimento do réu pela inércia proposital em praticar os atos que lhe incumbem.

Exatamente como ocorre com a desistência da 'ação', a extinção do processo por abandono remete ao desinteresse das partes em sua continuidade e revela a disponibilidade que decorre da autonomia privada. Fosse o processo inquisitivo e fundado na busca da verdade e na realização da 'justiça', cumpriria ao Estado dar seguimento ao processo e impor às partes que praticassem os atos que lhe incumbissem sob pena de sanções.

89. Suspensão convencional do processo

Hipótese de disponibilidade em sentido estrito que sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico é a da suspensão convencional do processo (art. 313, II do NCPC; art. 265, II do CPC/73; art. 197, II do CPC/39).

Com efeito, trata-se de um acordo de vontades pelos quais as partes decidem interromper temporariamente a marcha processual e impedir que fluam prazos ou sejam praticados quaisquer atos no processo. Por isso, depende da manifestação de vontade de *todas* as partes *principais*; se qualquer um dos eventuais litisconsortes discordar da suspensão, o ato fica prejudicado. Por outro lado, a suspensão independe da vontade de 'partes acessórias', como os assistentes ou o Ministério Público, p.ex.[1075]

Havendo consenso, a suspensão convencional do processo é um autêntico direito potestativo das partes, exercido a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de justificação. Ao Estado-juiz cumpre apenas analisar se a manifestação de vontade é formalmente válida e foi externada por pessoas capazes. Não lhe é dado, em nenhuma hipótese, julgar a conveniência ou a oportunidade da suspensão.

As partes podem, *consensualmente*, dar por encerrada a suspensão antes do prazo inicialmente previsto. Ou seja, se autor e réu decidem suspender o processo por três meses, podem de comum acordo finalizar a suspensão depois de quinze dias, p.ex. Todavia, a suspensão não pode ser encerrada prematuramente por ato unilateral de uma das partes; a convenção processual é vinculante e deve ser respeitada.

Ao contrário do que se afirmava na vigência do CPC/73, em momento histórico pouco afeito a convenções processuais, a suspensão convencional do processo pode

---

[1075] *Cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 156.

atingir prazos peremptórios, impedir a realização de audiências, suspender perícias em curso, retirar processos da pauta de julgamento dos tribunais etc. A única limitação à suspensão convencional do processo é o prazo legal de 6 (seis) meses (art. 313, §4 do NCPC). O legislador parte do pressuposto de que as partes devem ter o direito de suspender o processo por manifestação pura da vontade, mas isso não pode ser feito indefinidamente, sob pena de amarrar o Estado-jurisdição a um processo cujo prosseguimento não é mais de interesse nem do demandante nem do demandado.

O NCPC não é claro quanto à contagem do prazo. A princípio, o prazo de seis meses permitido em lei para a suspensão do processo deve ser contado globalmente. As partes podem, portanto, suspender o processo três vezes por dois meses cada vez ou uma única vez por seis meses; mas não podem suspender o processo três vezes por cinco meses cada vez – totalizando um período de quinze meses de processo suspenso. Admitir sucessivas suspensões processuais por mais de seis meses implicaria admitir que as partes burlem a restrição legal. Tratando-se, porém, de processo excessivamente antigo e de alta complexidade, é razoável que se autorize uma nova suspensão, depois de longo período de tempo, ainda que extrapole, na soma global, os seis meses previstos no art. 313, §4º do NCPC.

Em caso de mediação instituída no curso do processo, as partes podem pedir a suspensão "por prazo suficiente para a solução consensual do litígio", nos termos do art. 16 da Lei 13.140/2015. Nessa hipótese específica, o prazo de seis meses poderá ser extrapolado.[1076]

90. Revelia

Se a instauração do processo depende de uma manifestação de vontade do demandante, sendo-lhe perfeitamente lícito permanecer inerte e aceitar as coisas como elas estão, ainda que lhe sejam desfavoráveis, o réu possui, de igual modo, a possibilidade de permanecer inerte e não participar do processo, deixando-o desenvolver-se sem a sua presença. Em outras palavras, se a demanda é facultativa, também o é a defesa. Em nenhum

[1076] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 299.

processo, verse ele sobre direitos disponíveis ou indisponíveis, o réu tem o dever de dele participar.

O Direito brasileiro chama o réu desinteressado do processo de *revel*. Como sempre defendeu Cândido Dinamarco, revelia "é a inércia consistente em não responder", de modo que "revelia não é a falta de contestação, mas de resposta".[1077] O réu que comparece apenas para reconvir não é revel, pois ele tem indiscutível interesse de participar do processo; assim como deixa de ser revel o réu que, embora não tenha contestado, integra o processo posteriormente.

Apesar disso, o art. 344 do NCPC manteve a equivocada redação que vinha do art. 34 do CPC/39[1078] e do art. 319 do CPC/73, vinculando a revelia à ausência de contestação: "Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor".

A presunção de veracidade dos fatos mencionada pelo Código é o chamado efeito material da revelia, o qual não se produz quando a causa versar sobre direitos indisponíveis (art. 345, II do NCPC), se houver litisconsórcio unitário e um dos réus contestar a demanda (art. 345, I do NCPC), se o autor não apresentar "instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato" (art. 345, III do NCPC) e se as alegações de fato do autor forem "inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos" (art. 345, IV do NCPC).

Produzindo os seus efeitos materiais, a revelia impõe o julgamento antecipado do mérito do processo, nos termos do art. 355, II do NCPC. Aliás, incompreensível e irrelevante a segunda parte do dispositivo, quando condiciona o julgamento antecipado à ausência de "requerimento de prova" do réu.[1079] Isso porque, de um lado, o réu revel só pode intervir no processo e requerer provas quando a revelia não produzir efeitos materiais (art. 349 do NCPC, inserido na seção denominada *Da não incidência dos efeitos da revelia*); de

---

[1077] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 456-457.

[1078] "Art. 34. Considerar-se-á revel o citado que não apresentar defesa no prazo legal, contra ele correndo os demais prazos independentemente de intimação ou notificação"

[1079] Essa é a redação: "Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349".

outro, fatos incontroversos (ou presumidos verdadeiros) independem de prova (art. 374, III e IV do NCPC).

A revelia ainda produz um efeito formal, que é a intimação meramente ficta do réu de todos os demais atos processuais (art. 346 do NCPC). Condenado por sentença transitada em julgado, o réu revel é intimado para cumprir a sentença apenas por edital (art. 513, §2º, IV do NCPC).

Além da falta de contestação, o réu também pode ser revel pelo abandono superveniente do processo. É o que dispõe o art. 76, §1º, II do NCPC: "Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. §1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária: (...) II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber".

A revelia superveniente, desde que o réu tenha contestado tempestivamente, não faz presumir verdadeiros os fatos alegados pelo demandante, mas estabelece, como a revelia originária, a validade da intimação ficta do réu de todos os demais atos do processo.

Como a revelia é, em essência, um ato de disposição processual pelo qual o demandado deixa de participar do processo, permite-se que ele intervenha no processo a qualquer momento, inclusive em grau recursal. Receberá o processo, porém, "no estado em que se encontrar" (art. 346, parágrafo único do NCPC) e, constituindo advogado, voltará a ser intimado normalmente de todos os atos processuais.

91. A renúncia às faculdades processuais

A principal característica da disponibilidade das faculdades processuais, inerente ao sistema de ônus que rege o processo civil, é a possibilidade de que as partes a elas renunciem, total ou parcialmente, expressa ou tacitamente. Pela renúncia expressa a parte declara abdicar da faculdade que o ordenamento jurídico lhe oportuniza (p.ex., art. 225 do NCPC); e pela renúncia tácita a parte abdica da faculdade por seu comportamento contraditório com a vontade de exercê-la: como, p.ex., quando a faculdade simplesmente não é exercida no prazo preclusivo. Hipótese importante de renúncia tácita é a ausência de alegação de convenção de arbitragem pelo réu em sua contestação, a qual, de acordo com o art. 337, §6º do NCPC, "implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral". Também há renúncia tácita quando o devedor opta pelo parcelamento do débito exequendo

em execução de título executivo extrajudicial. Nesse caso, dispõe o art. 916, §6º do NCPC que a "opção pelo parcelamento de que trata este artigo importa renúncia ao direito de opor embargos".

Como foi afirmado em relação à renúncia à faculdade recursal (Capítulo Quinto, n. 54.8), só se pode renunciar àquilo que se tem. Logo, a parte só pode renunciar às faculdades que possui, depois de constituídas. Isso não impede que sejam suprimidas faculdades processuais mediante convenções processuais, mas trata-se de outro instituto jurídico. Destarte, mesmo que o foro seja nitidamente incompetente sob o ponto de vista territorial, o réu pode renunciar à sua faculdade de suscitar a incompetência relativa (art. 951 do NCPC). Pode, igualmente, renunciar a quaisquer faculdades probatórias, total ou parcialmente.

Também como foi mencionado anteriormente, a renúncia é manifestação de vontade pura e independe de aceitação: a faculdade é garantida à parte e a decisão de não exercê-la é ato privativo seu, sobre o qual nem Estado nem a outra parte têm qualquer ingerência.

92. A desistência pela parte de faculdades processuais previamente exercidas

Se a disponibilidade das faculdades processuais permite que as partes optem por não exercê-las, também tem como consequência a possibilidade de que a parte delas desista depois de exercidas.

A hipótese mais relevante de desistência de faculdade processual exercida, além da desistência da ação, é certamente a desistência do recurso interposto, a qual já foi analisada neste trabalho (Capítulo Quinto, n. 54.8). Também são especialmente importantes as hipóteses de desistência da produção de provas e a desistência das exceções processuais.

Com efeito, é muito comum que, a depender do andamento da audiência de instrução e julgamento, a parte desista de ouvir uma testemunha arrolada. Também é comum que a parte desista da produção de uma prova documental ou de uma perícia. No caso das exceções processuais, a parte pode suscitar a incompetência relativa do foro ou arguir a suspeição do juiz e, antes de julgada a exceção, dela desistir. Processualmente, a desistência extingue a faculdade processual e impede a produção da prova, prorroga a competência do foro, sana a eventual suspeição do juiz para julgar a causa etc.

A desistência é, ela própria, uma *faculdade jurídica*, a qual pode ser exercida livremente pela parte. Não cabe ao Estado-juiz analisar a conveniência da desistência. Sendo disponível a faculdade processual, poderá a parte dela desistir, independentemente de anuência da parte contrária, pela simples manifestação de vontade. Por outro lado, a desistência será ineficaz se disser respeito a objeções processuais, como a incompetência absoluta do juízo e o impedimento do juiz-pessoa para julgar a causa. Mesmo que a parte desista da objeção arguida, deve o Estado-jurisdição apreciar a matéria, pois trata-se de questão cognoscível de ofício.

Apesar da ampla liberdade que a caracteriza, a desistência deve ser exercida em momento oportuno. Da mesma forma que só se pode desistir de um recurso enquanto ele não for julgado, só se pode desistir de uma exceção de incompetência enquanto ela não for julgada e, principalmente, só se pode desistir de uma prova enquanto ela não for produzida. Depois de decidido o incidente ou produzida a prova, o ato está consumado e o processo deve seguir adiante. Seria absurdo supor que a parte possa 'desistir' de uma prova constante dos autos após constatar que ela lhe é desfavorável.

Para evitar chicana e má-fé, o sistema processual proíbe a desistência de uma faculdade exercida em algumas raras hipóteses. É o que faz o art. 452, I do NCPC, ao dispor que o juiz, quando arrolado como testemunha, "declarar-se-á impedido, se tiver conhecimento de fatos que possam influir na decisão, caso em que será vedado à parte que o incluiu no rol desistir de seu depoimento". O objetivo do enunciado normativo é impedir a parte de utilizar o arrolamento do juiz como testemunha apenas para afastá-lo da causa.

93. As exceções processuais

No CPC/73, exceção processual era "*o incidente processual adequado ao processamento das defesas consistentes na incompetência relativa, no impedimento ou na suspeição do juiz*".[1080] Nesse sentido, dispunha o art. 112: "Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa"; e o art. 304: "É lícito a qualquer das partes arguir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135)".

[1080] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 475.

O NCPC não utiliza mais *exceção* para denominar tais incidentes, assumindo o termo, então, o exclusivo sentido de defesa processual que não pode ser conhecida de ofício.[1081] Difere das *objeções processuais*, as quais *podem* ser alegadas pelo demandado, mas *devem* ser averiguadas oficiosamente pelo Estado-juiz.

A suspeição e o impedimento continuam sendo passíveis de alegação mediante "*petição específica* dirigida ao juiz do processo" (art. 146 do NCPC) e, caso não seja voluntariamente reconhecida, a petição é autuada em apartado e o "incidente" é remetido ao tribunal (art. 146, §1º do NCPC). No caso da incompetência, absoluta e relativa, a matéria foi absorvida pela contestação (art. 337, II do NCPC), constituindo uma "questão preliminar de contestação" (art. 64 do NCPC).

De qualquer forma, a natureza dos institutos permanece a mesma.[1082] A incompetência relativa é matéria absolutamente disponível pelas partes e, caso não suscitada, fica preclusa a faculdade de fazê-lo. O art. 65 do NCPC não deixa dúvidas: "Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação".

