

EDUARDO HENRIK AUBERT

**A IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA DOS FATOS
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

EDUARDO HENRIK AUBERT

A impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de 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 de Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Nome: AUBERT, Eduardo Henrik.

Título: A impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro.

Local de aprovação: _____

Data de aprovação: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a). Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a). Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a). Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a). Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.(a). Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus mestres, *ego nanus gigantum humeris insidens*, na pessoa do meu orientador, Heitor Vitor Mendonça Sica, *ille gigas me humeris ferens*, pela atenção, pelo cuidado, pelo contínuo estímulo, pelo exemplo.

Aos meus colegas da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, *flores inter spinas*, pela memória de uma presença em lugar que se cristalizou, *sicut sol in conspectu meo, et sicut luna perfecta*.

À minha família, a que resta, *quia exstat*, a que falta, *quia fuit*.

O desenvolvimento do diálogo (eu quase diria sua vegetação) chama atenção para o conceito de resposta. Também a esse propósito, quem tem amor pelas palavras se pergunta o que tenha a ver com o modo comum de considerar a resposta o elemento da *fides*, ao qual se liga o significado originário de *sponsio* e de *spondeo* (*responsio*, de *re-spondere*). (...) A bem examinar, toda interrogação se termina com a fórmula romana: *spondesne?*, mesmo se ela está apenas subentendida. Quem interroga, mais ou menos, confia (Francesco CARNELUTTI. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, § 112, p. 184).

RESUMO

Este trabalho consiste em uma investigação de natureza dogmática sobre a impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro, voltada particularmente a reconstruir sistematicamente o conteúdo normativo do art. 341 do CPC/2015 e, com isso, apresentar o seu regime jurídico. Pretende-se, com esse esforço, apresentar critérios que permitam determinar, em uma variedade de situações, se houve impugnação especificada dos fatos articulados na petição inicial. Para tanto, examinam-se, sucessivamente: (1) a natureza jurídica da impugnação especificada dos fatos; (2) sua localização em um sistema axiológico; (3) seus objeto e conteúdo mínimo; enfim (4) suas relações com outros componentes do sistema processual civil.

Palavras-chave: impugnação especificada dos fatos, posições jurídicas, sistema jurídico processual

ABSTRACT

This research is an investigation of the duty to challenge the facts in a specified manner in Brazilian procedural law from the perspective of legal dogmatics. It aims at reconstructing systematically the normative content of article 341 of the Brazilian Code of Civil Procedure and sketching its legal regime. The underlying concern is developing sound criteria to determine, in a wide range of situations, whether the facts put forward in the complaint were actually challenged in a specified manner in the defense. To this purpose, the following issues are approached successively: (1) the legal nature of the duty to challenge the facts in a specified manner; (2) its position in an axiological system; (3) its object and its minimum content; finally (4) its relations with other components of the Brazilian procedural system.

Keywords: duty to challenge the facts in a specified manner, jural relations, procedural legal system

NOTA SOBRE TRADUÇÕES E REFERÊNCIAS

A menos que haja indicação expressa, todas as traduções são de nossa autoria. Via de regra, os originais não vêm transcritos, para evitar uma sobrecarga de notas de rodapé. As duas exceções a essa regra são os textos em língua antiga (grego e latim) e textos em língua estrangeira que são objeto de uma análise mais detida, para a qual é relevante (e muita vez discutida no texto) a seleção lexical.

As referências constantes nas notas de rodapé podem ser todas encontradas na bibliografia. Apenas a primeira referência a uma obra em cada capítulo é completa, abreviando-se na sequência, mas com elementos suficientes para permitir sua localização diretamente na bibliografia.

NOTA SOBRE SIGLAS E ABREVIATURAS

As siglas e abreviaturas empregadas nesta tese são todas correntes, pelo que descaberia uma listagem específica. Trata-se dos nomes dos tribunais superiores (STF, STJ...), dos nomes de códigos e de outros textos normativos (CPC, CC, CF...).

Ademais desses casos de amplíssima difusão e plena inteligibilidade, não nos valem de siglas ou de abreviaturas específicas, com exceção apenas dos seguintes casos:

ADP-39: Alexandre de PAULA. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1940ss. 35 v..

O primeiro número após a sigla indica o volume, separado por vírgula da página e, então, por barra oblíqua, do número de entrada da decisão no conjunto da recolha.

RT: Revista dos Tribunais.

O primeiro número, separado por barra oblíqua, indica o volume correspondente, e o número sucessivo, separado por vírgula, as páginas em questão.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	p. i
RESUMO, PALAVRAS-CHAVE/ABSTRACT, KEYWORDS.....	p. v
NOTA SOBRE TRADUÇÕES E REFERÊNCIAS.....	p. vii
NOTA SOBRE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	p. ix
SUMÁRIO.....	p. xi
INTRODUÇÃO.....	p. 1
CAPÍTULO 1. Natureza jurídica da impugnação especificada dos fatos.....	p. 9
1. Considerações introdutórias: posições jurídicas e o CPC/2015.....	p. 9
2. O ônus é posição jurídica ou é mero interesse?.....	p. 13
2.1. Ônus como tutela do próprio interesse em CARNELUTTI, BETTI e GOLDSCHMIDT.....	p. 15
2.2. O ônus como imperativo hipotético.....	p. 23
2.3. A necessária autonomia das categorias das posições jurídicas.....	p. 29
3. A natureza jurídica da impugnação especificada dos fatos.....	p. 31
3.1. Um modelo sistemático para a descrição das posições jurídicas: a contribuição de WESLEY NEWCOMB HOHFELD	p. 34
3.2. A dinâmica das posições jurídicas na relação jurídica processual: um esboço.....	p. 43
3.3. O dever de impugnação especificada dos fatos.....	p. 55
CAPÍTULO 2. Impugnação especificada dos fatos e sistema axiológico: a juridicização da retórica.....	p. 65
4. Considerações introdutórias: uma tensão persistente.....	p. 65
5. Embate entre valor verdade e valor liberdade no nascimento da retórica.....	p. 69
6. O predomínio do valor liberdade e a tradição retórica clássica.....	p. 74
6.1. Retórica aristotélica e direito romano.....	p. 74

6.2. A retórica clássica romana.....	p. 80
7. A nova axiologia do valor verdade e o processo romano-canônico.....	p. 91
7.1. Publicização do processo e cristianização da retórica.....	p. 91
7.2. Uma referência: a <i>Summa de ordine iudicario</i> , de Gratia Aretino (após 1237).....	p. 97
7.3. O dever de responder com clareza no processo romano-canônico.....	p. 103
8. O <i>ius proprium</i> , com especial atenção para o processo português.....	p. 111
8.1. Dos forais à legislação de AFONSO III.....	p. 115
8.2. As Ordenações do Reino.....	p. 122
9. O Brasil entre a tradição retórica e os caminhos da modernidade.....	p. 137
9.1. Brasil imperial.....	p. 141
9.2. Das codificações estaduais ao CPC/73.....	p. 152
CAPÍTULO 3. Estrutura da impugnação especificada dos fatos: objeto e conteúdo.....	p. 177
10. Considerações introdutórias: alegação de fato e proposição.....	p. 177
11. Os fatos e a figura do fato.....	p. 183
11.1. A figura do fato.....	p. 191
11.2. Os fatos impeditivos: breve aceno a um construto doutrinário.....	p. 203
11.3. A linha divisória entre fatos jurídicos e fatos simples.....	p. 208
11.4. Causa de pedir, pré-compreensão e reenquadramento dos fatos.....	p. 218
12. Os fatos e o réu como sujeito cognoscente.....	p. 229
12.1. Fatos e atos jurídicos.....	p. 236
12.2. Fatos que são suporte de existência, validade e eficácia.....	p. 252
13. Os fatos em sua relação recíproca.....	p. 266
14. Conclusão parcial: regime geral da impugnação especificada dos fatos.....	p. 272
CAPÍTULO 4. Impugnação especificada dos fatos no sistema do processo civil brasileiro.....	p. 275
15. Considerações introdutórias: διαίρεσις, sistema e a extração de inferências normativas.....	p. 276
16. Impugnação especificada e contraditório.....	p. 283
17. Impugnação especificada e fase postulatória.....	p. 287
17.1. A demanda.....	p. 287
17.1.1. O pedido: CPC/2015, arts. 322; 324; 330.....	p. 287
17.1.2. Estabilização da demanda: CPC/2015, arts. 329; 357, §§ 2º e 3º.	p. 299

17.2. A resposta do réu.....	p. 307
17.2.1. Contestação: CPC/2015, arts. 336; 436; 437.....	p. 307
17.2.2. Ausência de contestação: CPC/2015, arts. 344; 345; 348; 349.....	p. 312
17.3. Proibidade e abuso de direito processual: CPC/2015, arts. 77 e 80.....	p. 325
18. Impugnação especificada e fase probatória.....	p. 334
18.1. Considerações preliminares sobre o “ônus” da prova: CPC/2015, art. 373.....	p. 335
18.2. Depoimento pessoal: CPC/2015, arts. 386; 388; 392.....	p. 345
18.3. Confissão: CPC/2015, arts. 389; 393; 395.....	p. 349
19. Impugnação especificada e fase decisória: CPC/2015, art. 489, § 1º.....	p. 355
20. Impugnação especificada e fase recursal: CPC/2015, arts. 932, III; 1.021, §§1º a 3º.....	p. 362
21. Impugnação especificada e fase executiva: CPC/2015, arts. 525; 917.....	p. 369
22. Impugnação especificada e procedimentos especiais.....	p. 376
22.1. Da utilidade do estudo dos procedimentos especiais: relações associativas.....	p. 380
22.2. Ação de consignação em pagamento: CPC/2015, art. 544.....	p. 384
22.3. Ação de exigir contas: CPC/2015, arts. 550, §§ 1º e 3º, e 551, caput e § 1º.....	p. 391
22.4. Inventário: CPC/2015, art. 627.....	p. 395
22.5. Embargos de terceiro: CPC/2015, art. 680.....	p. 399
22.6. Ação monitória: CPC/2015, art. 702, §§1º a 3º.....	p. 401
22.7. Homologação do penhor legal: CPC/2015, art. 704.....	p. 402
 CONCLUSÃO.....	 p. 405
 BIBLIOGRAFIA.....	 p. 413

INTRODUÇÃO

O tema desta investigação localiza-se em um plano rente ao dia-a-dia-forense. Vejam-se dois exemplos.