No caso da suspeição, trata-se de matéria relativamente disponível, pois pode ser reconhecida de ofício pelo próprio juiz. A peculiaridade da suspeição é que, ao contrário do impedimento, ela não gera uma nulidade absoluta e, caso não seja reconhecida pelo próprio juiz, e a parte não a suscite no prazo de quinze dias da data em que tiver conhecimento da suspeição (art. 146 do NCPC), a invalidade desaparece. Como resume Dinamarco, "O *juiz* tem a liberdade de afirmar-se suspeito e o dever de dar-se por impedido".[1083]

Além deles, também configura exceção processual a existência de convenção de arbitragem (art. 337, X do NCPC).[1084] Apenas o demandado poderá suscitar o fato (art. 337, §5º do NCPC) e, caso não o faça, reputa-se que renunciou ao juízo arbitral (art. 337, §6º do NCPC).

[1081] *Cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 476: "Um outro significado do vocábulo exceção é o de defesa que não comporta exame de-ofício, só podendo ser conhecida quando alegada pela parte". V. também o didático resumo de DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 633-635.

[1082] Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 332.

[1083] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 488

[1084] Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 633-635.

93.1. As objeções processuais

Fora da esfera de disponibilidade das partes estão as chamadas objeções processuais: matérias que em tese interessam à ordem pública e, por isso, podem ser conhecidas de ofício pelo Estado-juiz, independentemente de alegação por qualquer das partes.

O art. 337 do NCPC arrola as principais hipóteses de objeções processuais: (i) inexistência ou nulidade de citação; (ii) incompetência absoluta; (iii) valor da causa incorreto; (iv) inépcia da petição inicial; (v) perempção; (vi) litispendência; (vii) coisa julgada; (viii) conexão; (ix) incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; (x) ilegitimidade *ad causam*; (xi) falta de interesse processual; (xii) falta de garantia exigida por lei.[1085]

Muito pouco mudou em relação ao CPC/73. Houve a inserção do valor da causa como questão cognoscível de ofício, a qual era matéria disponível no CPC/73 e dependia de impugnação pelo demandado ("não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial" – art. 261, parágrafo único), e foi excluída a impossibilidade jurídica do pedido como "condição da ação". Acertou o legislador com a inclusão do valor da causa no rol de objeções processuais, pois o valor dado interessa não apenas ao Estado para a cobrança de custas, mas principalmente a terceiros, que precisam saber exatamente qual é a representatividade econômica daquele processo. Para o leigo nem sempre é clara a distinção entre valor *atribuído* à causa e o valor *real* da causa, o que pode implicar equívocos e ilusões na análise da repercussão que aquele processo pode ter aos sujeitos processuais.

Dentre as hipóteses legais, é discutível a natureza de objeção processual conferida apenas à perempção e às "condições da ação" remanescentes. À perempção porque consiste em instituto que serve de punição ao autor e, principalmente, de proteção do réu

---

[1085] Interpretando-se conjuntamente os incisos do art. 337 e o seu §5º, dever-se-ia concluir que também a "indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça" seria uma objeção processual. Tal conclusão, porém, não faria o menor sentido, pois trata-se de incidente criado pelo réu depois de já concedido o benefício. Ademais, se o benefício da justiça gratuita foi concedido pelo Estado-juiz e não houve impugnação pela parte contrária, a decisão está preclusa e apenas poderá ser revista mediante comprovação de que a situação econômico-financeira foi alterada (art. 8º da Lei 1.060 de 1950). Some-se a isso que o art. 98, §3º do NCPC condiciona a revogação do benefício depois de julgado o processo à demonstração, pelo "credor", "que deixou de existir a situação de insuficiência" do devedor.

contra a reiterada instauração de processos abandonados em seu curso (art. 486, §3º do NCPC). Lembre-se que em todas as vezes que o processo foi extinto por abandono do autor, desde que oferecida a contestação, foi o réu quem necessariamente pediu a extinção (art. 485, §6º do NCPC). Destarte, não há nenhuma proteção à "ordem pública" que justifique o reconhecimento de ofício da perempção pelo Estado-juiz; mesmo porque a perempção não elimina o direito material do autor, que poderá alegá-lo como defesa em outro processo.

Quanto às condições da ação, o problema remete sempre à tormentosa definição de sua verdadeira natureza. Sem aprofundar no tema, o que exigiria uma mudança de foco deste trabalho, e partindo-se da premissa de que as condições da ação não são *condições para o exercício da ação*, e sim questões de *mérito*, então a cognoscibilidade de ofício de tais questões representa grave violação à inércia jurisdicional e à disponibilidade fática do autor e do réu. Basta pensar no clássico exemplo de ilegitimidade *ad causam* passiva: o autor propõe ação contra o filho para cobrar dívida do pai. Há dois cenários. No primeiro, o autor deixa claro na própria petição inicial que o devedor não é o réu; no segundo, o autor afirma que o réu é o devedor, mas junta aos autos contrato celebrado com o pai do réu, e não com o réu. Aceita a categoria das condições da ação, ambos os cenários configurariam ilegitimidade passiva *ad causam*, impondo-se a extinção do processo. Bem analisados, porém, no primeiro há inépcia da petição inicial por ausência de causa de pedir próxima e no segundo, *dependendo do teor da contestação*, o caso é de improcedência da pretensão condenatória. Inexiste causa de pedir próxima no primeiro cenário porque dos fatos alegados pelo autor (Pedro é devedor) não é possível extrair a conclusão (a condenação de João). E no segundo, *caso a existência do débito do filho seja por ele impugnada*, então é um problema de inexistência do direito constitutivo que ampara a pretensão condenatória: ou seja, um problema de *mérito*.

94. As convenções processuais típicas e atípicas (art. 190 do NCPC)

Por muito tempo, o dogma da irrelevância da vontade no processo (mencionado brevemente acima, Capítulo Primeiro, n. 11) impediu a doutrina de aceitar a existência de negócios jurídicos processuais. Supunha-se que, no processo, os efeitos jurídicos dos atos processuais decorreriam exclusivamente da lei, e não da vontade das partes. Já foi citada, e criticada, a clássica afirmação de Furno – "a vontade privada determina-se, manifesta-se e exaure-se inteiramente no dar ao ato processual a forma legal exatamente prescrita, necessária a fim que ele cumpra a função e produza o efeito que o

ordenamento positivo lhe atribui na série coordenada da atividade de que consiste o procedimento"[1086] –, amplamente aceita pela doutrina brasileira.[1087]

Além disso, o procedimento era considerado indisponível pelas partes. Na vigência do CPC/73, debatia-se sobre a possibilidade de o demandante optar por procedimento diverso do previsto em lei. Dinamarco rejeitava essa hipótese, pois "As razões de ordem pública que levam o legislador a instituir procedimentos diferentes entre si e atribuir a cada um deles determinadas causas tolhem às partes a liberdade de fazer as suas próprias escolhas".[1088] Havia especial controvérsia em relação à opção do procedimento ordinário pelo autor – ou mesmo pelas partes – quando a lei previsse o procedimento sumário. Quanto a isso, Dinamarco sustentava que "também a oferta do procedimento sumário pela lei tem na ordem pública sua razão de ser e é do interesse da justiça que tais causas se processem por um modo e não por outro".[1089] Segundo o Mestre, "do contrário, com uma mão estaria o legislador a instituir um procedimento que reputa conveniente e com outra, permitindo que sua opção ficasse esvaziada pela vontade dos particulares".[1090]

Ocorre que mesmo nas codificações processuais brasileiras anteriores (uma produzida pelo Estado Novo, outra pela Ditadura Militar) sempre foram admitidos negócios jurídicos processuais típicos. Dentre os negócios *bilaterais* (plurilaterais)[1091] merecem ser lembrados o acordo para eleição do foro, a suspensão convencional do processo, a desistência convencional da ação, a distribuição convencional do ônus da prova, o desentranhamento convencional de documento dos autos depois de arguida a sua falsidade (art. 392, parágrafo único do CPC/73) etc. Dentre os negócios *unilaterais*, são clássicos e pacíficos os exemplos da renúncia ao recurso e da desistência do recurso, classificados como

---

[1086] FURNO, Carlo. *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*. p. 411.

[1087] V., com referências, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. p. 34-36 e 37-38.

[1088] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 706.

[1089] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 707.

[1090] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. p. 707.

[1091] *Cf.* CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. p. 49-51.

"negócios jurídicos unilaterais não-receptícios" (v. acima, Capítulo Quinto, n. 54.8).[1092] Com efeito, Leonardo Carneiro da Cunha cita *trinta e três* exemplos de negócios processuais típicos admitidos pelo CPC/73 (muito embora alguns não pareçam ter natureza propriamente processual, como a convenção sobre a partilha).[1093]

Todas essas hipóteses foram mantidas no NCPC, com o acréscimo de outras: basta mencionar a formidável possibilidade de escolha consensual do perito pelas partes (art. 471 do NCPC), cuja perícia "substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz" (art. 471, §3º do NCPC); a possibilidade de cisão da audiência de instrução e julgamento mediante "concordância das partes" (art. 365 do NCPC); ou ainda o saneamento convencional do processo, pelo qual as partes podem estabelecer as questões de fato e de direito que reputam relevantes para a decisão, convenção que, se homologada, vincula as partes e o Estado-juiz (357, §2º do NCPC).

Além das convenções processuais típicas, o NCPC traz uma grande novidade – provavelmente a principal dentre as novidades do Código: as partes agora possuem a mais ampla liberdade para negociar alterações no procedimento para adequá-lo aos seus interesses, suprimindo atos e alterando inclusive ônus, faculdades, deveres e poderes processuais. É o que dispõe o art. 190: "Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo".

Destarte, se antes havia fundadas dúvidas sobre a existência de negócios jurídicos processuais no Direito brasileiro, essa dúvida não subsiste. As convenções processuais atípicas estabelecidas no art. 190 do NCPC são negócios jurídicos processuais bilaterais.[1094]

[1092] Sobre isso, v. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 378: "Parece claro que, se a *renúncia* é um negócio jurídico, como reputa a doutrina de maneira generalizada, não atribuir a mesma natureza jurídica à *renúncia do direito de recorrer*, por exemplo, seria incoerência que não se pode admitir".

[1093] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. p. 42-43.

[1094] Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* p. 65.

94.1. Pressupostos de existência e validade das convenções processuais

Como todo ato jurídico, do qual o negócio jurídico é espécie, as convenções processuais possuem pressupostos de existência (com elementos gerais, categoriais e particulares),[1095] validade e eficácia.

Por ser um ato voluntário, como nos negócios jurídicos materiais, a manifestação de vontade das partes é o primeiro dos pressupostos de existência. Sem manifestação de vontade não há negócio jurídico e, por consequência, não há convenção processual.[1096] Até por isso, repete-se, não se pode cogitar de desistência da ação após a contestação do réu na ausência de manifestação expressa da vontade em extinguir o processo sem julgamento do mérito. Além da vontade, as convenções processuais dependem de forma, objeto, agente, lugar e tempo, sem mencionar outros eventuais pressupostos categoriais e particulares de existência específicos ao acordo celebrado.[1097]

Externada a vontade, passa-se então ao plano da validade, perquirindo-se quanto a eventuais vícios dessa manifestação. São, portanto, nulas as convenções processuais simuladas (art. 167 do CC) e anuláveis as decorrentes de erro, dolo, coação ou estado de perigo (art. 171, II do CC).

Ainda no plano da validade, o Fórum Permanente de Processualistas Civis corretamente editou o Enunciado 403 no sentido de que "a validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto licito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei".

A forma deve ser, de modo geral, escrita, pois "a documentação (...) é indissociável da realidade do processo", imprescindível "a permitir que tudo quanto

---

[1095] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia.* p. 32.

[1096] Nesse sentido, NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. p. 178-179: "Já se viu que o negócio jurídico em geral e o negócio jurídico processual, por conseguinte, se compõem de fatos humanos voluntários. Exige-se, como primeiro elemento da configuração do suporte fático, uma vontade manifestada".

[1097] *Cf.* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. p. 34-35. Especificamente em relação às convenções processuais, YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* p. 64-68.

produzido no processo seja concretamente acessível a todos que se habilitam para tanto".[1098] No entanto, considerando a atual realidade dos processos eletrônicos, não parece haver óbice a que a convenção seja celebrada oralmente e registrada em gravação eletrônica, com áudio e vídeo, disponibilizada nos autos. Evidentemente, se a audiência não for gravada, então a convenção deverá ser reduzida a termo.

O objeto da convenção processual será, em regra, uma estipulação sobre o procedimento, ou a criação, modificação ou extinção de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais; enfim, intervenções sobre o *processo* judicial. Entretanto, bem lembra Yarshell, o negócio também "pode se prestar a instituir e a regular processo extrajudicial, notadamente para realização de atividade de instrução preliminar".[1099] A validade da convenção depende da *licitude* do seu objeto. É inválida, p.ex., a convenção que afasta a participação do Ministério Público do processo como fiscal da lei, pois contraria norma imperativa de ordem pública.[1100]

Como pressuposto de existência, o negócio jurídico precisa ser celebrado por pessoas dotadas de personalidade jurídica ou, ao menos, que a lei lhes dê *status* de "ente jurídico" (o condomínio, p.ex.). No caso das convenções processuais, esses *agentes* são notadamente as partes processuais cujo requisito é, também, a personalidade jurídica (ou a natureza legal de "ente jurídico"). Como pressuposto de validade geral, o negócio jurídico deve ser celebrado por agentes capazes, sendo nulo quando a incapacidade for absoluta (art. 166, I do CC) e anulável em caso de incapacidade relativa (art. 171, I do CC). Contudo, como será analisado no próximo ponto, as convenções processuais possuem pressuposto de validade específico: só podem ser celebradas por "partes plenamente capazes".

[1098] YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* p. 65. Em sentido contrário, admitindo, como regra, forma livre, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 389.

[1099] YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* p. 66.

[1100] Nesse sentido, o Enunciado 254 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica".

O *tempo* do negócio jurídico é relevante porque esse dado pode definir o seu conteúdo. De todo modo, enquanto não encerrado o processo, é lícito às partes convencionar: basta que "haja o quê, em dado momento, convencionar".[1101]

Quanto ao lugar da convenção, possui importância para a sua interpretação, observando-se os "usos do lugar da celebração", nos termos do art. 113 do Código Civil.[1102] Se celebrada durante o processo, a eficácia da convenção incidirá sempre sobre o processo já existente.

94.2. Limites às convenções processuais: validade e restrições legais

Além dos pressupostos de validade gerais de todo negócio jurídico,[1103] o art. 190 do NCPC estabelece quatro pressupostos de validade específicos às convenções processuais: (a) a possibilidade de autocomposição dos direitos versados no processo; (b) a *capacidade plena* das partes; (c) a inexistência de imposição abusiva da convenção em contratos de adesão; e (d) a inexistência de vulnerabilidade de uma das partes.

Tais hipóteses não são rigorosamente exaustivas, a exemplo da mencionada forma escrita, salvo quando a convenção for oral e tiver sido registrada por gravação digital. Entretanto, a intervenção judicial deve ser a mínima possível, respeitando e fomentando a livre manifestação da autonomia privada das partes no processo.

(a) É inerente ao sistema processual que os atos de disposição sejam vedados quando a causa versar sobre direitos indisponíveis. Como já foi repetido várias vezes neste trabalho, confunde-se a indisponibilidade material com uma suposta indisponibilidade processual,[1104] regredindo a ciência processual à sua fase imanentista. Embora algumas adaptações processuais realmente se justifiquem quando a causa versar sobre direitos indisponíveis – como, p.ex., o afastamento dos efeitos materiais da revelia –, não se pode

---

[1101] YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* p. 67.

[1102] Cf. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.* p. 149-150.

[1103] Cf. CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo.* p. 487.

[1104] Com razão, afirmam MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*. p. 528: "a indisponibilidade do direito material não implica obrigatoriamente a indisponibilidade do direito processual, e vice-versa". Em igual sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais*. p. 551; KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany*. p. 188.

considerar que isso seja uma regra absoluta. Mesmo em causas que versam sobre direitos indisponíveis, rege o princípio dispositivo: para utilizar exemplos já citados, basta pensar na aquiescência à decisão, na desistência de faculdades processuais exercidas, incluindo provas requeridas e recursos interpostos, e até mesmo na revelia. Afinal, o réu revel em ação de interdição não é obrigado a participar do processo nem se submeter à perícia do art. 753 do NCPC, não obstante ser indisponível o direito ameaçado de restrição.

O NCPC seguiu caminho um pouco diferente com o seu art. 190 – e também com o art. 471, II. Em vez de condicionar a validade da convenção processual à disponibilidade do direito, fez referência a "direitos que admitem a autocomposição" (art. 190) e a *causa* que "possa ser resolvida por autocomposição" (art. 471, II do NCPC). Desse modo, o legislador ampliou a possibilidade de celebração de convenções processuais para causas que versem sobre direitos indisponíveis que admitam a autocomposição:[1105] é o caso da ação de investigação de paternidade, que versa sobre direito indisponível, mas permite o reconhecimento voluntário, judicial ou extrajudicial, da paternidade pelo réu, de causas envolvendo a Administração Pública, de processos coletivos etc.

Apesar da maior amplitude conferida pelo legislador, é de se questionar a conveniência da limitação legal a direitos que admitam autocomposição *material*.[1106] Com efeito, tem feição autoritária a suposição de que o titular do direito indisponível seria incapaz de celebrar um negócio jurídico que lhe coloque em uma posição mais favorável no processo. Bom exemplo é o da escolha consensual do perito judicial. Ora, o que garante que a escolha de um perito pelo juiz-pessoa, dificilmente informado sobre quais são os profissionais capacitados naquela área de conhecimento, seja mais adequada do que a escolha feita pelas próprias partes? Ou então, qual seria o prejuízo se, em uma ação de interdição, as partes do processo convencionassem a majoração dos prazos ou estipulassem regras e procedimentos que dessem mais segurança ao resultado da prova produzida? Pode-se cogitar da convenção

---

[1105] Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 516; CABRAL, Antonio do Passo. *A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais*. p. 550-551. É o que consta também do Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

[1106] Restrição que inexiste na Alemanha, como relata KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany*. p. 188-189: "*Procedural contracts can be concluded regardless of the nature of the rights in dispute. In particular, it is not necessary that the parties are allowed to freely dispose of the right. This is so because procedural contracts only govern the procedural situation*."

processual para que a perícia sobre a capacidade do interditando seja realizada por três profissionais, prevalecendo a opinião de dois deles; ou, alternativamente, que a perícia seja realizada pelos mesmos três profissionais, mas que a demonstração da incapacidade fique condicionada à sua constatação, por unanimidade, pelos três profissionais.

Esses exemplos estão, não há dúvidas, proibidos pelo NCPC pela impossibilidade de autocomposição referente à capacidade do interditando. Apesar disso, apenas como reflexão, vale notar as oportunidades que se perdem pela crença, manifestamente equivocada, de que o Estado é capaz de gerir a vida das pessoas melhor do que elas próprias. A alteração do procedimento pela vontade das partes não significa, por si só, restrição ao direito material nem, muito menos, supressão de faculdades processuais.[1107]

Desse modo, *de lege ferenda*, teria sido mais adequado vincular a eficácia da convenção processual envolvendo direitos indisponíveis que não admitam a autocomposição à anuência prévia e expressa do Ministério Público, sem prejuízo de ser recusada pelo Estado-juiz se constatada alguma restrição indireta ao direito indisponível. Essa medida garantiria a preservação do direito *material* sem tolher a liberdade individual nem a adaptação do *processo* à realidade concreta.[1108]

(b) Além da possibilidade de autocomposição sobre o direito relevante ao processo, o art. 190 condiciona a validade das convenções processuais à celebração por partes "*plenamente capazes*". Isso quer dizer que uma convenção processual celebrada entre

---

[1107] Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais*. p. 551: "a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade".

[1108] É o que ocorre, excetuada a intervenção do Ministério Público, na Alemanha. Embora o direito substancial sobre o qual versa a causa seja irrelevante para a admissão das convenções processuais, "*in cases in which the parties are not allowed to dispose of their rights, a procedural contract which is clearly detrimental to one party may be invalid if this is so severe to be considered* contra bonos mores" (KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany*. p. 189).

uma parte capaz e um menor de idade, ainda que representado por seus pais, *existe*, mas é *inválida*.[1109]

Wambier e Talamini sustentam o contrário. Segundo eles, a capacidade exigida para a celebração de convenções processuais é a *processual*, bastando que "detenha capacidade de ser parte e de estar em juízo". Dessa forma, teria capacidade para celebrar convenções processuais o incapaz devidamente representado por seus pais, tutor ou curador.[1110]

Não parece que seja esse o significado da expressão "partes *plenamente* capazes". Primeiro porque se o Código estivesse se referindo à capacidade processual, estaria cometendo pleonasmo; afinal, só pode ser parte quem tem capacidade para ser parte. Segundo porque não se pode interpretar a lei para extrair dela expressões inúteis: se a "parte" for processualmente incapaz, o processo deve ser regularizado ou extinto (arts. 76 do NCPC); logo, não há nem como cogitar de um negócio *processual* celebrado por incapaz. Terceiro porque a utilização do termo "*plenamente* capaz" tem a nítida intenção de afastar a parte cuja capacidade está condicionada à regular representação ou assistência no processo por pais, tutor ou curador (arts. 71 e 72 do NCPC).

Outra dúvida que surge diz respeito à consequência jurídica da convenção processual celebrada por partes incapazes: poder-se-ia estender, para as convenções processuais, a mesma distinção que se faz, nos negócios jurídicos materiais, entre nulidade por incapacidade absoluta e anulabilidade por incapacidade relativa?

A resposta deve ser negativa.[1111] Embora o Código Civil repute anulável o negócio celebrado por parte relativamente incapaz, é sabido que a lei pode estabelecer requisitos específicos de validade para determinados negócios. É o que consta, inclusive, do

---

[1109] *Cf.* YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* p. 73. Aparentemente, é essa também a opinião de BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 225.

[1110] TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 515-516. Também nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*, v. 1. p. 384-385; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* p. 272-278; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídico Processuais*. p. 234-235; FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo*. p. 86

[1111] Em sentido contrário, YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* p. 73-74.

art. 166, VII do CC: "É nulo o negócio jurídico quando: (...) VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou *proibir-lhe a prática, sem cominar sanção*".

Nesse sentido, o art. 190 do NCPC é muito claro em exigir, para a validade da convenção processual, que seja celebrada por parte *plenamente capaz*. Trata-se de requisito de validade único, inexistindo importação da distinção entre capacidade relativa ou absoluta do Código Civil.

De qualquer forma, também aqui errou o legislador ao supor que o representante do incapaz não teria condições de celebrar convenções processuais que beneficiassem a situação do representado no processo. Ou seja, o representante tem condições de escolher e contratar advogado, traçar com o advogado a estratégia processual, transacionar, aquiescer à decisão, desistir do recurso, renunciar ao recurso, deixar de arrolar testemunhas, mas não pode alterar o procedimento para adaptá-lo ao caso concreto e deixar o representado em uma posição mais favorável. A falta de lógica é patente.

Melhor solução teria sido, repete-se, condicionar a eficácia da convenção processual à anuência prévia e expressa do Ministério Público na condição de fiscal da lei.

(c) Dessa vez com acerto, o art. 190, parágrafo único do NCPC proíbe a convenção processual imposta em contrato de adesão que favoreça a parte mais forte da relação. Trata-se, em última análise, de desdobramento do art. 424 do Código Civil, o qual dispõe: "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

Isso não impede, frise-se, que contratos de adesão contenham convenções processuais.[1112] O que se proíbe é a abusividade da cláusula, *impondo-se* ao aderente uma posição processual desfavorável contra a sua vontade.

(d) Por fim, o art. 190, parágrafo único do NCPC restringe a convenção processual "em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade".

[1112] *Cf.* WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. p. 517.

A redação não foi feliz, pois tanto pode ser interpretada como situação de vulnerabilidade como *causa para* a celebração da convenção[1113] quanto de vulnerabilidade processual *causada* pela convenção. O legislador deveria ter sido mais claro.

Por óbvio, a manifesta situação de vulnerabilidade como *causa* para a celebração da convenção pode configurar vício da vontade e, como tal, autorizar a invalidação do negócio; mas não parece ter sido esse o foco legislativo com a parte final do art. 190, parágrafo único. Tal interpretação implicaria extrair um significado pouco útil do texto legal.

O que aparentemente pretende o dispositivo é impedir a desigualdade no processo, coibindo-se as convenções que coloquem uma das partes em situação de *vulnerabilidade processual* perante a outra. Seguindo nessa linha, é preciso fazer algumas ponderações.

Em primeiro lugar, o texto legal tem que ser adequadamente compreendido. Quando se fala em *manifesta* situação de vulnerabilidade, procurou-se restringir a eficácia das convenções processuais que provoquem uma *grave*, uma *acintosa* desigualdade entre as partes, prejudicando a efetiva participação de uma delas no processo.

Em segundo lugar, o momento e o contexto em que a convenção processual é celebrada têm papel crucial na aferição de sua abusividade. Convenções celebradas *antes* do processo devem ensejar um controle judicial maior do que as convenções celebradas *durante* o processo. Isso porque, não raro, a convenção processual é imposta pela parte mais forte da relação material como condição a outro negócio jurídico. São comuns os exemplos envolvendo eleição de foro. Em um caso real, determinada sociedade empresária com sede em São Paulo condicionou a contratação de uma construtora curitibana à eleição de foro em uma pequena cidade no interior do Pará, onde a contratante tinha uma fábrica. Considerando o acirrado mercado de construção civil, e diante da importância do contrato para as suas atividades, a construtora viu-se compelida a aceitar o foro que lhe foi imposto. Os serviços foram prestados pela construtora, mas a empresa paulistana deixou de pagar o preço. Quando se deu conta, para receber o valor a que tinha direito, a construtora teria que propor a sua

---

[1113] É a interpretação dada por AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. p. 161: A 'manifesta situação de vulnerabilidade' relaciona-se com a capacidade negocial do agente, cuja caracterização implica a nulidade do pactuado (art. 190, par. único). Nesse caso haverá nulidade porque o sujeito era incapaz para celebrar negócio processual".

demanda em um local de dificílimo acesso (eram necessários dois dias inteiros de viagem de Curitiba para chegar ao local, e dois dias inteiros para voltar), sem processo eletrônico, cujo principal (senão único) agente econômico relevante da região era justamente a fábrica da parte adversa.