Uma senhora ajuizou demanda com o fim de ver declarada a inexigibilidade de dívida que lhe era cobrada por clínica veterinária.¹ Cadela de sua propriedade fora submetida a cirurgia de emergência, mas o valor da cobrança excedia largamente, em mais de três vezes, o orçamento com o qual havia anuído. Após examinar a planilha em que a clínica discriminava os custos dos insumos da cirurgia e da internação, entendeu ter havido sobrepreço de diversos itens, duplicidade de cobranças, entre outras distorções, pelo que concluiu, diante da resistência da clínica a rever o valor pretendido, pela necessidade de se dirigir ao Judiciário. Na petição inicial, apontou as inconsistências da planilha separadamente, fundamentando sua discordância em pesquisa de preços junto a outras três clínicas da região.

Ocorre que, em sede de contestação, no mérito, a clínica se limitou à lacônica afirmação a seguir transcrita: “os preços praticados pelo Réu estão em total consonância com a prática dos preços do mercado”. Há dúvida relevante a respeito de uma afirmação dessa natureza ter bastado para impugnar os fatos apresentados pela autora, já que, na inicial, havia discriminação e fundamentação de valor por valor, ao passo que a contestação se limitou na verdade a inverter a conclusão geral da autora, segundo a qual os preços eram muito superiores à média do mercado, vale dizer, resolvia-se a contestação na negativa daquela proposição: “os preços praticados pelo Réu não são superiores à média do mercado”.

O segundo caso, apesar de bastante mais dramático, levanta problema semelhante. Uma senhora idosa havia sido submetida a cinco cirurgias de coluna no Hospital do Servidor Público de São Paulo, e, na sequência, a outras duas com médico particular para buscar corrigir os danos advindos das cinco primeiras.² Os prontuários sugeriam gravíssimo erro médico, já que, quando da primeira cirurgia, não fora investigada – apesar

¹ Autos do processo nº 0001699-46.2016.8.26.0299.

² Autos do processo nº 1016130-30.2016.8.26.0053.

de ter sido aventada nos prontuários – a hipótese de a cliente ser portadora de osteoporose, condição clínica que teria demandado uma conduta radicalmente distinta por parte dos médicos, atentos à dificuldade de fixação de pinos metálicos.

Descritos os fatos em pormenor na inicial, com cerca de 300 páginas de documentação discutidas pormenorizadamente, a Procuradoria que se ocupou da defesa se limitou a levantar pontos de direito e, relativamente aos fatos narrados com minudência na inicial, restringiu-se a asseverar o seguinte:

Embora presente o dano, é fato que todos os exames e tratamentos necessários a fim de diagnosticar e tratar a paciente foram realizados, conforme se infere da leitura dos prontuários médicos juntados. Ora, ao contrário do alegado, o hospital público sempre agiu de forma atender [sic] a paciente, acompanhar seu quadro clínico, sendo que foram realizados os procedimentos corretos, feito exames [sic] e procedimentos cirúrgicos.

Também aqui resta bastante duvidoso ter havido impugnação especificada dos fatos narrados, pela generalidade do discurso, sem aderência às alegações particulares formuladas em torno do caso.

Diante da dúvida razoável sobre ter ou não havido impugnação especificada dos fatos, como se deve guiar o operador do direito, seja o próprio réu para evitar oferecer contestação que não produza os efeitos pretendidos, seja o autor para averiguar, em réplica, o atendimento ou não ao mandamento de impugnação especificada, seja, enfim, o juiz, para conduzir o processo às suas fases ulteriores, direcionando a atividade probatória ou julgando antecipadamente o mérito?

A despeito da frequência com que situações como essas se apresentam no foro, inexistente, a nosso saber, investigação em nosso direito que se debruce especificamente sobre o tema da impugnação especificada dos fatos, disciplinada algo laconicamente no art. 341 do CPC/2015. Nas condições atuais, sem critérios claros, a previsão de uma impugnação especificada dos fatos acaba por quedar letra morta ou mesmo se configurar em fonte de insegurança jurídica. É justamente essa lacuna científica, que se nos afigura como relevante, por diversas razões que ficarão claras no decorrer do trabalho, que o presente trabalho pretende preencher.

É corrente no foro que se despache “à réplica” sem ponderação da existência e/ou da natureza da controvérsia e que se abra então a instrução probatória de forma pouco refletida. Ao fim e ao cabo, de acordo com o código processual da vida real, há largo espaço ainda para contestações que pouco se distinguem da negativa geral, que o legislador busca coibir, sem grande sucesso, ao que parece, desde o CPC/1939. Daí a advertência de MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, em forma de:

sugestão aos juízes: para que o ônus da impugnação específica alcance os efeitos práticos desejados pelo legislador, é indispensável que o magistrado, antes de realizar a instrução oral do processo, ou de deferir a produção de provas requeridas pelas partes, examine, com atenção, se o fato foi, efetivamente, contestado. (...) Sem esse conhecimento amplo e seguro dos articulados e de tudo o mais que dos autos conste, o juiz será um mau condutor do processo e, em consequência, um frustrador dos objetivos das normas legais devotadas à racionalização e à celeridade do procedimento.³

*

Em consonância com as preocupações acima externadas, este trabalho tem por objetivo principal proceder a uma investigação de natureza dogmática sobre a impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro, voltada particularmente a reconstruir sistematicamente o conteúdo normativo do art. 341 do CPC/2015. Pretende-se, com esse esforço, apresentar critérios que permitam determinar, em uma variedade de situações, se houve impugnação especificada dos fatos articulados na petição inicial. Esclarecemos na sequência os termos desse enunciado.

Entende-se aqui reconstruir em sentido próprio, já que construir é “collocar a frase, traduzir segundo a construção natural”.⁴ Isto é, trata-se de trabalho de interpretação que objetiva não a mera paráfrase do texto legal, mas antes a desconstrução (análise,

³ M. A. TEIXEIRA FILHO. *Petição inicial e resposta do réu*. São Paulo: LTr, 1996, p. 299. Em sentido semelhante, entendendo que “o ônus da impugnação específica é uma importante ferramenta que pode e deve ser aproveitada pelos operadores do direito”, na “ádua tarefa de agilizar a prestação jurisdicional”, cf. A. de P. MESQUITA. Ônus da impugnação específica é ferramenta importante. *Conjur*, 11 mai. 2006. Disponível em:

< https://www.conjur.com.br/2006-mai-11/onus_impugnacao_especifica_ferramenta_importante > Acesso em: 20 set. 2018.

⁴ A. de MORAES SILVA. *Diccionario da Lingua Portuguesa*: tomo primeiro. Lisboa: Typographia Lacerdina, 1813, p. 454.

separação) da previsão do texto normativo e sua síntese sistemática (reconstrução), de modo a especificar e detalhar o conteúdo da impugnação especificada dos fatos à luz do sistema. Assim, não basta dizer que “o réu deverá manifestar-se de modo preciso e rigoroso sobre os fatos mencionados na petição inicial... uma resposta específica e precisa”.⁵ Tampouco esclarece suficientemente a afirmação de que o réu “deverá contestar (impugnar) item por item da peça inicial, dando as razões da sua impugnação e os motivos porque não são verdadeiras as impugnações do autor na peça inicial”.⁶

É preciso, antes, em um círculo hermenêutico⁷ que envolve uma pluralidade de hipóteses fáticas sobre as quais potencialmente incide a norma jurídica – muitas das quais prefiguradas em outros pontos do ordenamento como situações juridicamente típicas –, depurar as formas pelas quais se realiza a adequação entre fato e norma. Como demonstram ordenamentos jurídicos assemelhados, neste ponto, ao brasileiro, eventualmente alguns desses casos se tornam tão relevantes a ponto de suscitar uma formulação legislativa especificadora, como no caso da declaração de desconhecimento de fato “pessoal ou de que o réu deva ter conhecimento”, que o art. 574, 4, do CPC português de 2013, sob inspiração do § 138, 4, da ZPO alemã, equipara à ausência de impugnação (tomada de “posição definida”). É tarefa da pesquisa, em área tão abrangente quanto possível, identificar e explicar, de modo sistemático – já que é o sistema que permite que se encontrem as normas para os casos concretos que não foram pontualmente

⁵ P. FERREIRA. *Da resposta do réu*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 34.

⁶ A. de OLIVEIRA. *A contestação do réu no processo ordinário: defesas diretas e indiretas contra o processo e sua área de circunflúência*. São Paulo: Julex, 1988, p. 29. Poderíamos continuar a listar literatura que não faz mais que parafrasear o texto legal: “Deverá, pois, o réu, manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial...” (J. R. PARIZATTO. *Da contestação e da revelia: doutrina, jurisprudência, prática forense*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 76.) “É o que a doutrina chama de *princípio do ônus da impugnação específica*, isto é, o réu deve impugnar um a um os fatos articulados pelo autor...” (G. C. de ARAÚJO JÚNIOR. *A resposta do réu no processo civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 10.) Não é toda a literatura que assim procede, no entanto, tendo essa exemplificação o propósito de assinalar o espectro menos elaborado da produção bibliográfica sobre o assunto.

⁷ Na lição de GADAMER, “[a] regra hermenêutica segundo a qual devemos compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo se origina na antiga retórica e foi adotada pela hermenêutica moderna, passando da arte de falar para a arte de compreender. Há em ambos os casos uma relação circular”. (H.-G. GADAMER. *On the Circle of Understanding*. In: John M. CONNOLLY; Thomas KEUTNER; Hans-Georg GADAMER (org.). *Hermeneutics versus science? Three German views*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988, p. 68-78, aqui p. 68.)

aludidos no texto positivado⁸ –, o âmbito de incidência da norma.⁹ Tal é a ideia de reconstrução.