Esse singelo exemplo demonstra que a convenção pré-processual pode servir de instrumento dificultador, senão inviabilizante, da realização de direitos pela parte mais fraca da relação material – inclusive em contratos que não são de adesão.

Por outro lado, uma vez instaurado o processo, essa relação de dominação e dependência no plano material desaparece. Nenhuma das partes tem condições reais (salvo patologias que representem vícios de vontade, como uma coação, p.ex.) de compelir a outra a aceitar uma convenção processual que lhe seja desfavorável. A parte já tem o procedimento estabelecido em lei. Na pior das hipóteses, ela pode rejeitar a convenção e seguir no caminho normal do procedimento. O que pode acontecer é que uma das partes celebre a convenção com a expectativa de melhorar a sua posição no processo, mas, no fim das contas, acabe em situação pior – o que é inerente à dinâmica das relações sociais e não autoriza, em nenhuma hipótese, a desconsideração do negócio pelo Estado-juiz.

Poder-se-ia, é claro, cogitar de absurdos, como a estipulação de prazo para o réu contestar de apenas um dia; ou a vedação a que apenas uma das partes produza provas. Ainda assim, o momento em que a convenção foi estipulada será determinante para aferir a sua validade. Se o réu aceita o prazo de um dia na malfadada audiência de conciliação prévia obrigatória do art. 334 do NCPC, é porque concluiu que esse seria um prazo suficiente à sua defesa; não há razão para cogitar de *manifesta vulnerabilidade*. Por outro lado, se esse prazo fora estabelecido antes de instaurado o processo no bojo de um negócio jurídico material, tudo indica haver a *manifesta vulnerabilidade* vedada por lei. De igual forma, se o autor, confiante com as provas documentais que produziu e pretendendo celeridade, convenciona com o réu, no curso do processo, que apenas ele – autor – não poderá produzir prova testemunhal e, em contrapartida, fica excluída a apelação da sentença de primeiro grau por ambas as partes, não há que se falar em vulnerabilidade vedada por lei. O autor trabalhou com as suas faculdades para obter algo que considerava benéfico: um exercício legítimo da sua autonomia privada. Mas se essa restrição for pré-processual, a possibilidade de desigualdade processual abusiva não pode ser descartada.

94.3. Controle judicial das convenções processuais

As convenções processuais independem, como regra, de homologação judicial.[1114] Como dispõe o art. 200 do NCPC, "Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade *produzem imediatamente* a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais".

Desse modo, inexiste qualquer ingerência judicial sobre as convenções processuais autorizadas pelo art. 190 do NCPC. O juiz só precisa anuir ao calendário processual disposto no art. 191 porque tal calendário *lhe impõe deveres e obrigações*. No caso do art. 190, inexistindo criação de deveres judiciais (o que não se admite), a convenção é um ato privativo das partes que *submete* o Estado-juiz.[1115]

Ainda assim, o próprio art. 190, parágrafo único do NCPC permite que o Estado-juiz *controle*, "de ofício ou a requerimento", a "validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação" quando nulas ou abusivas.

Há que se fazer uma distinção omitida pelo legislador, mas facilmente deduzível do sistema. O controle de ofício das convenções processuais é permitido, desde que diga respeito às hipóteses de inexistência ou *nulidade*, incluindo a 'incapacidade plena' de uma das partes e convenção sobre direito que não admite autocomposição. Tratando-se de convenção imposta em contrato de adesão e que gere *manifesta vulnerabilidade*, o controle depende de "requerimento" da parte interessada. Afinal, a opinião do juiz-pessoa acerca da abusividade da convenção pode não ser compartilhada pela parte *supostamente* prejudicada.

[1114] *Cf.* CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais.* p. 229-230. A desistência da ação depois de oferecida a contestação é, como já foi apontado, uma exceção.

[1115] Não está correta, portanto, a afirmação de Pedro Nogueira que "O art. 190, caput, do CPC/2015 admite a adaptação procedimental, mas que não se estabelece como resultado de um ato unilateral do juiz e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador" (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. p. 91, destaque nosso). Inexiste qualquer consenso entre partes e julgador nas convenções processuais do art. 190. O consenso que importa é tão somente o consenso entre as partes. Ao juiz é lícito fazer apenas o controle da *validade* do negócio. Tampouco está correta a afirmação de que "Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes (...)" (*Ibidem*. p. 91). Nas convenções processuais do art. 190 inexiste qualquer diálogo entre partes e juiz: o diálogo se desenvolve *exclusivamente entre as partes*. Desde que válida, o Estado-juiz não tem *nenhuma* ingerência sobre a convenção celebrada.

Tratando-se de hipótese de *anulabilidade* do negócio jurídico (convenção decorrente de erro, coação ou dolo, p.ex.), será preciso propor uma ação própria de anulação, como ocorre com os atos jurídicos em geral.[1116]

94.4. A liberdade das partes e a disponibilidade das faculdades e garantias processuais

Apesar do controle judicial *a posteriori* da validade das convenções processuais, isso não pode significar, em nenhuma hipótese, restrição indevida à novidade legislativa.

Com efeito, a doutrina sempre foi refratária não apenas a mudanças procedimentais – o procedimento era considerado indisponível –, mas principalmente a atos de prévia disposição de faculdades e garantias do processo. Não se concebia uma convenção processual que eliminasse, previamente, o cabimento de eventuais recursos contra uma decisão, p.ex. Esse seria um "direito" (*rectius*: faculdade) indisponível.

O movimento de equilíbrio entre 'publicismo' e 'privatismo' (ou, mais propriamente, entre liberdade das partes e autoridade jurisdicional) que vem ocorrendo nos últimos anos, em boa medida impulsionado pelo desenvolvimento da arbitragem,[1117] mudou radicalmente o panorama. O art. 190 do NCPC dá às partes a possibilidade tanto de alterar o procedimento quanto de modificar as próprias garantias e faculdades que constituem o *devido processo legal*. Mais do que isso, o enunciado normativo dá uma nova dignidade à liberdade no processo – ao princípio dispositivo.

A expressa admissão das convenções processuais configura um rompimento brusco com a ideologia 'publicista' que reinou no século XX. É preciso, portanto, compreendê-la com espírito renovado, abandonando-se alguns dogmas que não têm mais

---

[1116] *Cf.* YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* p. 77: "a via autônoma é necessária porque o objeto do processo enseja cognição própria, que dificilmente se coordenaria com a cognição do objeto de outra demanda (essa última fundada na controvérsia de direito material)".

[1117] Como bem notaram WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 515: "se as partes podem até mesmo retirar do Judiciário a solução de um conflito, atribuindo-a a um juiz privado em um processo delineado pela vontade delas, não há porque impedi-las de optar por manter a solução do conflito perante o juiz estatal, mas em um procedimento e (ou) processo também por elas redesenhado".

espaço no processo civil atual.[1118] O juiz não é mais o único protagonista do processo, tendo as partes recuperado o posto que sempre foi delas por direito.

A noção – tão incentivada e promovida pela filosofia socialista que impregnou o 'publicismo' processual – de que o juiz é uma entidade especial, com capacidades intelectuais sobre-humanas de descobrir a verdade e estabelecer o que é mais justo no caso concreto, independentemente do que querem as partes (supostamente incapazes de autorregrarem as suas vidas), do que dispõe a lei (tida como instrumento burguês de promoção da desigualdade) e do que consta de precedentes estabelecidos (suposto mecanismo de engessamento do Direito que impede a realização da justiça do caso concreto), tem causado a falência da ciência jurídica e do processo judicial. Não é sem razão, portanto, o acolhimento entusiasmado da teoria dos precedentes no Brasil, ou o alvoroço que a arbitragem – reprimida por décadas pela autoritária legislação brasileira – vem causando na comunidade jurídica nos últimos anos, ávida por trocar o ambiente judicial-estatal por um processo mais democrático, previsível e seguro.

Isso quer dizer que o juiz-pessoa deve despir-se do senso de que a sua função é tutelar e proteger tudo e todos de tudo e de todos, incluindo de si próprios, e compreender que a liberdade das partes deve ser respeitada. O que o juiz-pessoa interpreta como autoflagelação, talvez não o seja. E mesmo se o for, não é problema seu. Ao Estado-juiz não é dado sair de sua inércia e tutelar quem não quer – ou não precisa – ser tutelado. A liberdade constitucionalmente garantida a cada um dos brasileiros supõe liberdade para praticar os atos que lhes pareçam mais convenientes, incluindo os que implicam um *eventual* prejuízo a si próprio. Não fosse assim, deveriam ser proibidos (ou no mínimo fiscalizados) institutos como a doação, a remissão ou mesmo a transação.

Por tudo isso, não obstante existir o *importante* controle judicial das convenções processuais, esse controle deve ser feito com parcimônia e razoabilidade, sob pena de inviabilizar o novo processo civil que começa a desenhar-se em nosso país.[1119]

[1118] Nesse sentido, em trabalho com título autoexplicativo, REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. p. 274-277.

[1119] Muito feliz a conclusão de REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. p. 277: "Um

94.5. A regra geral sobre a licitude do objeto das convenções processuais

O objeto da convenção processual deve ser *lícito*. Será lícito sempre que disser respeito a alterações procedimentais ou a manipulações de ônus, faculdades, poderes e deveres processuais que não impliquem violação a questões de ordem pública, restrições a direitos de terceiros ou imposição de atribuições ou deveres ao órgão julgador sem o seu conhecimento e anuência.

Com precisão, Fredie Didier Jr. arrola oito diretrizes gerais, não exaustivas, para aferir a licitude do objeto. Além das que foram extraídas da disciplina legal, vale mencionar: (a) *in dubio pro libertate*, de modo que, na dúvida, deve-se admitir a convenção processual; (b) aplicam-se às convenções processuais as regras sobre a licitude dos negócios jurídicos materiais; destarte, são negociáveis apenas comportamentos lícitos, proibindo-se, evidentemente, convenções que estabeleçam tortura no depoimento pessoal, p.ex.; (c) são ilícitas negociações sobre matérias de reserva legal (criação de novos recursos, p.ex.); (d) são vedadas as convenções que afastem regra processual com o intuito de proteger direito indisponível (a dispensa de intimação do Ministério Público como fiscal da lei, p.ex.); (e) as partes podem criar novos deveres (e obrigações) processuais e estipular sanções em caso de descumprimento.[1120]

94.6. As questões indisponíveis e de ordem pública

Sem prejuízo da ampla liberdade que as partes devem ter para dispor de seus ônus, faculdades, poderes e deveres processuais, não podem dispor sobre questões que o ordenamento jurídico erige como essenciais à proteção (ainda que por vezes ilusória) da ordem pública.

Isso quer dizer que as partes não podem convencionar para admitir um incapaz como parte sem a devida representação, para dispensar a representação das partes em juízo por advogado, para admitir a litispendência, para autorizar o falso testemunho, para permitir a interposição sucessiva de recursos etc.

Estado Democrático de Direito se consolida não com arbítrios e condutas *contra legem*, mas com a aplicação das normas expressamente positivadas pelo legislador. Ignorar-se a redação dos arts. 190 e 200 do Código de 2015, ou interpretar ditos dispositivos de forma a inviabilizar ou a restringir indevidamente a sua aplicação, será mais do que ilegal e inconstitucional: será antidemocrático".

[1120] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 387-389.

De igual modo, considerando a indisponibilidade do Direito, não podem as partes convencionar para limitar o *iura novit curia* ou impor ao Estado-juiz o julgamento de acordo com a qualificação jurídica por elas dada. Não é possível, portanto, afastar o reconhecimento de uma nulidade material por convenção processual. Esse poder, existente na França (v. acima, Capítulo Sétimo), não encontra guarida no Direito brasileiro para os processos judiciais;[1121] não obstante possa ser feito nas arbitragens, por força do art. 2º da Lei nº. 9.307/1996.

Caso a convenção disponha sobre questões de ordem pública, será nula em razão da ilicitude de seu objeto.

94.7. Sobre as convenções envolvendo questões de ordem pública que interessam às próprias partes

As saudáveis relações entre publicismo e privatismo muitas vezes obscurecem a verdadeira finalidade de algumas questões tidas como de ordem pública; as quais, devidamente analisadas, revelam um propósito mais "privatista" do que "publicista".

A coisa julgada é o melhor exemplo disso. Não se discute que a coisa julgada seja uma questão de ordem pública cognoscível de ofício pelo Estado-juiz a qualquer tempo e grau de jurisdição. Também não se discute que a existência da coisa julgada, protegida constitucionalmente, é absolutamente fundamental ao adequado funcionamento das instituições jurídicas, políticas e sociais. Sem estabilização das decisões judiciais, reinaria o caos.