A pesquisa é de natureza dogmática.¹⁰ Por essa caracterização se entende um tipo de tratamento dos enunciados normativos que visa a promover um adensamento do conhecimento deontológico sobre o direito por meio de inferências lógicas sistematicamente ordenadas. A noção de dogmática de que aqui nos achegamos pode ser convenientemente captada na seguinte formulação de HANS DÖLLE:

Ele [o conceito de dogmática] é... empregado quando... o labor do conhecimento jurídico não se reduz à apreciação do psicológico, do social e do sociológico, mas é direcionado à obtenção (*Gewinnung*) de uma norma jurídica por meio do esclarecimento (*Aufhellung*) de determinados complexos de sentido jurídicos (*juristischer Sinnzusammenhänge*), de tal modo sobretudo que o resultado encontrado possa ser submetido, na mais ampla extensão possível, a uma verificação racional, ou lógico-formal.¹¹

⁸ É todo o sentido da invectiva de DWORKIN contra a ideia de discricionariedade judicial. Cf. R. DWORKIN. *The Model of Rules I*. In: IDEM. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 14-45, especialmente p. 31-39.

⁹ No limite, trata-se de considerar a defesa de mérito direta no processo civil brasileiro como potencial “negação motivada”. A expressão é de GIAN ANTONIO MICHELI (*La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989, p. 356), mas empregada para o caso em que o réu apresenta consequências jurídicas distintas para o fato alegado para o autor, isto é, nega a consequência, e não o fato. Mas, resignificando a expressão, parece-nos que ela pode ser adequadamente usada para explicitar que impugnar específica(da)mente é negar com algum conteúdo. A natureza desse conteúdo – se e quando ele pode ser caracterizado como motivação e fundamentação, termos consagrados por nosso ordenamento para se referir à decisão judicial – será investigada por esta pesquisa, guardando em mente assim a amplitude possível de concretização do dispositivo legal.

¹⁰ Não podemos aqui nos estender sobre a (aparente) aporia da expressão “pesquisa dogmática”, que, para alguns, soa como oxímoro. Baste dizer que a dogmática moderna compartilha do mesmo movimento de radical transformação do conhecimento que, no bojo da filosofia iluminista, também produziu os códigos modernos. Trata-se de uma redução do horizonte de cognoscibilidade e de uma intensificação da cognoscibilidade no interior desse horizonte. Segundo CASSIRER, “[a] potência da razão humana não está em *romper* os limites do mundo da experiência a fim de encontrar um caminho de saída para o domínio da transcendência, mas em ensinar-nos a *percorrer* esse domínio empírico com toda a segurança e a habilidade comodamente”. (E. CASSIRER. *A filosofia do Iluminismo*. Campinas: UNICAMP, 1997, p. 31-32.)

¹¹ H. DÖLLE, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n. 34, 3/4, p. 403-410, 1970, aqui p. 404. Esse conceito é reformulado por Bydlinski, com base em Dölle, nos seguintes termos: “a dogmática jurídica é o labor do conhecimento jurídico, destinado à obtenção de uma norma jurídica, com base comprovável o mais racional possível” (F. BYDLINSKI, *Unentbehrlichkeit und Grenzen methodischen Recht Denkens*. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 188 (5), p. 447-488, 1988, aqui p. 477).

Nessa formulação, parece-nos desde logo relevante destacar o cerne cognitivo da dogmática jurídica (*Sinnzusammenhänge*), que realiza um incremento da clareza (*Aufhellung*) a respeito do sistema jurídico (*juristischer Sinnzusammenhänge*) – extremado, como objetividade ideal, de contingências subjetivas, tanto individuais (“psicológico”) como coletivas (“sociológico”) – e a respeito das normas que o compõem, que dele se extraem (*Gewinnung*) por meio de procedimentos racionais e verificáveis.

Para abreviar uma discussão que se poderia estender indefinidamente, dado seu caráter zetético, na categoria viehwegiana entre nós disseminada por SAMPAIO FERRAZ JR., pode-se adotar, como aceno para o terreno em que se desenvolverá a pesquisa, já que se trata de tomar por base o ordenamento posto como limite especulativo, mas dentro dele desenvolver um intenso processo de conhecimento, a definição de LARENZ, em tudo e por tudo compatível com a definição de DÖLLE, com quem compartilha a ideia da dogmática como processo racional de conhecimento do dado jurídico. Para LARENZ, “dogmática” pode designar “uma atividade que consiste na desenvolvimento de conceitos determinados pelo conteúdo, no preenchimento adicional de princípios e na recondução de normas e de complexos normativos a estes conceitos fundamentais e a princípios.”¹²

Tal, em breves termos, a tarefa a que nos propomos, na esperança de descrever o regime jurídico da impugnação especificada no processo civil brasileiro e, com isso, permitir que momento particularmente importante para o desenrolar da marcha processual possa ser abordado, pelos operadores do direito, de forma o mais segura possível.

*

Este trabalho está organizado em quatro capítulos.

O capítulo 1 (“Natureza jurídica da impugnação especificada dos fatos”) visa a oferecer um enquadramento para discutir a questão central de saber se a impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro é ônus ou dever. Partimos da distinção kantiana entre imperativos hipotéticos e imperativos categóricos para fundamentar o que são posições especificamente jurídicas e, na sequência, valemo-nos de modelo proposto por WESLEY NEWCOMB HOHFELD com que se pode desenvolver espécie de “gramática mínima” das posições jurídicas. Esse modelo, tomado como válido do ponto de vista da

¹² K. LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*. 6.ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 319.

teoria geral do direito, é, então, discutido à luz das posições jurídicas *processuais*, para que enfim se possa responder à questão central do capítulo.

O capítulo 2 (“Impugnação especificada dos fatos e sistema axiológico: a juridicização da retórica”) parte da constatação de que a forma dos atos processuais, e mais especificamente dos atos postulatórios, foi desenvolvida em longo processo de juridicização da retórica judiciária, em que o potencial de imperatividade da forma dos atos processuais ora se impôs mais fortemente, ora deixou larga parcela do regramento das condutas ao alvitre das partes. Essas evoluções foram condicionadas por mais profundas alterações na valoração da função do processo judicial e do sistema jurídico, mais amplamente. Por meio de uma investigação da reelaboração contínua desse sistema axiológico, iniciada pelo tratamento da impugnação especificada no direito ocidental entre a Roma clássica e o Brasil contemporâneo, com as limitações devidamente explicadas no curso do texto, trata-se de compreender a axiologia que sustenta a conformação da impugnação especificada dos fatos em nosso sistema jurídico atual.

O capítulo 3 (“A estrutura da impugnação especificada dos fatos: objeto e conteúdo”) ataca diretamente o problema de saber sobre quais alegações de fato incide o mandamento da impugnação especificada e, mais que isso, qual o conteúdo desse mandamento quando ele incide. Para tanto, investiga o problema das alegações de fato no processo, explorando as categorizações do fato que têm relevância para o delineamento do regime jurídico da impugnação especificada, vista a própria categorização como critério lógico necessário para a compreensão do regime.

O capítulo 4 (“Impugnação especificada dos fatos no sistema do processo civil brasileiro”), enfim, realiza um esforço hermenêutico concentrado, visando a um adensamento das conclusões do capítulo 3, relativamente ao modo de incidência do mandamento de impugnação especificada. Para tanto, examina uma série de dispositivos correlatos ao art. 341 no CPC/2015 e pondera, a cada ponto, de que modo se deve entender a correlação, se índice de uma norma mais geral, que portanto deve incidir também sobre a impugnação especificada, compondo o seu regime jurídico, ou se marca da especificidade de um regramento outro que, portanto, só indica o regime jurídico da impugnação especificada dos fatos pela contraposição, vale dizer por sua não-incidência.

Os capítulos 1 e 2 assumem, no conjunto da investigação, função de assentar premissas teóricas sem as quais o trabalho propriamente dogmático, desenvolvido de

forma mais direta nos capítulos 3 e 4, quedaria sobremaneira dificultado e, segundo pensamos, carregaria equívocos que precisam ser desfeitos para a perfeita compreensão da matéria. A pesquisa empreendida nesses capítulos resulta, mais particularmente, na obtenção de duas premissas, instrumentais para o raciocínio subsequente: a definição da natureza jurídica da impugnação especificada (item 3.3) e a identificação do conteúdo axiológico da impugnação especificada no processo civil brasileiro (item 9.2).

Na segunda metade do trabalho, em que buscamos reconstruir mais diretamente o regime jurídico da impugnação especificada dos fatos, os resultados parciais são paulatinamente sumulados em enunciados que têm por objetivo dar a ver as inferências normativas que vão sendo produzidas no decorrer da pesquisa. Na conclusão do capítulo 3 (item 14) e na conclusão geral do trabalho, essas inferências, assim sumuladas *pari passu* com o trabalho analítico, são apresentadas de forma ordenada.

Com isso, não há a pretensão de que teremos chegado à definição completa e definitiva do regime jurídico da impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro, até mesmo porque o trabalho dogmático é continuamente passível de adensamento pela aplicação de métodos racionais ao variegado material que se apresenta à inteligência do jurista.

Parece-nos, no entanto, que se atinge uma primeira apreensão ordenada da matéria a partir da qual, pensamos, problemas como os postos no princípio desta introdução podem ser resolvidos. Para os casos específicos de que aqui se tratou, confirmam-se, especialmente, na conclusão, os enunciados RP2.1.2, de um lado, e RP1.1.4, de outro.

CAPÍTULO 1

NATUREZA JURÍDICA DA IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA DOS FATOS

Se as fórmulas da lei aparecem inspiradas por uma opinião diversa, elas não devem preocupar o intérprete, pois as leis não podem fazer violência à realidade das coisas.¹

1. Considerações introdutórias: posições jurídicas e o CPC/2015. 2. O ônus é posição jurídica ou é mero interesse? 2.1. Ônus como tutela do próprio interesse em CARNELUTTI, BETTI e GOLDSCHMIDT. 2.2. O ônus como imperativo hipotético. 2.3. A necessária autonomia das categorias das posições jurídicas. 3. A natureza jurídica da impugnação especificada dos fatos. 3.1. Um modelo sistemático para a descrição das posições jurídicas: a contribuição de WESLEY NEWCOMB HOHFELD. 3.2. A dinâmica das posições jurídicas na relação jurídica processual: um esboço. 3.3. O dever de impugnação especificada dos fatos.

1. Considerações introdutórias: posições jurídicas e o CPC/2015

O CPC/1973, como é indubitável, comprazia-se nas definições legais² e, mais genericamente, na importação de categorias doutrinárias para o texto legal.³ No art. 302, estabeleceu dois registros discursivos díspares para aludir ao mesmo fenômeno: no *caput*, apresentava uma previsão normativa (“cabe também ao réu manifestar-se precisamente

¹ F. CARNELUTTI. *Lezioni di Diritto Processuale Civile: processo di esecuzione*, volume 1. Padova: CEDAM, 1929, § 440, p. 85.

² C. R. DINAMARCO. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 14-15. O legislador de 1973, segundo BARBOSA MOREIRA, “teve grande preocupação de definir”. (J. C. BARBOSA MOREIRA. Os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973: contrastes e confrontos. In: IDEM. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 44-67, aqui p. 57.)

³ Exemplificativamente: “condições da ação” (“matéria mais de ordem doutrinária que legal”, A. de MENDONÇA LIMA. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 11). O anteprojeto continha outros tantos exemplos mais. No art. 499, expunha sua concepção da classificação das sentenças: “Art. 499. A sentença, que julga procedente a ação, é: I – Condenatória, se impõe ao réu uma prestação, cujo inadimplemento autoriza a execução forçada; II – Constitutiva, se cria, modifica ou extingue relação ou situação jurídica; III – Meramente declaratória, se se limita a afirmar a vontade da lei.” (*Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, s/l. 1964, p. 98.) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA não poupou a redação: “Foi bom que esse texto, muito defeituoso, não se houvesse incorporado ao Código”. (J. C. BARBOSA MOREIRA. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: IDEM. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-42, aqui p. 129.)

sobre os fatos narrados na petição inicial...”), enquanto, no parágrafo único, retomava anaforicamente a formulação do *caput* para fazer sobre ela incidir uma categoria doutrinária de forte coloração acadêmica (“esta regra, *quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, ...*”).⁴ A duplicidade é relevante por ter implicações marcadamente distintas: enunciar o dever-ser e a sanção com que se articula é o próprio do texto normativo, do qual exsurge, necessariamente, a norma jurídica,⁵ já que há vinculação do intérprete;⁶ nomear o comando com uma fórmula de sabor acadêmico é um discurso paranormativo – paralelo ao texto normativo *stricto sensu* – do qual apenas indiretamente se pode extrair normatividade,⁷ sem vinculação do intérprete – ou, quando muito, com uma vinculação fraca.⁸

⁴ Aludindo ao fenômeno em tela, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA notou, a propósito do CPC/1973, que “passou a conter palavras ou expressões que, até então, somente apareciam na linguagem doutrinária, sem o amparo legal em diploma similar nacional”. (A. de MENDONÇA LIMA, *Direito Processual Civil, op. cit.*, p. 4-5.)

⁵ Sobre a distinção entre texto normativo e norma jurídica, cf. E. GRAU. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 37-39. Nos termos sintéticos de J. J. G. CANOTILHO: “Deve distinguir-se entre *enunciado* (formulação, disposição) da *norma* e *norma*. A **formulação da norma** é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de ‘uma fonte de direito’). **Norma** é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). **Disposição** é parte de um texto ainda a interpretar; *norma* é parte de um texto interpretado.” (J. J. G. CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1201-02.)

⁶ Na lição, hoje clássica, de CARLOS MAXIMILIANO: “A norma positiva não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, e criados pela vontade humana; é uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento; mas o progresso e a adaptação à realidade efetuam-se de acordo, aproximado, ou pelo menos aparente, com o texto; não em contraste com este.” (C. MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 7.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1961, p. 109.)

⁷ “As definições, com os defeitos a todas inerentes, ficam melhor às variedades da doutrina; assentam pouco à uniformidade severa das consolidações.” (A. de A. LOPES DA COSTA. *Da citação no processo civil*: volume 1. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, 1927, p. 5.) “As definições legais, na realidade, não constituem verdadeiras normas jurídicas. Não contêm preceitos atributivos de direitos, poderes, faculdades, obrigações, deveres, ônus, sujeição. Revelam, sim, uma tomada de posição, meramente doutrinária, da pessoa do legislador em face de certos institutos, e, se errôneas ou contrárias à realidade, acabam por não prevalecer...” (C. R. DINAMARCO, *Direito Processual Civil, op. cit.*, p. 14.) Ou ainda: “as leis só têm eficácia vinculativa quando emitem juízos de valor, ditam preceitos, e não quando o legislador formula conceitos – porque o conceito pode não estar certo, e nenhuma lei tem a força de alterar a natureza das coisas.” (C. R. DINAMARCO. *Execução civil: a execução na teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: TY, 1973, p. 92-93.) No mesmo sentido: “também não é a batina ou o hábito que, respectivamente, caracterizam o padre e o monge, eis que servem, apenas, para distingui-los, no trato social, dos outros homens. Entendo, e suponho estar certo, que não é a simples nomeação, pelo emprego deste ou daquele vocábulo, mais ou menos apropriado e que melhor se lhe acomode e exprima, que caracteriza e identifica os institutos jurídico-processuais. *Estes, como o [nome] das ações, não se distinguem pelas suas denominações e sim por seus fundamentos, por sua natureza e seu fim.*” (L. A. da C. CARVALHO. *O Espírito do Código de Processo Civil: comentários e críticas*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1974, p. 22, grifos nossos.)

⁸ Para CANARIS: “é de concordar que o legislador não pode estatuir a justeza de uma teoria *como tal*, mas pode decidir-se por ela *através das consequências jurídicas*. Por isso, as formulações dogmáticas que o legislador tenha utilizado, bem como as suas tomadas de posição cognoscíveis a favor ou contra determinada teoria não são, *por si*, vinculativas para a Ciência; no entanto, esta está-lhes vinculada, quando as consequências jurídicas em causa se deixem esclarecer com auxílio das referidas teorias ou quando elas as

Com uma leve melhora na redação, é o que permanece no *caput* e no parágrafo único do art. 341 do CPC/2015.⁹ O peculiar expediente de enunciar o comando e depois justapor-lhe uma categoria acadêmica, associando o normativo ao paranormativo, recai, contudo, em dois sistemas jurídicos que, por próximos que sejam, não são de todo idênticos.

Em diploma processual que era nítido partidário da definição do processo como *relação jurídica* – e de uma determinada maneira de entender o que é uma relação jurídica, como de pronto se constatará – expressões como a do art. 302, par. único, não causam estranheza; afinado com tradição estabelecida, o CPC/1973 tratava, no particular, a relação jurídica processual sugerindo a sua decomponibilidade em uma sucessão de *posições jurídicas* que os sujeitos ocupam ao longo do tempo do processo.¹⁰ A referência às posições jurídicas se encontra seja diretamente em alguns poucos dispositivos daquele diploma – a ampla maioria dos quais transportados para a nova codificação –,¹¹ de forma mais próxima a um discurso paranormativo, seja indiretamente, sobretudo em razão dos verbos escolhidos para figurar nos diversos dispositivos,¹² isto é, de forma mais rente ao discurso propriamente normativo do texto legal.

contradigam.” (C.-W. CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito* [2ª edição: 1987]. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 179, n. 53.)

⁹ “Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.” Contraste-se com o dispositivo correspondente no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, com destaque para as partes alteradas: “Art. 340. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre *os fatos narrados* na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os não impugnados, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada *do instrumento público* que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao membro do Ministério Público.” O Senado Federal, ao aprovar o PLS 166/2010, manteve a redação do Anteprojeto, em seu art. 329, que foi alterada na Câmara, em que o art. 342 do PL 8.046/2010 foi aprovado com a redação que acabou por ser promulgada.

¹⁰ Em prestigiosa obra cuja publicação se seguiu de perto à promulgação do CPC/1973 e que, na formação de muitas gerações, serviu de porta de entrada para a sua compreensão, lê-se que “o processo..., como complexa ligação jurídica entre os sujeitos que nela desenvolvem atividades, é em si mesmo uma relação jurídica (relação jurídica processual), a qual, vista em seu conjunto, apresenta-se composta de inúmeras *posições jurídicas ativas e passivas* de cada um dos sujeitos do processo: poderes, faculdades, deveres, sujeição, ônus.” (A. C. de A. CINTRA; A. P. GRINOVER; C. R. DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 1.ed. São Paulo: RT, 1974, p. 247.)

¹¹ Exemplificativamente, com grifos nossos: “Art. 121. O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos *poderes* e sujeitar-se-á aos mesmos *ônus* processuais que o assistido;” “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são *deveres* das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo.”

¹² Exemplificativamente, com grifos nossos também: “Art. 331. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, *facultado* ao juiz, no prazo de 5 (cinco) dias, retratar-se;” “Art. 336. *Incumbe* ao réu alegar, na

O CPC/1973, no entanto, não continha nada que se aproximasse dos dois dispositivos que, no CPC/2015, oferecem um rol genérico – não inteiramente coincidente, observe-se¹³ – de posições jurídicas processuais. O art. 7º assegura às partes “paridade de tratamento em relação ao exercício de *direitos e faculdades processuais*, aos meios de defesa, aos *ônus*, aos *deveres* e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (grifos nossos).¹⁴ Já o artigo 190 autoriza as partes a “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convenicionar sobre os seus *ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*, antes ou durante o processo” (grifos nossos). A seguir entendimento doutrinário consolidado sob a vigência do CPC/1973, teríamos, com o CPC/2015, um aprofundamento ou uma especificação daquela teoria que entende o processo como relação jurídica composta por uma sucessão de posições jurídicas.¹⁵

Esses dispositivos do CPC/2015, conforme se constatará em pontos diversos desta tese (cf., para um caso interessante, item 17.2.2, *infra*), elevam significativamente a relevância hermenêutica da categoria teórica das posições jurídicas para a interpretação do sistema do direito processual civil brasileiro. Nesse panorama, dispositivos específicos, ainda que textualmente não façam muito mais que repetir o que já dizia o CPC/1973, precisam ser interpretados à luz de um enquadramento teórico sistemático. E aí, sem dúvida, começam a separar-se os mundos jurídicos (potencialmente) instituídos pelos dois

contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir;” “Art. 372. O juiz *poderá* admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”

¹³ Comentando o art. 212 do CC/2002, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA teceu consideração pertinente neste ponto: “É fácil advertir que a enumeração do art. 212, como todas as outras que se encontram em disposições leais, peca ostensivamente pela heterogeneidade.” (J. C. BARBOSA MOREIRA. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. In: J. C. BARBOSA MOREIRA. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141-58, aqui p. 151.)