No entanto, o que poucas vezes se percebe é que a coisa julgada é um instrumento de proteção da parte vencedora no processo. Ela estabiliza o comando para impedir que a parte sucumbente volte a discutir aquela mesma questão, eternizando um litígio *em prejuízo* da parte que tem razão. A coisa julgada não é uma imposição, e sim uma *garantia*: uma garantia de que a decisão não voltará a ser discutida por quem perdeu o processo (efeito negativo) e uma garantia de que o Judiciário observará e fará respeitar aquela decisão estabilizada (efeito positivo). A coisa julgada interessa à sociedade porque é instrumento de segurança jurídica e todos querem ter a certeza de que apenas se sujeitarão a um processo judicial, referente a uma mesma demanda, uma única vez. No entanto, isso

---

[1121] Questionando a possibilidade de convenção sobre o Direito aplicável na Itália, CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. p. 112.

pouco difere das garantias do contraditório ou da ampla defesa. Todos também querem ter a certeza de que, uma vez partes no processo, terão condições de praticar todos os atos necessários para convencer/demonstrar ao Estado-juiz que têm razão; e nem por isso a produção de uma prova é uma questão de ordem pública.

Muito se discutiu sobre o conceito de coisa julgada, e o principal argumento dos que rejeitavam a concepção de que ela seria a imutabilização dos efeitos da decisão judicial era justamente que a parte beneficiada pela decisão não estava obrigada a exigir o seu cumprimento. Poderia utilizar a decisão como argumento para transacionar ou mesmo remitir a dívida reconhecida pela sentença condenatória.

A partir dessas considerações, é possível cogitar que a parte beneficiada pela coisa julgada renuncie *concretamente* a essa garantia que o ordenamento jurídico lhe outorga e opte por rediscutir a mesma demanda em outro processo judicial. Em outras palavras, é perfeitamente admissível que as partes convencionem o rejulgamento de uma causa cujo resultado não tenha agradado a ninguém.

Não há insegurança jurídica, pois a coisa julgada permanece tutelando todos aqueles que desejam ver a sua tutela jurisdicional estabilizada; salvo a hipótese de simulação que deve ser sempre coibida, inexiste prejuízo a terceiros; e é irrelevante o suposto interesse do Estado em não rejulgar o que já foi julgado.

Outra hipótese de convenção válida que envolve questão de ordem pública é a criação de legitimidade extraordinária ativa (e, em menor medida, de legitimação extraordinária passiva).[1122] O legislador preocupou-se inclusive em alterar a redação do art. 6º do CPC/73, substituindo a palavra "lei" por "ordenamento jurídico" (art. 18 do NCPC). Ou seja, "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico". Destarte, é perfeitamente possível cogitar de uma convenção constante de contrato social de uma sociedade empresária para estabelecer que a sociedade é a única legitimada para figurar no polo passivo de ação de dissolução parcial promovida por um dos sócios (ao invés do que dispõe o art. 601 do NCPC); ou então desfazer a confusão criada pelo art. 600, V do NCPC e dispor que a legitimidade ativa para a propositura da ação

[1122] V. DIDIER JR., Fredie. *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*. p. 22-26; BOMFIM, Daniela Santos. *A legitimidade extraordinária de origem negocial*. p. 344-352.

de exclusão é dos próprios sócios, e não da sociedade. São convenções que eliminam dúvidas, facilitam o procedimento e não causam nenhum prejuízo a quem quer que seja.

Diante de tudo isso, embora o juiz tenha o *dever* geral de recusar cumprimento a convenções processuais que contrariem questões *de* ordem pública, é possível cogitar de situações específicas em que tais convenções não ferirão *a* ordem pública.

94.8. A impossibilidade de disposição sobre ônus, faculdades, poderes, deveres e direitos de terceiros

A liberdade das partes de dispor sobre os seus próprios ônus, deveres, faculdades e poderes processuais pressupõe a ausência de prejuízo a terceiros. As partes estão proibidas de vincular a convenção por elas celebrada a quem dela não participou. Em outras palavras, autor e réu não podem celebrar convenção que impeça o terceiro prejudicado de recorrer de uma decisão (art. 996 do NCPC) ou que proíba a oposição (art. 682 e ss. do NCPC), p.ex. O princípio dispositivo confere às partes o poder de *autorregramento* da vontade no processo, mas não o regramento da vontade de terceiros.

94.9. A vinculação do Estado-jurisdição às convenções processuais: limites

O Estado-jurisdição está inteiramente vinculado às convenções processuais enquanto atos de manifestação de vontade que buscam definir a própria posição no processo. As partes têm o inquestionável poder de suprimir recursos,[1123] limitar a produção de determinadas provas, estipular a força probante de meios e fontes de provas etc., mas não podem criar ao Estado-jurisdição deveres e atribuições. Ao contrário do árbitro, que tem a faculdade de aceitar ou rejeitar o encargo judicante – recusando-o se não concordar com o procedimento estabelecido pelas partes –, o Estado-juiz tem o *dever* de julgar a causa que

---

[1123] É o que concluem, corretamente, LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal*. p. 466: "Diante dessas três premissas, chega-se, logicamente, à inafastável conclusão de que, por se tratar o recurso, como conceito jurídico-positivo, de remédio voluntário, cuja natureza é extensão do direito de ação, classificando-se o direito de recorrer como direito potestativo, as partes litigantes podem dispor deste direito, inclusive por meio de convenção que estabeleça a supressão da segunda ou da terceira instância, acordando que a lide tramitará somente no juízo originário ou até o segundo grau e que a decisão proferida por um desses juízos, a depender do caso, não se sujeitará a revisão". V. também OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição*. p. 437-439

lhe foi submetida.[1124] Portanto, não se pode transferir a ampla liberdade que as partes têm na arbitragem ao processo judicial.[1125]

São vedadas, portanto, convenções processuais que criem novos recursos – cujo rol estabelecido pelo art. 994 do NCPC é taxativo e deriva de *reserva legal* –,[1126] que gerem deveres de inspeção judicial além do que está previsto no art. 481 e ss. do NCPC, que majorem o prazo para a sustentação oral, que imponham regras específicas de composição do quórum nos recursos etc. Enfim, não são admissíveis convenções processuais que prejudiquem, mesmo em tese, o funcionamento do Poder Judiciário e da prestação jurisdicional,[1127] sob pena de indevido prejuízo ao interesse público primário.[1128]

Pelos mesmos motivos, não parece aceitável uma convenção processual que torne sigiloso um processo judicial fora das hipóteses legais. Sem prejuízo das exceções legais, decorrentes de ponderações entre valores pelo legislador, é direito de cada cidadão saber *o que* está sendo julgado e *como* estão sendo julgados os processos pelos Tribunais, os

---

[1124] Diferença bem lembrada por NOVA, Giorgio di. *Accordi delle parti e decisione*. p. 60.

[1125] Afirma CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. p. 102: "La direzione di marcia è verso una equilibrata estensione dell'incidenza dall'autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l'efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia".

[1126] Mais uma vez, acertada a conclusão de LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal*. p. 455-456: "Tratando-se de matéria de reserva legal, portanto, não há como se cogitar a possibilidade de negociação processual em torno dela. Assim, pode-se afirmar que a criação de nova modalidade de recurso por meio de negócio jurídico afigura-se ilícita, já que violaria o princípio da taxatividade, esvaziando a razão de serem limitados os meios de impugnação de uma decisão no mesmo processo". Também nesse sentido, NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. p. 239 e 246-247.

[1127] *Cf.* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 1. p. 536-537.

[1128] Não há contradição entre essa assertiva e a conclusão de que se admitem convenções para afastar a coisa julgada. Uma coisa é a renúncia a uma garantia que serve eminentemente para proteger e assegurar a parte vencedora no processo, impondo-se ao Estado-jurisdição apenas que julgue novamente uma causa de acordo com o procedimento legalmente estabelecido; outra completamente diferente é a criação privativa de institutos processuais, compelindo o Judiciário a adaptar-se ao arbítrio das partes. Ainda que se pretenda a promoção da liberdade no processo judicial, não é possível equipará-lo à arbitragem e esquecer que se trata de um instrumento *público* regido por um regime de direito público.

quais são custeados com dinheiro público para o exercício de uma função também pública.[1129]

94.10. A criação de obrigações processuais

Uma interessantíssima consequência da permissão legal para que as partes contratem em relação ao processo é o surgimento de possíveis *obrigações processuais*, inexistentes no sistema processual 'ordinário' previsto em lei.

Com efeito, se todo o processo civil é regido por ônus, podem as partes transformar tais ônus em obrigações, estipulando inclusive cláusula penal para o seu descumprimento. Em outras palavras, se a recusa injustificada de exibir um documento tem a consequência legal de fazer presumir verdadeira a alegação fática que seria por ele provada (art. 400 do NCPC), as partes têm condições de transformar esse ônus em uma obrigação processual. Dependendo dos termos da avença, o descumprimento dessa nova obrigação pode ensejar o pagamento de multas, imposição de *astreintes* pelo Estado-juiz e até mesmo a expedição de mandado de busca e apreensão, independentemente da análise quanto à "necessidade" de tais medidas pelo Estado-juiz (art. 400, parágrafo único do NCPC).[1130]

94.11. As consequências do descumprimento da convenção processual

O art. 190 do NCPC omitiu-se quanto às consequências do descumprimento da convenção processual pelas partes ou pelo juiz. Destarte, a resposta a esse problema deve ser extraída da Teoria Geral do Direito e das normas que regem o descumprimento dos negócios jurídicos em geral.

[1129] É o que lembra CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. p. 17: "Ces clauses son plus strictement admises car l'instance met en cause le juge et, à travers lui, une fonction étatique que aussi bien qu'un service public dont les parties n'ont plus la maîtrise exclusive".

[1130] O já mencionado art. 400, parágrafo único do NCPC dá ao juiz poderes para, "*sendo necessário*", "adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido". Independentemente do despropósito da norma, verdadeiro retrocesso autoritário que nenhum dos Códigos brasileiros anteriores apresentava, não se pode admitir que a exibição de documentos tenha se transformado em dever processual. O que houve foi a confusão entre a exibição de documento pela parte que constitui *prova* no processo, e a obrigação de exibição de documento derivada de uma *obrigação material*, cujo adimplemento interessa a outros fins além da mera comprovação de uma alegação fática; daí constar, ao menos, a expressão "*sendo necessário"*. Quanto ao terceiro, a exibição de documento sempre foi, corretamente, um *dever legal*, justamente porque ele não é parte e não está sujeito ao regime dos ônus processuais.

Como foi mencionado logo acima, as convenções processuais podem estipular sanções ao inadimplemento ou à inexecução das eventuais obrigações assumidas pelas partes.

Sem prejuízo de tais sanções, cumpre ao Estado-juiz dar efetividade ao que foi livre e validamente convencionado pelas partes, negando conhecimento a um recurso interposto em contrariedade com o negócio processual, indeferindo prova que as partes concordaram que não seria admissível e mandando desentranhar laudo de assistente técnico quando convencionado o seu descabimento, p.ex.

No entanto, as partes sempre terão o ônus de alegar o descumprimento da convenção processual e pedir as providências judiciais necessárias para que ela seja respeitada. Com bem lembra Fredie Didier Jr., é essa a regra geral do nosso Código: se a parte não invoca a eleição de foro, prorroga-se a competência (art. 65 do NCPC); se não alega a existência de convenção de arbitragem, presume-se que renunciou ao juízo arbitral (art. 337, §6º do NCPC).[1131]

Destarte, o Estado-juiz terá o *dever* de indeferir prova testemunhal cujo cabimento foi afastado por convenção processual, *desde que* haja alegação de uma das partes nesse sentido; de igual modo, terá o *dever* de negar conhecimento ao recurso interposto em contrariedade a convenção processual, *desde que* o recorrido invoque a convenção processual.[1132] Se não o fizer, presume-se que ambas as partes renunciaram ao avençado.

O descumprimento da convenção processual pelo juiz-pessoa sujeita-o a responsabilização por infração aos seus deveres funcionais (art. 35, I da LC nº. 35/1979).

94.12. O distrato e a novação da convenção processual

A mesma liberdade que autoriza a convenção processual permite que ela seja livremente distratada ou novada pelas partes.[1133] O distrato e novação são igualmente vinculantes ao Estado-juiz, produzindo efeitos imediatamente, salvo quando a lei exigir a homologação judicial. Aplicam-se às convenções processuais as regras gerais de distrato

---

[1131] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 391.

[1132] Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 391.

[1133] Nesse sentido, AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. p. 148.

(art. 472 do CC) e novação (arts. 360 a 367 do CC) que regem os negócios jurídicos materiais. Por óbvio, não se pode distratar ou novar a convenção para extinção do processo por desistência de ação depois de homologada e extinto o processo.

As convenções processuais são vinculantes, geram direitos subjetivos à outra parte e não podem ser revogadas.[1134]

94.13. Sobre a proposta de convenção processual

Valem às convenções processuais as regras gerais sobre formação dos contratos, incluindo o que dispõe o art. 427 do CC: "A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso". Consequentemente, a proposta de convenção processual feita por uma das partes à outra parte é vinculante à ofertante, salvo se presente uma das exceções legais, como a ausência de aceite imediato (art. 428, I do CC) ou a retratação do proponente antes do aceite (art. 428, IV do CC).