¹⁴ Defesa e sanção parecem corpos estranhos no rol. Sobre a noção de sanção, cf., *infra*, o item 3.2.

¹⁵ Veja-se a atenção que um autor que escreveu seu curso inteiramente sob a égide do novo diploma atribuiu a essas categorias: F. C. de ARAÚJO. *Curso de Processo Civil*: tomo 1, parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 380-86. Em proposta de alteração da redação do que era o art. 7º do Anteprojeto e que redundou no art. 7º do Código promulgado (“É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica”), LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO buscavam refinar a linguagem com relação a essas categorias: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, ao *desempenho* de ônus, ao *cumprimento* de deveres e à *submissão* às sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.” (L. G. MARINONI; D. MITIDIERO. *O Projeto do CPC*: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010, p. 75, grifos nossos). No entanto, parece-nos que, de modo geral, essa peculiaridade terminológica do CPC/2015 não chamou a atenção da doutrina.

diplomas¹⁶: há uma irrupção mais marcada do sistema normativo no plano legal, a demandar que, a cada passo, articule-se a norma com o sistema jurídico (o ordenamento) – vale dizer, estreitando a interdependência sistemática dos institutos –, o que, por hipótese, pode-se relacionar com o forte movimento de constitucionalização do processo, abraçado pelo CPC vigente.¹⁷

2. O ônus é posição jurídica ou é mero interesse?

Está o Código de Processo Civil pontuado pela noção – não diríamos ainda o conceito,¹⁸ por definir – de ônus (processual), em passagens com correspondência no diploma anterior (arts. 121, 341, 373, 408, 429), bem como em formulações novas (arts. 7º, 190, 357, 792, 1015).¹⁹ Estas últimas, no entanto, não inovam no campo nocional a que se busca aludir com o emprego do termo,²⁰ exceção feita apenas ao maior grau de abstração por que são responsáveis os arts. 7º e 190, conforme já apontado (item 1, *supra*), que, inserindo o ônus, sem complemento determinativo, em uma série, ou lista, de posições

¹⁶ LUIZ GUILHERME MARINONI, já em 2008, entendia que a teoria da relação jurídica processual estaria em crise no processo civil brasileiro. Segundo o autor, “[o] conceito de relação jurídica, dado o seu caráter geral-abstrato, neutraliza a substância da própria relação da vida.” (L. G. MARINONI. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: F. DIDIER JR.; E. F. JORDÃO (coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 541-74, aqui p. 541.) O equívoco do autor nos parece repousar na ideia de que haveria apenas uma teoria e um conceito de relação jurídica (o autor sempre se vale do singular e se conforta com uma genérica referência a VON BÜLOW e ao pandectismo). Embora não possamos aceitar essa perspectiva, tendo em vista os indícios que afloram no próprio texto do CPC/2015, talvez fosse possível redimensionar a intuição desse autor como indicando uma transformação no modelo teórico de relação jurídica no processo civil brasileiro – isto é, como reconfiguração, mas não abandono, da noção de relação jurídica e da ideia correlata de posições jurídicas. Com a ressalva da necessidade de não se naturalizar a noção de relação jurídica, como se apenas um modelo houvesse, subscrevemos inteiramente à avaliação de FLÁVIO LUIZ YARSHELL, para quem “[o] estudo da relação processual permite que o processo seja analisado com considerável rigor científico... Quando são examinadas as posições jurídicas é possível avaliar se o modelo processual tende a ser liberal ou autoritário; se prestigia o escopo jurídico ou o social da jurisdição ou, ainda, como procura conciliá-los; se alarga poderes do juiz e exacerba ônus (princípio dispositivo) e deveres das partes, ou não, e por aí afora.” (F. L. YARSHELL. *Curso de Direito Processual Civil: volume 1*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 382-29.)

¹⁷ E, nesse sentido, o título das “normas fundamentais” com que se abre o CPC/2015 é, mais do que mera obviedade, como já se criticou, diretriz interpretativa fundamental. Para uma discussão, cf. R. B. de C. DIAS. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: F. DIDIER JR.; D. NUNES; A. FREIRE (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 59-74 (Coleção *Grandes Temas do Novo CPC*, volume 8, coordenada por F. DIDIER JR.).

¹⁸ O conceito é já o resultado da “construção jurídica” tal qual realizada pelo jurista, de acordo com K. LARENZ. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6.ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 627.

¹⁹ Além dos muitos casos em que ônus aparece com acepção distinta, importando a vetusta ideia de “ônus real” para o texto legislativo vigente. Sobre essa figura jurídica, cf. L. B. GERI. *Oneri reali e obbligazioni propter rem*. Milano: Giuffrè, 1984 (Coleção *Trattato di diritto civile e commerciale*, volume 11, 3, dirigida por L. MENGONI).

²⁰ Afinal, trata-se da “distribuição do ônus da prova” (art. 357, III), do “ônus de provar” (art. 792, § 2º) e do “ônus da prova.” (art. 1015, XI).

jurídicas processuais, reforçam a ideia de que o ônus é uma das posições jurídicas dos sujeitos do processo.

Assim, os dicionários jurídicos produzidos com base no diploma de 1973 parecem dar conta do referente a que o legislador aludiu com o emprego do termo. Confira-se, exemplificativamente:

É sinônimo, também, de “carga”, embora esse último termo não seja legal, no Brasil, mas, sim, empregado doutrinariamente. Não é uma obrigação ou um dever. Mas, se a lei autoriza a prática de um ato, a sua omissão pelo interessado pode gerar para ele um prejuízo, ou porque não poderá mais realizá-lo... ou deixando tornar-se definitiva uma situação em face da inércia... A parte tem a opção ou a faculdade de omitir-se ou de realizar o ato que a lei ou o juiz permitem. A omissão traz um gravame, prejuízo ou lesão; é a realização de um imperativo de seu próprio interesse (Couture). Quem resolve suportar o ônus não pratica ato de rebeldia, passível de sanção ou pena; apenas sofrerá um prejuízo contra si próprio, favorecendo o adversário.²¹

Carga, cominação, encargo, fardo, gravame, imposição, peso. Incumbência da prática de determinado ato, quando se deseja resguardar interesse próprio; difere de obrigação que é o dever de praticar determinado ato por exigência legal ou contratual, para satisfazer interesse alheio. À obrigação corresponde um direito, mas ao ônus não corresponde direito qualquer.²²

Uma investigação da processualística brasileira, com rara exceção, constataria pouco mais que a exuberância verbal com que se variou em torno do mesmo tema: o ônus estaria ligado à promoção de um interesse próprio, distinguindo-se nitidamente da obrigação ou do dever,²³ em que está em jogo a atuação em prol do interesse alheio (cf., *infra*,

²¹ A. de MENDONÇA LIMA. *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 1994, p. 427.

²² J. CRETELLA NETO. *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 290.

²³ Noções, por sua vez, nem sempre claramente extremadas uma da outra, até pela forte convivência de dois sentidos de “obrigação”, ora tomada como termo genérico para se referir às posições jurídicas passivas como um todo, ora tomada no sentido mais restrito de dever no campo do direito das obrigações. A dualidade está bem expressa no seguinte verbete de dicionário: “Obrigação [*obligación*]. I. Definição. 1. Aspecto passivo da relação jurídica; situação em virtude da qual uma pessoa chamada devedor se acha comprometida a fazer ou omitir algo relativamente a outra, chamada credor.” (E. J. COUTURE. *Vocabulario jurídico*:

item 3.3). Fica patente, a partir desses contornos, que a noção de ônus vem construída a partir de uma dupla ascendência doutrinária – que, como se verá, é tomada de forma complementar – a partir da noção compartilhada de interesse: de um lado, as obras de CARNELUTTI e de BETTI²⁴ e, de outro, a contribuição de GOLDSCHMIDT.²⁵

2.1. Ônus como tutela do próprio interesse em CARNELUTTI, BETTI e GOLDSCHMIDT

Examinaremos sumariamente essas formulações, com a ressalva de que não se trata aqui – longe disso – de proceder a uma investigação histórica sobre a construção da categoria jurídica do ônus. Frise-se, apenas, que a categoria não é uma invenção moderna *ex nihilo*.²⁶ Muito ao contrário, as fontes romanas, ao lado de sentidos variados,²⁷ falavam, por exemplo em *onus probandi* (D. 31, 22: “o ônus de provar que a vontade do defunto mudou é daquele que recusa o fideicomisso”, *onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat*). Há uma complexa e rica história pela qual um termo de sentido concreto vai se abstraindo por meio de sucessivas metáforas e metonímias,²⁸ até que passe o sentido abstrato à qualidade de acepção principal. O propósito aqui, contudo, é meramente o de identificar, pelas fontes imediatas em que bebeu, as mais salientes implicações de determinada teorização sobre o ônus, que calhou ser aquela que informa a leitura que se faz de nosso direito legislado.

con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 428-29.)

²⁴ Obras que, também na Itália, continuam sendo o “endereço acolhido na escola e na prática” (N. IRTI. *Due saggi sul dovere giuridico: obbligo-onere*. Napoli: Jovene, 1973, p. 87).

²⁵ Autor de que depende COUTURE, referido por MENDONÇA LIMA no trecho acima transcrito. Cf. E. J. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 209-214.

²⁶ Diferentemente do que pensa VITOR DE PAULA RAMOS, para quem, com apoio em EROS GRAU e OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA, “[a] primeira teorização científica sobre o tema é devida a Brunetti” (V. de P. RAMOS. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 53, grifos do autor [Coleção *O novo processo civil*, dirigida por L. G. MARINONI]), não nos parecendo possível *a priori* demarcar quando o processamento da categoria alcançou, se é que alcançou, estatuto científico.

²⁷ H. G. HEUMANN; E. SECKEL. *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 9.ed. Jena: Gustav Fischer, 1926, p. 391-392.

²⁸ O sentido primário do termo latino *onus* é o de coisa carregada, fardo, carga, peso (já em PLAUTO e TERÊNCIO). Na mesma época, contudo, já em sentido figurado, significa fonte de aflição, de dispêndio ou prejuízo; também em sentido figurado, desde o mesmo período, *onus* indica o peso de uma responsabilidade ou de uma tarefa. Cf. P. G. W. GLARE (ed.). *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 1250.