95. O calendário processual (art. 191 do NCPC)

Outra excelente novidade do NCPC é a previsão de que as partes *convencionem* com o juízo um calendário processual, estabelecendo datas e prazos para a prática dos atos processuais: "Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. §1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. §2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática

---

[1134] *Cf.* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. p. 391. Pedro Henrique Nogueira admite a revogação de convenção processual mediante "outro negócio jurídico revogando o anterior", o que seria distinto do distrato (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*). No entanto, a revogação é espécie de resilição unilateral (*cf.* GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 225; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v. II. p. 497) de um negócio ou de um contrato também *unilateral*. Revoga-se a doação, a oferta, o mandato, a promessa de recompensa. Contratos bilaterais são distratados, resolvidos, resilidos, novados, e não *revogados*. Afinal, como define Pontes de Miranda, "o que se revoga é a manifestação de vontade", motivo pelo qual "As manifestações de vontade que se dirigem a alguém, ou a muitos, ou a todos (ao *alter*) podem, em princípio, ser revogadas *enquanto não se produziu o ato que se quis recompensar, ou, em geral, o elemento do suporte fáctico para o nascimento do direito de outrem*" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. XXV. p. 269 e 271-272. Destaque nosso).

de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário".

A ideia de estabelecer um calendário processual já constava dos ordenamentos jurídicos italiano e francês, mais precisamente do art. 81-bis do *Disposizioni di attuazione del codice di procedura civile* [1135] e do art. 764 do *Code de Procédure Civile*.[1136] Mas ao contrário da feliz linha seguida pelo legislador brasileiro, o qual estabeleceu um calendário *facultativo* e *consensual* entre os sujeitos processuais, na França e na Itália é o juiz quem estabelece *unilateralmente* o calendário depois de ouvir as partes. Em ambos os países leva-se em consideração a "natureza, a urgência e a complexidade da causa", de modo a respeitar o princípio da duração razoável do processo.

Equivoca-se quem supõe que o calendário processual não vincula outros juízes além daquele que o estabeleceu em conjunto com as partes.[1137] O raciocínio acaba por

---

[1135] *Art. 81-bis. (Calendario del processo). Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombenti che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all'articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombenti che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all'articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini.*
Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi.

[1136] "*Article 764. Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.*

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut, après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.

Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.

Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.

Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige".

[1137] Assim, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 1. p. 537: "o processo não pertence *a um juiz determinado*, nem é possível conceber que *o*

pessoalizar a jurisdição e confundir o juiz-pessoa com o juízo e, sobretudo, com o Estado-juiz.

A referência legal a "juiz" jamais é feita ao "juiz-pessoa". A pessoa física do magistrado é irrelevante à ciência processual. Todo ato judicial é praticado pelo Estado-juiz *corporificado* por uma pessoa investida de jurisdição. Nenhuma decisão é dada pelo juiz, desembargador ou ministro A, B ou C; todas são dados pelo *Estado* devidamente presentado. Essa é uma das principais conquistas do Estado Moderno e da ciência processual.

Por isso, nenhum calendário processual é celebrado com um *magistrado*, e sim com o *Estado* corporificado em um juiz. Em última análise, deve-se compreender que o calendário foi estabelecido em conjunto entre partes e *juízo*. Logo, é irrelevante o *profissional* que esteja exercendo a atividade judicante em dado juízo. Existe uma vinculação do *juízo* ao acordo celebrado com as partes, pouco importando a "*pessoa*" que tenha *presentado* o Estado naquele ato.[1138]

Conclusão diversa implicaria concluir também que um contrato celebrado pelo Município na gestão de um Prefeito não precisa ser cumprido pelo Prefeito que o sucedeu; ou que o tratado firmado por um Presidente da República não produz efeitos após o término do seu mandato; ou ainda que a sociedade empresária não está mais vinculada a um contrato celebrado com outrem porque foi alterado o seu administrador. Se todos esses exemplos são juridicamente absurdos, também é absurdo cogitar que um magistrado não precisa honrar o compromisso assumido pelo juízo a que está vinculado e, mais amplamente, pelo Estado-jurisdição que corporifica.

Estabelecido o calendário pelos sujeitos processuais, o seu cumprimento é vinculante. Salvo a excepcionalidade justificada prevista no próprio art. 191 do NCPC, apenas o consenso entre *todos* os sujeitos processuais pode modificá-lo ou distratá-lo. O descumprimento do calendário pelas partes fará precluir a faculdade não exercida no momento oportuno, sujeitando-as às consequências negativas do ônus inobservado. Se o

---

acordo feito por um magistrado seja oponível a outro (ou outros) que dele não participaram". Também CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais*. p. 234

[1138] Nesse sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. p. 520;

calendário for descumprido pelo juiz, ficará ele sujeito a sanções por infração dos seus deveres funcionais.

CONCLUSÃO

Na trilogia dos objetivos jurídicos, o Direito Processual serve ao valor segurança. E ao servir ao valor segurança, serve ao valor liberdade.

Não se trata de conclusão enviesada por determinada ideologia, mas de uma irrefutável constatação de ordem lógica. Como foi exposto no Capítulo Terceiro, o Estado não precisa do processo para exercer a jurisdição. Basta investir agentes do poder jurisdicional, outorgando-lhes a prerrogativa de 'distribuir justiça' da maneira que considerarem mais adequada, célere e efetiva, sem nenhuma limitação formal pré-estabelecida. Foi exatamente essa, aliás, a proposta de processo ideal formulada por autores como Menger e Baumbach; e, em muitos aspectos, dela não se afastavam os sistemas processuais socialistas.

Se uma prestação jurisdicional dessa natureza é terminantemente vedada pelo nosso ordenamento jurídico, é porque sabe-se atualmente que todo poder estatal precisa ser disciplinado: é essa a grande conquista do Estado Moderno, regido pelo ideal do Estado de Direito. Disciplina-se o exercício do poder jurisdicional mediante a criação de um *método de atuação*, o processo, que deve ser rigorosamente seguido pelos agentes estatais para que, além de 'justa', a decisão ao final proferida seja *legítima*. Daí falar-se em *devido processo legal*, que é, lembrando as atemporais lições de Couture, a "garantia da liberdade".

Partindo-se do pressuposto de que o Direito Processual é instrumento de liberdade (e negá-lo impõe rejeitar a própria ciência processual, como tão bem concluiu Calamandrei), nada justifica a supressão da autonomia privada no processo promovida pelo movimento publicista-autoritário dos séculos XIX e XX. Houve um grave desvirtuamento das finalidades do processo e, paradoxalmente, um afastamento dos princípios e valores que regem o Direito Público. O processo passou a ser confundido com a jurisdição, e de *instrumento* que deveria servir *ao* jurisdicionado, transformou-se em instrumento *do* Estado *para* o próprio Estado.

É claro que, por ser a jurisdição uma atividade, uma função e um poder *públicos*, a liberdade processual encontra limites insuperáveis. Nenhuma liberdade é ilimitada. A autonomia privada das partes precisa compatibilizar-se com a noção de que o Estado presta algo muito próximo a um serviço público aos jurisdicionados, o qual não pode ficar refém de eventuais caprichos privados.

Além disso, de forma nenhuma se pretende retornar a uma época em que o juiz permanecia inerte e pouco contribuía à efetividade do processo. Se é certo que o processo é instrumento de liberdade e de segurança, também é certo que ele não pode prejudicar a eficiência que se espera da prestação jurisdicional. Esse é um dos grandes méritos da publicização do processo, a qual, além de fomentar o desenvolvimento da ciência processual, foi determinante para que se conscientizasse que o Estado deve cumprir a sua missão jurisdicional com celeridade, qualidade e efetividade, pois é isso que esperam os seus destinatários.

Por isso, apenas uma má compreensão do princípio dispositivo permite contrapor a liberdade das partes com os deveres do juiz de impulsionar o processo e garantir que o processo caminhe celeremente (sem prejuízo da segurança) rumo à sua conclusão. Impulso oficial e princípio dispositivo não apenas convivem, mas complementam-se.

Também se depreende algum exagero, de ambos os lados, no intenso debate sobre os 'poderes' instrutórios do juiz. Menos importante do que os 'poderes' em si é o modo pelo qual esses 'poderes' são exercidos. É inadmissível, portanto, concebê-los como *faculdades* a serem exercidas ao livre arbítrio do julgador. Ou o juiz possui deveres-poderes instrutórios ou não possui nenhum poder. O que não se pode é supor que existem poderes judiciais exercidos facultativa e arbitrariamente. Ademais, a solução para que se profiram decisões com mais qualidade é o diálogo com as partes, e não o exercício autoritário, inesperado e não raro improdutivo de um poder estatal.

Mas feitas essas ressalvas, o que se procurou demonstrar é que todo o sistema processual é estruturado, em maior ou menor medida, sobre a noção de *disponibilidade*. Da sua instauração até a sua conclusão o processo é essencialmente regido por um sistema de ônus que torna todos os atos das partes facultativos. Mesmo quando a causa versa sobre direitos indisponíveis, embora se restrinjam os efeitos da incontrovérsia fática, o processo continua eminentemente dispositivo. A propositura da demanda é facultativa, a contestação é facultativa, a alegação de fatos é facultativa, a produção de provas é facultativa, o comparecimento para depor é facultativo, a interposição de recursos é facultativa. Enfim, ao contrário do *dever de participação* que regia os processos socialistas, o nosso processo é regido pela mais ampla liberdade individual.

A proposta deste trabalho foi, então, sistematizar essas hipóteses de disponibilidade processual sob a regência de um princípio dispositivo renovado e revigorado.

Com efeito, é preciso parar de pensar o princípio dispositivo com a visão limitada de uma teoria criada no início do século XIX, em uma fase histórica na qual o processo não havia nem sequer adquirido a sua autonomia científica frente ao direito material. O princípio dispositivo não pode mais ser confundido com a prerrogativa outorgada ao jurisdicionado de romper a inércia jurisdicional e formular uma demanda. Embora essa seja a sua manifestação mais importante, não é a única. E com muito menos razão o princípio dispositivo pode ser reduzido à mera iniciativa das partes na produção de provas.

A conservação de uma doutrina já ultrapassada, que reduz o princípio dispositivo a uma ou duas manifestações processuais específicas, impede a constatação de que a inércia jurisdicional, a revelia, a confissão, a aquiescência à decisão, a desistência do recurso e as convenções processuais, dentre muitos outros exemplos, possuem uma mesma base principiológica, um mesmo fundamento sobre o qual se amparar. Todas essas hipóteses decorrem da liberdade que as partes têm no processo – são atos de disposição – e precisam ser estudadas como um todo orgânico. Apenas assim será possível desenvolver uma ciência processual coesa e coerente que saiba compatibilizar liberdade, 'justiça' e efetividade.

O publicismo-autoritário criado no século XX parece, ao menos no Brasil, ter atingido o seu ponto de saturação. É preciso agora recuperar o real significado da natureza pública do processo e compatibilizá-lo com a valorização da liberdade dos jurisdicionados, que é a razão de ser do Direito Processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alzira Alves de; et al. (coords.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930*. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br.>

ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos. São Paulo, 1960.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Efetividade e processo de conhecimento.* Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, v. 2, n. 4. Porto Alegre, 2014. Disponível em http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49206/30837.

_____. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo,* in Leituras Complementares de Processo Civil. Org. Fredie Didier Jr. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Sentença 'citra petita' – necessidade de ação rescisória*. Revista de Processo, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Precedentes e evolução do direito*, in Direito Jurisprudencial. Coord. Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960.

APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Sentença e Coisa Julgada: exegese do Código de Processo Civil (art. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL.

_____. Reflexões sobre o princípio da demanda. Disponível em https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Procedimentos Especiais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ASCARELLI, Tullio. *Inesistenza e nullità.* Rivista di Diritto Processuale, XI. Padova: Cedam, 1956.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Manual dos Recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Processo Civil Brasileiro*, v. I, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Processo Civil Brasileiro,* v. II, tt. I e II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo Civil Brasileiro,* v. III. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

AUILO, Rafael Stefanini. *O Modelo Cooperativo de Processo Civil no Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto B. *O que é 'devido processo legal'?* Revista de Processo, n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular"*, in Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de História do Processo Civil Romano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, tt. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *O neoprivatismo no processo civil.* Revista de Processo, n. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual.* Salvador: JusPodvm, 2013.

BARRIÈRE, Louis-Augustin. *Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé*, in De L'Intérêt de la *Summa Divisio* Droit Public-Droit Privé? Coord. Baptiste Bonnet e Pascale Deumier. Paris: Dalloz, 2010.

BARS, Thierry Le; HÉRON, Jacques. *Droit Judiciaire Privé*. 6. ed. Paris: LGDJ, 2015.

BAUR, Fritz. *Da importância da dicção 'iura novit curia'*. Revista de Processo, n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao art. 487*, in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, in Garantismo Processul: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*, in Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas). Coord. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BELL, John. *Le débat au Royaume-Uni*, in Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration. Paris: Economica, 1991.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao Processo Civil Alemão*. Salvador: JusPodivm, 2015.

BERMANN, George A. *Le débat aux États-Unis*, in Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration. Paris: Economica, 1991.

BESSO, Chiara. *La Sentenza Civile Inesistente*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

BOMFIM, Daniela Santos. *A legitimidade extraordinária de origem negocial*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentário ao art. 322*, in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONNET, Baptiste. *La summa divisio droit public-droit privé, chimère ou pierre angulaire?*, in De L'Intérêt de la *Summa Divisio* Droit Public-Droit Privé? Coord. Baptiste Bonnet e Pascale Deumier. Paris: Dalloz, 2010.