CARNELUTTI e BETTI pertencem a uma segunda geração na reflexão italiana moderna sobre o ônus,²⁹ resultado já de um processamento crítico da obra de BRUNETTI, a quem se deve a construção da figura das “regras finais” a partir de uma leitura dos imperativos hipotéticos kantianos (cf., *infra*, item 2.2).³⁰

Esses imperativos diriam respeito à existência de deveres livres, cujo descumprimento não resultaria em infração à lei, mas na inaptidão a dar nascimento a atos válidos. A regra final é assim definida por BRUNETTI:

Com efeito, se saímos do campo do direito, encontramos seguramente *princípios práticos*, isto é, *regras de fazer* [*regole dell’operare*], que não têm propriamente caráter *imperativo*, que não exprimem uma *necessidade absoluta*, mas exprimem uma *necessidade final* ou *teleológica*. E por isso cremos poder chamá-las “regras finais” ou “princípios práticos finais.” Para bem compreendermos, tomemos uma dessas regras, entre tantas: “se queres chegar rápido, debes caminhar velozmente.” Caminhar velozmente não é necessário *por si mesmo*, mas é necessário *se se quer* alcançar o *fim* de chegar rápido. O “debes caminhar velozmente”, isto é, “é necessário que caminhes velozmente”, está representando uma *necessidade*, que não é *absoluta*, mas *final*, um *dever*, que não é absoluto, mas que podemos chamar *final*, porque é subordinado a um *fim*, que depende da *vontade do agente*.³¹

Ou seja, está ínsita aí a ideia de uma regra que serve apenas a satisfazer à vontade do sujeito – isto é, um comando auto-imposto pela vontade livre diante dos demais.

CARNELUTTI abordou em mais de um escrito a categoria de ônus. Na primeira formulação alentada, em 1936, a conceituação de ônus se insere após a apresentação das categorias de poder e direito, com seus correlatos sujeição e obrigação, e de faculdade, que é o contrário da obrigação (sobre poder e direito, seus correlatos e contrários, cf. item 3, *infra*). A faculdade, diz CARNELUTTI, “está nitidamente em antítese com a obrigação;

²⁹ Cf., sobre o ponto: O. T. SCOZZAFAVA. Onere (in generale): a) nozione. In: C. MORTATI; F. SANTORO-PASSARELLI (coord.). *Enciclopedia del Diritto*: volume 30, omissione-ordine. Milano: Giuffrè, 1980, p. 99-113, aqui p. 102-103.

³⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 100-102.

³¹ G. BRUNETTI. *Norme e regole finali nel diritto*. Torino: UTET, 1913, §23, p. 61-62.

se há obrigação, o homem age como deve; se há faculdade, age como quer”.³² Nesse complexo de categorias, concebidas como “situações jurídicas”,³³ o ônus encontra sua definição ao fim, sem, no entanto, localizar-se de forma nítida como correlato ou contrário das noções basilares de poder e de direito. Para CARNELUTTI, “falamos de ônus quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem; por isso, o ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para o atingimento de um interesse”.³⁴

Claramente, assim, o ônus não se encontra no mesmo plano que as demais posições jurídicas; ele não se define pelas posições correlatas ou contrárias dos outros sujeitos, mas por uma relação intra-subjetiva. É instrutiva a diferenciação entre ônus e obrigação: “[o]brigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas têm diverso o elemento substancial, pois o vínculo é imposto, quando há obrigação, para a tutela de um *interesse alheio*, e, quando há ônus, para a tutela de um *interesse próprio*”.³⁵ Assim, ao passo que, no esquema carneluttiano, as demais posições jurídicas expressam formas distintas de vinculação entre sujeitos (as situações ativas de poder e direito e passivas de sujeição e obrigação, bem como a situação de negação de vinculação intersubjetiva, a faculdade), o ônus figura como forma qualificada de ausência de vinculação intersubjetiva por um vínculo interno ao sujeito.

CARNELUTTI retoma essas categorias, com alguns rearranjos – passando, notadamente, a conceber figuras específicas a partir dos gêneros direito subjetivo e dever – em sua *Teoria Generale del Diritto*.³⁶ Relativamente ao ônus, “terceira figura do dever”,³⁷ CARNELUTTI mantém sua referencialidade ao interesse próprio do sujeito:

Também o ônus [*onere*], como a obrigação [*obbligo*], resolve-se em uma *necessitas*, ou seja, em uma impotência, que, no entanto, é ainda mais atenuada que a da obrigação em confronto com a de sujeição [*soggezione*]: aquele que está obrigado, distintamente de quem está sujeito, pode fazer uma escolha; o onerado tem a mesma possibilidade, mas,

³² F. CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile*: volume 1, funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936, p. 53.

³³ IDEM, *Ibidem*, p. 25. O ônus vem ao fim da lista: “nós nos batemos com uma série de conceitos particulares: obrigação, direito (subjetivo), poder, sujeição, faculdade, ônus” (IDEM, *Ibidem*, p. 56).

³⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 55.

³⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 55, grifos do autor.

³⁶ F. CARNELUTTI. *Teoria Generale del Diritto*. 3.ed. Roma: Foro Italiano, 1951, p. 149ss.

³⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 173.

distintamente do obrigado, em vez de escolher entre o sacrifício espontâneo e o sacrifício coagido de seu interesse, deve escolher entre o sacrifício de um e a lesão de outro interesse seu.³⁸

O ponto talvez mais interessante, no entanto, está na tentativa empreendida por CARNELUTTI de articular essa concepção com a intersubjetividade inerente ao direito, no que parece se encontrar uma evolução da formulação anterior, o que se dá nos seguintes termos:

Ao dever [em sentido amplo] do onerado, corresponde um poder [em sentido amplo] de quem está sujeito ao dever relativamente ao qual o ônus está constituído: o juiz, que deve dar um provimento relativamente à demanda da parte, pode se abster de toda atividade até que a demanda lhe seja proposta; o poder consiste precisamente na subordinação do dever do juiz ao adimplemento do ônus da outra parte.³⁹

Esse refinamento ulterior não impediu, no entanto, que o ônus fosse tomado em função do elemento primeiro dessa estrutura complexa, isto é, a referencialidade a um interesse próprio.⁴⁰

A formulações de BETTI seguem na mesma senda,⁴¹ ainda que sem a mesma preocupação sistemática de expor um quadro potencialmente completo das posições jurídicas. O ônus é concebido, como no *Sistema* de CARNELUTTI, em contraposição com a obrigação por tutelar um interesse do próprio sujeito, e não um interesse de outrem:

No ônus, ao contrário, o prius, isto é, a mola da ação, é dado pela necessidade ou coação que a situação dos interesses impõe àquele que é

³⁸ IDEM, *Ibidem*.

³⁹ IDEM, *Ibidem*.

⁴⁰ É a forma como CARNELUTTI foi lido pela doutrina brasileira, como fica evidente ao se examinar as contribuições em que seus trabalhos foram apropriados. De modo meramente exemplificativo, confira-se “O *ônus* é um imperativo em função do próprio interesse daquele a quem é imposto. Descumprida a ordem legal contida num ônus, a consequência é um prejuízo para a pessoa que desatendeu ao preceito jurídico. No ônus, como esclarece Carnelutti, há a subordinação de um ou mais interesses do respectivo titular a outro interesse dele próprio que lhe é imposto para que o primeiro se faça condição da obtenção do segundo” (J. FREDERICO MARQUES. *Instituições de direito processual civil*: volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958, § 412, p. 291). Cf., ao fim deste item, para uma referência equivalente na obra de Alfredo Buzaid.

⁴¹ “Na senda de Carnelutti, move-se também o diagnóstico sucessivo de Betti.” (V. DURANTE. Onere. In: B. PARADISI (dir.). *Enciclopedia Giuridica*: volume 24, obbligazione-ordine. Roma: Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani, 2007, p. 1-10, aqui p. 4)

chamado a agir (razão pela qual se fala de “Interessenzwang”), e o prejuízo da ação não realizada ou deficiente é logicamente sentido por ele mesmo. De fato, aqui a ação não é imposta para a tutela de um interesse alheio, como objeto de uma obrigação para com outra pessoa, mas é coordenada de modo exclusivo ou prevalecente a um interesse próprio, para o efeito útil (de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo) que é subordinado ao seu desenvolvimento.⁴²

Ainda aqui, como se vê, o ônus desenha uma situação que é afim à da regra final brunettiana, de acordo com o esquema intra-subjetivo que postula “se eu quero A, então devo fazer B”.

O conceito de ônus goldschmidtiano, por vias distintas, chega, enfim, a resultados equivalentes⁴³. Partindo das formulações de KOHLER, e especialmente dos conceitos de relação jurídica (*Rechtsverhältnis*) e de posições, ou situações jurídicas (*rechtliche Situationen*), GOLDSCHMIDT propõe que se conceba o processo como uma condição jurídica (*Rechtslage*), definida pelo fato de que todos os atos dos sujeitos processuais ocorrem na expectativa da sentença. Nesse ambiente, colorido por essa peculiar condição, as situações jurídicas, conceito próprio do direito processual,⁴⁴ são em tudo distintas da relação jurídica, que é conceito de direito material; no processo não há faculdades ou deveres, mas apenas direitos processuais, que se subdividem em expectativas, possibilidades e liberações, de um lado, e ônus processuais, de outro.⁴⁵

⁴² E. BETTI. *Dovere giuridico: a) cenni storici e teoria generale*. In: F. CALASSO (coord.). *Enciclopedia del Diritto*: volume 14. Milano: Giuffrè, 1965, p. 53-58, aqui p. 57. A formulação retoma quase literalmente o que dissera o autor em seu *Diritto processuale civile italiano* (2.ed. Roma: Foro Italiano, 1936, p. 57).

⁴³ A grande diferença sistemática, como bem notou LIEBMAN, consiste em que GOLDSCHMIDT, diferentemente de CARNELUTTI (e de BETTI), buscou forjar categorias (inclusive e sobretudo) de posições jurídicas válidas apenas para o processo, ao passo que CARNELUTTI e BETTI se moviam dentro de uma teoria geral do direito: “É interessante notar que a exigência de que parte Carnelutti é, no entanto, em certo sentido, oposta à de Goldschmidt. Enquanto este último se propôs investigar e construir conceitos adequados ao ponto de vista processual e, por isso, diversos daqueles válidos para o direito privado, Carnelutti, de sua parte, esforça-se, ao revés, por enquadrar também o processo em uma teoria geral homogênea e quer por isso aplicar-lhe um conceito de relação jurídica válido para todos os campos do direito...” (E. T. LIEBMAN. *L’opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*. In: IDEM. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 132-46, aqui p. 134.)

⁴⁴ A noção de situações jurídicas é, no entanto, peculiar aqui. A relação jurídica, para GOLDSCHMIDT, seria própria do direito material, ou de uma consideração que chama estática do Direito; já as situações jurídicas, que têm que ver com uma consideração dinâmica do direito, seriam próprias ao processo. A situação jurídica, para GOLDSCHMIDT, “é um conceito especificamente processual e até mesmo talvez o seu conceito fundamental.” (J. GOLDSCHMIDT. *Zivilprozessrecht*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1929, §2, p. 5)

⁴⁵ IDEM, *Ibidem*, §33, p. 71-72.

Na verdade, trata-se dos lados ativos e passivo (*Ativ-* e *Passivseite*) da condição jurídica (*Rechtslage*). GOLDSCHMIDT constrói verdadeiro negativo da teoria de KOHLER, na medida em que, não sendo, para ele, o processo uma relação entre as partes, como era para KOHLER, todos os atos do processo ocorrem na expectativa e na indefinição, incompatíveis com as certezas instituidoras de direitos e deveres, apenas compatíveis com o direito material. Nesse contexto, o ônus vem definido como segue: “o lado passivo da condição jurídica processual é o ônus processual, isto é, a pressão (*Nötigung*), para, por meio da realização de um ato processual, afastar uma desvantagem processual e, em última linha, uma sentença desfavorável”.⁴⁶ O ônus é, completa GOLDSCHMIDT, fazendo referência à doutrina civilista, um “mandamento do próprio interesse (*Gebot des eigenen Interesses*)”.⁴⁷

Assim construído, o processo está todo inserto em um mundo que, sem ser ajurídico, é certamente pré-jurídico, no sentido de que as diferentes ações das partes não se concatenam como antecedentes de consequentes necessários, mas apenas limitam progressivamente possibilidades, sem impor consequências certas de uma parte a outra, até que sobrevenha a sentença e, com ela, as partes sofram de fato uma alteração em suas esferas jurídicas.

CALAMANDREI entende que o *opus magnum* de GOLDSCHMIDT, na caracterização de categorias como expectativas, liberação e ônus, adotou visão não jurídica, mas “realista”, do processo; categorias, portanto, inaptas a caracterizar posições jurídicas:

A mais viva impressão que se tem ao ler o livro de G. é que ele examina o processo não tal como deveria ser segundo o direito processual, mas tal como ele, independentemente e externamente ao direito, reduz-se a ser na realidade prática, como consequência das debilidades do juiz que não sabe ou não quer decidir de acordo com o direito e da maior ou menor destreza com que as partes conseguem aproveitar as circunstâncias e desfrutar, para sua vantagem, das instituições judiciárias, que, por definição, deveriam servir apenas à justiça.⁴⁸

⁴⁶ J. GOLDSCHMIDT. *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1925, §23, p. 335.

⁴⁷ IDEM, *Ibidem*, §23, p. 335-336.

⁴⁸ P. CALAMANDREI. Il processo come situazione giuridica. In: P. CALAMANDREI. *Opere giuridiche*: volume primo. Ed. Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, p. 177-86, aqui p. 184. Fazendo nossas pa-

É notável, nesses três autores, o núcleo comum fornecido pela ideia do ônus como imposição do interesse próprio à ação do sujeito. Na verdade, as teorias carnelluttiana e bettiana, de um lado, e a teoria goldschmidtiana, de outro, remetem à matriz comum de que se originam, a jurisprudência dos interesses. A noção de interesse se insere em um peculiar momento da ciência jurídica europeia, preocupada então com a abertura do “ordenamento jurídico como um ‘sistema fechado’ de conceitos jurídicos”,⁴⁹ visão própria àquela que HECK batizou como “jurisprudência dos conceitos”, em direção a abarcar as “apetências e tendências apetitivas”⁵⁰ que são os interesses da vida.

Conforme esclarece LARENZ, “a jurisprudência dos interesses... considera o direito como ‘tutela de interesses’”.⁵¹ Abre, assim, o sistema jurídico para a consideração do mundo social e psicológico dos homens que acabam por dar forma jurídica a seus interesses, no entendimento de que os problemas de interpretação e aplicação da lei se esclareceriam pela tomada de consciência dos interesses que presidiram às ações humanas a ser posteriormente avaliadas sob o prisma do direito; em outros termos, a gênese não-jurídica da ação humana esclareceria a sua fixação posterior em uma forma jurídica. Não é, assim, por acaso, que, para CARNELUTTI, “a noção fundamental para o estudo do direito é a noção de interesse”,⁵² isto é, uma noção pré-jurídica definida como “uma relação entre uma necessidade do homem e um *quid* apto a satisfazê-lo”,⁵³ com a qual o direito se

lavras de CARNELUTTI, definimos o esforço deste trabalho nos seguintes termos: “aqui se buscam os princípios do processo, isto é, mostra-se o processo como deveria ser” (F. CARNELUTTI. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, § 91, p. 50).

⁴⁹ P. HECK. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. In: IDEM: *Das Problem der Rechtsgewinnung – Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz – Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Ed. Roland Dubischar. Bad Homburg vor der Höhe/Berlin/Zürich: Gehlen, 1968, p. 142-212, aqui p. 144.

⁵⁰ P. HECK. *Gesetzesauslegung und Begriffsjurisprudenz*. In: IDEM. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, *op. cit.*, p. 46-141, aqui p. 49: “O propósito da pronúncia sobre o direito [*Rechtsprechung*] e especialmente da decisão judicial, é a libertação das necessidades da vida [*Lebensbedürfnisse*], das apetências e tendências apetitivas preexistentes [*vorhandenen Begehungen und Begehrungstendenzen*], materiais e ideais. Nós chamamos essas apetências e tendências apetitivas de interesses, e o próprio da jurisprudência dos interesses reside em que ela busca manter em vista esse propósito a cada operação singular, a cada construção conceitual.”

⁵¹ LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, *op. cit.*, p. 65.

⁵² F. CARNELUTTI. *Lezioni di diritto processuale civile*: volume 1, introduzione. Padova: La Litotipo, 1926, p. 3. Ou, na versão mais recente de TORRENTE e SCHLESINGER, “qualquer vantagem ou utilidade que constitui o objetivo ou o impulso da ação de um sujeito” (A. TORRENTE; P. SCHLESINGER. *Manuale di Diritto Privato*. 23.ed. Ed. Franco Anelli e Carlo Granelli. Milano: Giuffrè, 2017, § 37, p. 82.).

⁵³ CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*: volume 1, *op. cit.*, p. 3.

relaciona como um *posterius*, já que se define o direito como “todo e qualquer interesse protegido pelo comando jurídico”.⁵⁴

Nesse quadro científico é que o ônus ganha relevância teórica e assume a posição de relevo em que o encontramos na teoria processual contemporânea, aí incluída a processualística brasileira cuja filiação às formulações carneluttianas não poderia ser exagerada.⁵⁵ Aliás, no caso da previsão do art. 341 do CPC/2015, reformulação do art. 302 do CPC/1973, tal filiação é evidenciada pela importância que BUZAID conferiu à teorização de CARNELUTTI sobre a noção de ônus e, mais genericamente, sobre as posições jurídicas, em texto publicado no mesmo ano que seu anteprojeto do futuro CPC/1973 (cf. item 9.2, *infra*).⁵⁶ Tampouco é desprezível a influência exercida por GOLDSCHMIDT.⁵⁷

É possível, assim, conceber o construto contemplado pela processualística brasileira a respeito da natureza jurídica do ônus como reflexo daquela impostação científica. Há, pois, ao menos no discurso paranormativo do parágrafo único do art. 341 do

⁵⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 40.

⁵⁵ J. C. BARBOSA MOREIRA. Il Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. In: IDEM. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 189-99. J. C. BARBOSA MOREIRA. Il Progetto Carnelutti e il Codice di Procedura Civile brasiliano. In: IDEM. *Temas de direito processual*: quinta série, *op. cit.*, p. 201-15.

⁵⁶ Resumindo CARNELUTTI, BUZAID escreve: “Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. Daí o parentesco entre esses dois conceitos. Obrigação e ônus têm de comum o elemento *formal*, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, *havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio*.” (A. BUZAID. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 4, p. 5-24, 1964, aqui p. 14, grifos nossos.) Em texto publicado pouco depois da entrada em vigor do CPC/1973, enaltecendo a influência da doutrina italiana na então recente codificação, BUZAID aponta justamente para a ideia de ônus, associada desta vez à contestação: “Tem o réu, conforme esta orientação de política legislativa, o ônus de contestar a ação; e, não fazendo, há de imputar-se a si próprio o possível insucesso na causa. Não tem, pois, obrigação de contestar, porque a esta ideia não corresponde nenhum direito do autor; tem, diversamente, um ônus, a que corresponde o risco de perder a demanda” (A. BUZAID. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 72 (1), p. 131-52, 1977, aqui p. 150).

⁵⁷ Autor que fornece o marco teórico para influentes trabalhos de DINAMARCO. Para esse autor, “[a] defesa do réu é um ônus. Por isso me referi a James Goldschmidt há pouco. Temos um ônus, um encargo. Ônus é um peso que se põe sobre uma pessoa de modo que ela se desincumba dele.” (C. R. DINAMARCO. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo* (São Paulo), n. 41, p. 185-97, 1986, aqui p. 186.) Em outro trabalho, DINAMARCO caracteriza os ônus como “imperativos do próprio interesse”, com mais de uma referência a GOLDSCHMIDT (C. R. DINAMARCO. Causa de pedir e ônus de afirmar. In: IDEM. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*: volume 2. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 929-37, aqui § 492, p. 930-31.) Novamente com exposição toda referenciada em GOLDSCHMIDT: C. R. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, §284, p. 236-42. Enfim, novamente, “Ônus é, por definição, um imperativo do próprio interesse (James Goldschmidt).” (C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 235.)