_____; DEUMIER, Pascale. *Avant-propos*, in De L'Intérêt de la *Summa Divisio* Droit Public-Droit Privé? Coord. Baptiste Bonnet e Pascale Deumier. Paris: Dalloz, 2010.

BOUDOT, Michel. *L'enseignement du droit, un instrument de la summa divisio?*, in De L'Intérêt de la *Summa Divisio* Droit Public-Droit Privé? Coord. Baptiste Bonnet e Pascale Deumier. Paris: Dalloz, 2010.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

BRONIEWICZ, Witold. *I poteri del giudice in rapporto ai poteri delle parti nel processo civile polacco*. Rivista di Diritto Processuale, n. XXXIV, 3. Padova: CEDAM, 1979.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa - America, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. *A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

_____, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

_____. *Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

CADIET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, *numero speciale: Accordi di Parte e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

_____; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciarie Privé*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013.

_____; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie Générale du Procès*. 2. ed. Paris: PUF, 2013.

CAENEGEM, R. C. Van. *An Historical Introduction to Private Law*. Trad. D. E. L Johnston. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

CALAMANDREI, Piero. *Abolizione del Processo Civile?*, in Opere Giuridiche, v. VI. Org. Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1976.

_____. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in Opere Giuridiche, v. I. Org. Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965.

_____. *La Cassazione Civile*, v. I, in Opere Giuridiche, v. VI. Org. Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1976.

_____. *La sentenza soggetivamente complessa*, in Opere Giuridiche, v. I. Org. Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965.

_____. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in Opere Giuridiche, v. I. Org. Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965.

_____. *Processo e Democrazia*, in Opere Giuridiche, v. I. Org. Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965.

CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, s.d.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001.

CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010.

CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, *numero speciale: Accordi di Parte e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

CAPORAL, Stéphane. *La summa divisio des facultés*, in De L'Intérêt de la *Summa Divisio* Droit Public-Droit Privé? Coord. Baptiste Bonnet e Pascale Deumier. Paris: Dalloz, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do processo civil*, in Processo, Ideologias e Sociedade, v. 1. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. *El Testimonio de la Parte en el Sistema de la Oralidad*, vv. 1 e 2. Trad. Tomás A. Banzhaf. La Plata: Librería Editora Platense, 2002.

CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in Studi in Onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento, v. 2. Milano: Giuffrè, 1951.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Do cumprimento de sentença conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?* Revista da AJURIS, n. 102. Rio Grande do Sul, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Eccezione e analisi dell'esperienza*. Rivista di Diritto Processuale, v. XV. Padova: CEDAM, 1960.

_____. *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, t. I. 3.ed. Roma: Foro Italiano, 1942.

_____. *La Prova Civile.* 2. ed. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1947.

_____. *Sistema del Diritto Processuale Civile*, v.1. Padova: CEDAM, 1936.

_____. *Un lapsus evidente?* Rivista di Diritto Processuale, v. XV. Padova: CEDAM, 1960.

CARRATTA, Antonio. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. Disponível em http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/506.

_____. *Poteri del Giudice*. Coautoria com Michele Taruffo. Org. Sergio Chiarloni. Bologna: Zanichelli, 2015.

_____; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. I. 13. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016.

CASTRO, Gonçalo Andrade e; XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês. *Elementos de Direito Processual Civil*. Porto: Universidade Católica, 2014.

CAVALLINI, Cesare. *Iura novit curia (civil law e common law*). Rivista di Diritto Processuale, n. LXXII, 3. Milano: Giuffrè, 2017.

CAVALLONE, Bruno. *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in Il Giudice e la Prova nel Processo Civile. Padova: CEDAM, 1997.

_____. *Alessandro Giuliani Processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*. Rivista di Diritto Processuale, n. LXVII, 1. Milano: CEDAM, 2012.

_____, Bruno. *In difesa della* veriphobia *(considerazioni amichevolmente polemiche su un livro di Michele Taruffo)*. Rivista di Diritto Processuale, n. LXV, 1. Milano: CEDAM, 2010.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário: um exame crítico*, in Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas). Coord. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MAZZEI, Rodrigo. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

CHAINAIS, Cécile; GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile. Droit interne et droit de l'Union européenne.* 32. ed. Paris: Dalloz, 2014.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-Moderne.* 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008.

CHIARLONI, Sergio. *Sulla rilevabilità in sede di gravame della nullità ex art. 101, comma 2º, c.p.c.* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. LXV. Numero speciale: la disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni doppo). Giuffrè: Varese, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Adolfo Wach*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Del sistema negli studi del processo civile*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Della condanna nelle spese a favore del procuratore*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. III. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Identificazione delle azioni. Sulla regola `ne eat iudex ultra petita partium`*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *L'azione nel sistema dei diritti*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *La pubblica amministrazione e la condanna nelle spese davanti la IV sezione del Consiglio di Stato*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. III. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Le forme nella defesa giudiziale del diritto*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Le spese del processo civile romano*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. III. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Le riforme processual e le correnti del pensiero moderno*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Lo stato attuale del processo civile in Italia ed il progetto Orlando di riforme processuali*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Reimp. Napoli: Jovene, 1965

_____. *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in Saggi di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

CHIZZINI, Augusto. *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazioni del diritto processuale civile*, in Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi. 2. ed. Milano: Utet Giuridica, 2014.

_____. *Franz Klein, la codificazione sociale e la procedura civile in Italia*, in Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi. 2. ed. Milano: Utet Giuridica, 2014.

_____. *In dubio pro libertate. Note sul pensiero giuridico di Edoardo Garbagnati*, in Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi. 2. ed. Milano: Utet Giuridica, 2014.

_____. *Oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*, in Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi. 2. ed. Milano: Utet Giuridica, 2014.

CHRÉTIEN, Patrice; GUÉDON, Marie-José; DUPUIS, Georges. *Droit Administratif*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2007.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CIPRIANI, Franco. *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in Il Processo Civile nello Stato Democratico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

_____. *Il processo civile nello Stato democratico*, in Il Processo Civile nello Stato Democratico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

_____. *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in Il Processo Civile nello Stato Democratico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

_____. *Le dimissioni del Professore Mortara e i "Germanisti" del Preside Scialoja*. Rivista di Diritto Processuale, n. 3. Milano: CEDAM, 1990.

Code Louis, t. 1. Ordonnance Civile, 1667, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. I. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 1996.

Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. IX. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Coautoria com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2009.

COLOMER, Juan Luiz Gómez; MONTERO AROCA, Juan; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional I: parte general*. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____; MONTERO AROCA, Juan; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, María Pia Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*: *Proceso Civil*. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile. I. Il processo ordinario di cognizione.* Bologna: il Mulino, 1995.

CONSOLO, Claudio. *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. VIII. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.

_____. *Procedura Penale*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1995.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A Revogação da Sentença: gênese e genealogia*. São Paulo: Ícone, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, in Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Montevideo: BdeF, 2010.

_____. *Inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso*, in Estudios de Derecho Procesal Civil, t. I. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

CUADRADO, María Pia Calderón; MONTERO AROCA, Juan; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional II*: *Proceso Civil*. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre a desistência da ação*, disponível em http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Leonardo%20Jos%C3%A9%20Carneiro%20da%20Cunha%20-%20formatado.pdf.

_____. *Comentário ao art. 493*, in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

_____; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002.

DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. New York: William S. Hein, 1986.

DELFINO, Lúcio; NUNES, Dierle José Coelho. *Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório no novo CPC*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc.

DEUMIER, Pascale ; BONNET, Baptiste. *Avant-propos*, in De L'Intérêt de la *Summa Divisio* Droit Public-Droit Privé? Coord. Baptiste Bonnet e Pascale Deumier. Paris: Dalloz, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*. Disponível em: https://www.academia.edu/8541198/Fonte_normativa_da_legitima%C3%A7%C3%A3o_extraordin%C3%A1ria_a_legitima%C3%A7%C3%A3o_extraordin%C3%A1ria_negocial.

_____. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.* Disponível em https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAs_modelos_de_direito_processual.

_____. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Execução Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

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

_____. *O conceito de mérito em processo civil*. Revista de Processo, n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Polêmicas do processo civil: Windscheid e Muther*, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Tutela jurisdicional*, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*, 17 ed. São Paulo: Atlas. 2013.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2007.

EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio Unitário: fundamentos, estrutura e regime.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ENGELMANN, Arthur. *The Mediaeval German Procedure*, in History of Continental Civil Procedure, v. VII. Org. Arthur Engelmann. Trad. Robert. Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

_____. *The Roman Procedure*, in A History of Continental Civil Procedure, v. VII. Org. Arthur Engelmann. Trad. Robert. Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

_____. *The romano-canonical procedure*, in History of Continental Civil Procedure, v. VII. Org. Arthur Engelmann. Trad. Robert. Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile*: contributo al chiarimento del dibattito. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de Processo, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FASCHING, Walter Hans. *Liberalización y socialización del proceso civil.* Trad. Raúl Nocedal M. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 13-14. Disponível em https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/891/1151.

FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile. *Procédure Civile*. *Droit interne et droit de l'Union européenne.* 32. ed. Paris: Dalloz, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *As origens do Estado contemporâneo ou o Leviathan gestor da economia*, in Direito Constitucional. Barueri: Manole, 2007.

FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile. I. Il processo ordinario di cognizione.* Bologna: il Mulino, 1995.

FOLHADELA, Inês; XAVIER, Rita Lobo; CASTRO, Gonçalo Andrade e. *Elementos de Direito Processual Civil*. Porto: Universidade Católica, 2014.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio no Novo Código Civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOURNIER, Marcel; SCHULTE, Frédéric; GLASER, William A. *Précis Théorique et Pratique de Procédure Civile*. Paris: Pichon, 1902. Versão digital disponibilizada por Archive.org.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FREITAS, José Lebre de. *A Confissão no Direito Probatório*: *um estudo de direito positivo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FROMONT, Michel. *Le débat à l'étranger,* in Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration. Paris: Economica, 1991.

FURNO, Carlo. *Nullità e rinnovazione degli atti processuali.* in Studi in Onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento, v. 1. Milano: Giuffrè, 1951.

GANUZAS, Francisco Javier Exquiaga. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Madrid: Lex Nova, 2000.

GLASER, William A. *Pretrial Discovery and the Adversary System.* New York: Russel Sage Foundation, 1968.

GLASSON, Ernest. *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. III. Paris: F. Pichon, 1889. Versão digital disponibilizada por BnF Gallica.

_____. *Histoire du Droit et des Institutions de L'Allemagne*.

_____; SCHULTE, Frédéric; FOURNIER, Marcel. *Précis Théorique et Pratique de Procédure Civile*. Paris: Pichon, 1902. Versão digital disponibilizada por Archive.org.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. 2. ed. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*, in Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Coord. José Miguel Garcia Medina e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUÉDON, Marie-José; DUPUIS, Georges; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif.* 10. ed. Paris: Dalloz, 2007.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile*. *Droit interne et droit de l'Union européenne.* 32. ed. Paris: Dalloz, 2014.

GURVIC, Mark. A. *Profili generali del processo civile sovietico*, in *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. IX. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty: the definitive edition*. Ed. Ronald Hamowy. Chicago: The University of Chicago, 2011.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil procedure*. *An introduction.* New Haven: Yale University Press, 1993.

HÉRON, Jacques; BARS, Thierry Le. *Droit Judiciaire Privé*. 6. ed. Paris: LGDJ, 2015.

JACKSON, Jeffrey D. *Putting rationality back into the rational basis test: saving substantive due process and redeeming the promise of the Ninth Amendment*. University of Richmond Law Review, v. 45, n. 2, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JEULAND, Emmanuel; CADIET, Loïc. *Droit Judiciarie Privé*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013.

JOLOWICZ, John A. *On Civil Procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNOY, Joan Picó Y. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, in Processo Civil e Ideología. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KAGAN, Robert A. *Adversarial Legalism: the American way of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003

KELLNER, Horst. *Introduzione*, in *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. X. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

KESSLER, Amalia D. *Inventing American Exceptionalism: the origins of American adversarial legal culture, 1800-1877.* New Haven: Yale University Press, 2017

KOHLER, Christian. *L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*. Maubeuge : ADI, 2013.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015*: *em conformidade com a Lei 13.256/2016.* Salvador: JusPodvm, 2016.

LANTIERI, Rossella Lavinia; PICARDI, Nicola. *La giustizia civile in Russi da Pietro il Grande a Krusciev Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. IX. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição*, in Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas). Coord. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. *Il fondamento del principio dispositivo*, in Problemi del Processo Civile. Napoli: Morano, 1962.

_____. *Il nuovo 'Código de Processo Civil' brasiliano*, in Problemi del Processo Civile. Napoli: Morano, 1962.

_____. *Istituti del diritto commune nel processo civile brasiliano*, in Problemi del Processo Civil. Milano: Morano, 1962.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, in Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. Ipiranga: Bestbook, 2004.

_____. *Processo de Execução.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Sul riconoscimento della domanda*, in Problemi del Processo Civile. Napoli: Morano, 1962.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contradditorio*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. LXV. Numero speciale: la disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni doppo). Giuffrè: Varese, 2011.

MACHADO, António Montalvão. *O Dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A Correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodvm, 2015.

MALIN, Mauro. *Campos*, Francisco, in *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930*. Coord. Alzira Alves de Abreu e outros Disponível em: http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/CAMPOS,%20Francisco.pdf.

MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. I. 13. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

MEGNA, Bruno Lopes; CIANCI, Mirna. *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

MEKKI, Soraya Amrani; CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques. *Théorie Générale du Procès*. 2. ed. Paris: PUF, 2013.

_____; STRICKLER, Yves. *Procédure Civile*. Paris: PUF, 2014.

MELENDO, Santiago Sentís. *El Juez y el Derecho*: *iura novit curia*. Buenos Aires: E. J. E. A., 1957.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Luís Correia de. *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, in Processo Civil e Ideología. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MENGER, Anton. *Il Diritto Civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*. Trad. Giuseppe Oberosler. Torino: Fratelli Boca, 1894.

_____. *L'Etat Socialiste.* Trad. Edgar Milhaud. Paris: Georges Bellais, 1904.

METZGER, Ernest. *Litigation in Roman Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*, v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

_____. *Derecho Procesal Civil*, v. II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

_____. *Jura novit curia*, in *Derecho Procesal Civil*, v. IV. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

_____. *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*. Rivista di Diritto Processuale, n. 1. Padova: Giuffrè, 1937.

MILLAR, Robert Wyness. *Germany and Austria – Chapter III. The Reforms of 1924*, in A History of Continental Civil Procedure, v. VII. Org. Arthur Engelmann. Trad. Robert. Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

_____. *The formative principles of civil procedure*, in A History of Continental Civil Procedure, v. VII. Org. Arthur Engelmann. Trad. Robert. Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTEIRO, Marta. *Jura novit curia in international commercial arbitration*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Helsinki, 2013.

MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. Padova: Cedam, 2012.

_____. *Princípios e ideologias del processo civil: impressiones de un 'revisionista*', in Processo Civil e Ideología. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MONTERO AROCA, Juan. *El processo civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritária*, in Processo Civil e Ideología. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Sobre el mito autoritario de la "buena fe procesal"*, in Processo Civil e Ideología. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____; COLOMER, Juan Luiz Gómez; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional I: parte general*. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____; COLOMER, Juan Luis Gómez; VILAR, Silvia Barona; CUADRADO, María Pia Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*: *Proceso Civil*. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MONTESANO, Luigi. *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civile di 'terza via'*. Rivista di Diritto Processuale. Milano: CEDAM, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 31. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORTARA, Lodovico. *Istituzioni di Ordinamento Giudiziario*. Firenze: G. Barbèra, 1906.

_____. *Manuale della Procedura Civile*, v. 1. 5. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1906.

_____. *Principii di Procedura Civile*. Firenze: G. Barbèra, 1890.

MORTON, J. Alex. *Civil Procedure in the U.S.S.R. Case Western Reserve Journal of International Law*, n. 7, 1975.

MOTULSKY, Henri. *Direito Privado. Hermenêutica e Realização Metódica. A teoria dos Elementos Geradores dos Direitos Subjetivos*. Trad. Márcia Atálla Pietroluongo. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *La cause de la demande dans la délimitation de l'office juge* in Écrits: Études et notes de procédure civile. Paris: Dalloz, 2010.

_____. *La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, in Écrits: Études et notes de procédure civile. Paris: Dalloz, 2010.

_____. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, in Écrits: Études et notes de procédure civile. Paris: Dalloz, 2010.

_____. *Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême*, in Écrits: Études et notes de procédure civile. Paris: Dalloz, 2010.

_____. *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, in Écrits: Études et notes de procédure civile. Paris: Dalloz, 2010.

MUTHER, Theodor. *Sulla dottrina dell'actio romana,* in *Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther*. Trad. Ernst Heinitz e Giovanni Pugliese. Firenze: Sansoni, 1954.

NASI, Antonio. *Disposizione del Diritto e Azione Dispositiva*. Milano: Giuffrè, 1965.

NEGRÃO, Theotonio et alii. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria Geral dos Recursos.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

NORMAND, Jacques; CADIET, Loïc; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie Générale du Procès*. 2. ed. Paris: PUF, 2013.

NOVA, Giorgio di. *Accordi delle parti e decisione.* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, *numero speciale: Accordi di Parte e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____; DELFINO, Lúcio. *Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório no novo CPC*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc.

Ordinanza della Procedura Civil di Francesco Giuseppe (1895), in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. VIII. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. X. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

Ordinanza della Procedura Civile dell'Impero Germanico (1877/1898), in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. VI. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2002.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

PAULSEN, Michael Stokes. *Does the constitution prescribe rules for its own interpretation?* Northwestern University Law Review, n. 8, 2009.

PENADÉS, Rafael Bellido; RAMOS, Manuel Ortells. *La demanda. La contestación y otras alegaciones*, in Derecho Procesal Civil. 15. ed. Navarra: Aranzadi, 2016.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Verdade e finalidade da prova*. Revista de Processo, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PETRONIO, Ugo. *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di Procedura Civile del 1806*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. V. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2000.

PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*. Paris: Defrénois, 2009.

PICARDI, Nicola. *Dal giudizio al processo*, in *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. *Do juízo ao processo*, in Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Giurisdizione e sovranità*, in *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. *Il monopolio statuale della giurisdizione e della procedura*, in *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007..

_____. *La giurisdizione nel diritto comune*, in *La Giurisdizione all'Alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*. Historia et ius, n. 2, 2012. Disponível em http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/picardi2.pdf.

_____. *Prefazione*, in *Ordinanza della Procedura Civile della Repubblica Democratica Tedesca*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. X. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

_____; LANTIERI, Rossella Lavinia. *La giustizia civile in Russi da Pietro il Grande a Krusciev Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. IX. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2004.

PITA, Maria Paula Díaz. *Derecho Procesal Civil*, t. I. Madrid : Tecnos, 2016.

PONCET, M. *Traité des Jugements Précédé du Traité des Actions*. Bruxelles : Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1835. Disponível em Google Livros.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Tratado de Direto Privado*, t. VI. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PUGLIATTI, Salvatore. *Autonomia privata*, in Enciclopedia del Diritto, v. IV. Milano: Giuffrè, 1959.

PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato Civile (storia)*, in Enciclopedia del Diritto, v. XVIII. Varese: Giuffrè, 1969.

_____. *Introduzione*, in *Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther*. Firenze: Sansoni, 1954.

PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 13. ed. Padova: Cedam, 2006.

RAATZ, Igor. *Autonomia Privada e Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017

RADBRUCH, Gustav. *La securité en droit d'après la théorie anglaise*. Archives de Philosophie du Droit e de Sociologie Juridique, n. 3-4. Paris: Sirey, 1936.

RAIMBAULT, Philippe. *Recherche sur la Sécurité Juridique en Droit Administratif Français*. Paris: L.G.D.J, 2009.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Iura novit curia nas arbitragens*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Julgamentos antecipados parciais do mérito*. Revista de Processo, n. 257. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes.* 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

_____. *O mérito do processo e as condições da ação*. Revista de Processo, n. 188. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, n. 252. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro*. Revista de Processo, 202. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho Procesal Civil*. 15. ed. Navarra: Aranzadi, 2016.

_____; PENADÉS, Rafael Bellido. *La demanda. La contestación y otras alegaciones*, in Derecho Procesal Civil. 15. ed. Navarra: Aranzadi, 2016.

RAZ, Joseph. *The Rule of Law and its virtue*, in The Authority of Law: essays on law and morality. New York: Oxford University, 2002.

RECHBERGER, Walter H.; KODEK, Georg. E. *Introduzioni: l'Ordinanza della Procedura Civile austriaca del 1895*.

REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, v. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

RHEE, C. H. Van. *Introduction*, in European Traditions in Civil Procedure. Org. C.H. van Rhee. S.L. Intersentia, 2005.

RICCI, Edoardo F. *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*. Rivista di Diritto Processuale Civile. Padova: CEDAM, 1974.

ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. México – Distrito Federal: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal - MEX, 2003.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

_____. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

ROUBIER, Paul. *Droit Subjectifs et Situations Juridiques.* Paris: Dalloz, 2005.

_____. *Théorie Générale du Droit*. 2. ed. Paris: Sirey, 1951.

ROUSSEAU, Dominique. *Juger, une profession et un acte citoyen*. Revue Projet, n. 323. S.l.: CERAS, 2011.

SALVIOLI, Giuseppe. *Manuale di Storia del Diritto Italiano dalle Invasioni Germaniche ai Nostri Giorni*. Torino: Unione tipografico-editrice, 1890.

SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura Novit Curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda.* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973.

_____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo*. Locus: Revista de História, v. 13, n. 2. Juiz de Fora: UFJF, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União, n. 14. Brasília, 2005. Disponível em http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Tese de Titularidade, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

SATTA, Salvatore. *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in Soliloqui e Colloqui di un Giurista. Reimp. Nuoro: Ilisso, 2004.

_____. *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo (con postilla)*, in Soliloqui e Colloqui di un Giurista. Reimp. Nuoro: Ilisso, 2004.

_____. *Iura novit curia*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 1955.

_____. *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in Soliloqui e Colloqui di un Giurista. Reimp. Nuoro: Ilisso, 2004.

_____. *Storia e "publicizzazione" nel processo (con postilla)*, in Soliloqui e Colloqui di un Giurista. Reimp. Nuoro: Ilisso, 2004.

_____; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 13. ed. Padova: Cedam, 2006.

SAVIGNY, M.F.C. de. *Traité de Droit Romain*, t. I. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, 1855. Versão digital disponibilizada por BnF Gallica.

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil.* 5. ed. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHULTE, Frédéric de; FOURNIER, Marcel; GLASSON, M. Ernest. *Précis Théorique et Pratique de Procédure Civile*. Paris: Pichon, 1902. Versão digital disponibilizada por Archive.org.

SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968.

SCHWARTZ, Johann Christoph. *Germany and Austria. Chapter I. The later development in Austria*, in A History of Continental Civil Procedure. Org. Arthur Engelmann. Trad. Robert. Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

_____. *Germany and Austria. Chapter II. The Code of 1895*, in A History of Continental Civil Procedure. Org. Arthur Engelmann. Trad. Robert. Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*, v.1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*. Revista de Processo, n. 14-15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

SILVA JR., Gervásio Lopes da. *Julgamento Direito do Mérito na Instância Recursal (art. 515, §3º, CPC)*. Salvador: JusPodivm, 2007.

SIQUEIRA, Marília; LIPIANI, Júlia. *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal*, in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

SOUSA, Miguel Teixeira. *Omissão do dever de cooperação: que consequências?* Disponível em https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omissão_do_dever_de_cooperação_do_tribunal_que_consequências_01.2015_.

STRECK, Lênio. *O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido.

STRICKLER, Yves; MEKKI, Soraya Amrani. *Procédure Civile*. Paris: PUF, 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 3. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civil*, in Dottrine del Processo Civile Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: il Mulino, 1989.

_____. *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in Dottrine del Processo Civile Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madri: Editorial Trotta, 2005.

_____. *Poteri del Giudice*. Coautoria com Antonio Carratta. Org. Sergio Chiarloni. Bologna: Zanichelli, 2015.

_____; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile. I. Il processo ordinario di cognizione.* Bologna: il Mulino, 1995.

_____; HAZARD JR., Geoffrey C. *American Civil procedure*. *An introduction.* New Haven: Yale University Press, 1993.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JR., Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais*, v. III. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* causa petendi *no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos*, in Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas). Coord. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de l'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*. Paris: L.G.D.J, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v. II. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VERDE, Giovanni. *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*. Rivista de Diritto Processuale, n. LXXII, 1. Milano: CEDAM, 2017.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *A causa de pedir nas ações de execução*, in Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas). Coord. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Pedido genérico e projeto de sentença*, in Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas). Coord. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VILAR, Silvia Barona; COLOMER, Juan Luiz Gómez; MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional I: parte general*. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____; COLOMER, Juan Luis Gómez; MONTERO AROCA, Juan; CUADRADO, María Pia Calderón. *Derecho Jurisdiccional II*: *Proceso Civil*. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

VINNIUS. *Institutes de Justinien. Traité des Actions*. Trad. L. J. Horace Degouy. J. B. Tixier de la Chapelle. Paris: Th. Barrois Père et Benjamin Duprat, 1830.

WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, v. I. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 3. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. Trad. Otis Harrison Fisk. Littleton: Fed B. Rothman & Co., 1986.

WINDSCHEID, Bernhard. *L'"actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*, in *Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther*. Trad. Ernst Heinitz e Giovanni Pugliese. Firenze: Sansoni, 1954.

WOLLSCHLÄGER, Christian. *Introduzione. La Zivilprozzesordnung del 1877/1898*, in Testi e Documenti per la Storia del Processo, v. VI. Org. Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2002.

XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês; CASTRO, Gonçalo Andrade e. *Elementos de Direito Processual Civil*. Porto: Universidade Católica, 2014.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. Tese de Livre Docência, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* in Negócios Processuais. Coord. Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodvm, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZACLIS, Lionel. *Cumulação eventual de pedidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, in Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas). Coord. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, t. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1948.

ZUCKERMAN, Adrian. *On Civil Procedure: principles of practice*. 2. ed. London: Sweet&Maxwell, 2011.