CPC/2015, uma relíquia da *Interessenjurisprudenz*. Trata-se, em princípio, assim, de tentativa de abertura do sistema jurídico ao que concebe como pré-jurídico, ou potência de juridicização.

2.2. O ônus como imperativo hipotético

Mais que isso, no entanto, sendo concebido como tutela de um interesse próprio, de forma explícita na derivação das teorias carneluttiana e bettiana a partir da obra brunnettiana, mas não menos na contribuição de GOLDSCHMIDT, o conceito corrente de ônus está radicado na teoria do direito kantiana. Vejamos duas passagens dos *Fundamentos da Metafísica dos Costumes* (1785), cujo estudo aprofundado evidentemente escapa por inteiro aos nossos propósitos.⁵⁸ Mas não podemos nos furtar a apresentar, primeiramente, a definição de imperativo e, na sequência a distinção entre os imperativos categóricos e os hipotéticos. Isso significa introduzir aqui uma pequena, mas necessária, digressão.

Quanto à definição do conceito de imperativo, examine-se a seguinte formulação:

<p><i>Die Vorstellung eines objektiven Prinzips, sofern es für einen Willen nötigend ist, heißt ein Gebot (der Vernunft) und die Formel des Gebots heißt Imperativ.</i></p>	<p>A representação de um princípio objetivo, na medida em que esse princípio se impõe a uma vontade, chama-se um comando (da razão), e a fórmula do comando se chama imperativo.</p>
<p><i>Alle Imperativen werden durch ein Sollen ausgedrückt, und zeigen dadurch das Verhältnis eines objektiven Gesetzes der Vernunft zu einem Willen an, der seiner subjektiven Beschaffenheit nach dadurch nicht notwendig bestimmt wird (eine Nötigung). Sie sagen, daß etwas zu tun oder zu unterlassen gut sein würde, allein sie sagen es einem Willen, der nicht</i></p>	<p>Todos os imperativos são expressos pelo verbo “dever”, e eles indicam assim a relação de uma lei objetiva da razão a uma vontade que, segundo sua constituição subjetiva, não é necessariamente determinada por essa lei (uma imposição). Eles dizem que seria bom fazer algo ou se abster de algo; mas eles o fazem a uma vontade que nem sempre faz algo porque isso lhe parece bom de ser feito.</p>

⁵⁸ Duas introduções acessíveis, de que nos valemos para fins de compreensão do texto kantiano, são: F. KAULBACH. *Immanuel Kants 'Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 2.ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1996; C. HORN; D. SCHÖNECKER (ed.). *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. Berlin/New York: De Gruyter, 2006.

*immer darum etwas tut, weil ihm
vorgestellt wird, daß es zu tun gut sei.*⁵⁹

A ideia de imperativo busca dar conta da determinação da ação humana, isto é, da ação livre, ao passo que a lei natural, isto é, dos fatos necessários, visa a explicar a determinação no plano da natureza, distinção que, em célebre reconstrução da teoria kantiana, KELSEN formulará como a oposição entre imputação e causalidade.⁶⁰ Na explicação de BOBBIO, “as leis que se referem ao homem, o qual é livre... estabelecem entre fato e consequência uma relação de obrigação, que se expressa através do verbo ‘dever’, ou seja, não *descrevem*, mas *prescrevem*”.⁶¹

No entanto, há duas formas muito distintas pelas quais os imperativos impõem uma ação à vontade humana livre. Trata-se da distinção entre imperativos hipotéticos e categóricos, que se colhe no seguinte excerto:

<p><i>Alle Imperativen nun gebieten entweder hypothetisch, oder kategorisch. Jene stellen die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel, zu etwas anderem, was man will (oder doch möglich ist, daß man es wolle), zu gelangen, vor. Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen andern Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte. Weil jedes praktische Gesetz eine mögliche Handlung als gut und darum, für ein durch Vernunft praktisch bestimmbares Subjekt, als notwendig vorstellt, so sind alle Imperativen Formeln der Bestimmung der Handlung,</i></p>	<p>Ora, todos os imperativos comandam ou hipoteticamente ou categoricamente. Os imperativos hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio para se chegar a alguma outra coisa que se quer (ou, ao menos, que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que representaria uma ação como necessária por si mesma, e sem relação com outro fim, como necessária objetivamente. Pois que toda lei prática representa uma ação possível como boa e, conseqüentemente, como necessária para um sujeito capaz de ser determinado praticamente pela razão, todos os imperativos são fórmulas pelas quais é determinada a ação</p>
--	--

⁵⁹ I. KANT. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. In: IDEM. *Kritik der praktischen Vernunft – Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 21.ed. Berlin: Suhrkamp, 2014, p. 7-102, aqui p. 41-42, grifos do autor (Coleção *Immanuel Kant – Werkausgabe*, volume 7, editada por Wilhelm Weischedel).

⁶⁰ H. KELSEN. Causality and Retribution. *Philosophy of Science*, Chicago, n. 8 (4), p. 533-56, 1941.

⁶¹ N. BOBBIO. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 64, grifos do autor (Coleção *Pensamento Político*, volume 63).

<p><i>die nach dem Prinzip eines in irgend einer Art guten Willens notwendig ist. Wenn nun die Handlung bloß wozu anderes, als Mittel, gut sein würde, so ist der Imperativ hypothetisch; wird sie als an sich gut vorgestellt, mithin als notwendig in einem an sich der Vernunftgemäßen Willen, als Prinzip desselben, so ist er kategorisch.</i>⁶²</p>	<p>que, segundo o princípio de uma vontade boa de algum modo, é necessária. Ora, se ação não é boa senão como meio para alguma outra coisa, o imperativo é hipotético; se ela é representada como boa em si, logo como estando necessariamente em uma vontade que é em si conforme à razão, como princípio dessa vontade, então o imperativo é categorico.</p>
---	--

Os imperativos categóricos são incondicionados por qualquer cálculo de finalidade, ou antes, constroem a vontade livre à sua realização tendo por única finalidade uma necessidade absoluta e universal da razão, que se impõe ao homem como dever objetivo, que se realiza igualmente *sub specie aeternitatis*; já os imperativos hipotéticos são constrangimentos que o homem mesmo impõe à sua vontade livre como meios para alcançar os fins queridos e que não são pré-valorados por uma razão universal externa e objetiva, mas estabelecidos pelos próprios sujeitos ao exercerem sua liberdade. BOBBIO esclarece com exemplos. Assim, “[c]ategóricos são os que prescrevem uma ação boa por si mesma, como por exemplo: ‘Você não deve mentir’, e chamam-se assim porque são declarados por meio de um juízo categórico.”⁶³ A seu turno, “[h]ipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para alcançar um certo fim, como por exemplo: ‘Se você quer evitar ser condenado por falsidade, você não deve mentir’, e chamam-se assim porque são declarados por meio de um juízo hipotético”.⁶⁴

Fazendo uma brevíssima pausa na digressão, que continuamos imediatamente na sequência, fica evidente que o ônus, como tutela do próprio interesse, tal qual construído por BETTI e por CARNELUTTI na esteira das regras finais de BRUNETTI, configura-se como imperativo hipotético: o indivíduo escolhe a finalidade, e o meio para alcançá-la apenas

⁶² KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, *op. cit.*, p. 43, grifos do autor.

⁶³ BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁴ IDEM, *Ibidem*.

se impõe em função dessa escolha prévia, acarretando um autoconstrangimento da vontade. Retornando a KANT, resta investigar a relevância dos imperativos hipotéticos e categóricos para o direito e, mais especificamente, determinar se uns e outros são formas aptas a configurar normas jurídicas.

A questão encontra resposta na própria obra de KANT e, mais especificamente, em texto que antecedeu de duas décadas os *Fundamentos da Metafísica dos Costumes* e no qual o filósofo já havia, na avaliação de VICTOR DELBOS, “nitidamente esboçado essa distinção [entre imperativos hipotéticos e categóricos]”.⁶⁵ Na *Investigação sobre a Evidência dos Princípios da Teologia Natural e da Moral* (1764), criticando a ideia de obrigação apresentada por WOLFF e por seus discípulos, KANT distinguiu entre a necessidade problemática e a necessidade legal:

*Nun drückt jedes Sollen eine Nothwendigkeit der Handlung aus und ist einer zwiefachen Bedeutung fähig. Ich soll nämlich entweder etwas thun (als ein Mittel), wenn ich etwas anders (als einen Zweck) will, oder ich soll unmittelbar etwas anders (als einen Zweck) thun und wirklich machen. Das erstere könnte man die Nothwendigkeit der Mittel (necessitatem problematicam), das zweite die Nothwendigkeit der Zwecke (necessitatem legalem) nennen. Die erstere Art der Nothwendigkeit zeigt gar keine Verbindlichkeit an, sondern nur die Vorschrift als die Auflösung in einem Problem, welche Mittel diejenige sind, deren ich mich bedienen müsse, wie ich einen gewissen Zweck erreichen will.*⁶⁶

Ora, cada dever expressa uma necessidade da ação e é passível de assumir dois sentidos. Isto é, eu devo ou fazer algo (como um meio), se eu quero outra coisa (como um fim), ou eu devo diretamente fazer alguma outra coisa (como um fim) e efetivamente fazê-la. A primeira necessidade poder-se-ia chamar necessidade dos meios (*necessitatem problematicam*), a segunda, necessidade dos fins (*necessitatem legalem*). O primeiro tipo de necessidade não indica qualquer vinculação, mas apenas uma instrução para a resolução do problema, qual seja, quais meios são aqueles de que devo me utilizar, já que quero⁶⁷ atingir um determinado fim.

⁶⁵ I. KANT. *Fondements de la métaphysique des moeurs*. Trad. Victor Delbos. Poitiers: Delagrave, 1979, p. 124, n. 93.

⁶⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 770.

⁶⁷ Essa passagem é problemática, e CASSIRER substituiu “wie ich” por “sowie ich”. (I. KANT. *Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral*. In: IDEM. *Vorkritische Schriften bis 1768 – 2*. 11.ed. Berlin: Suhrkamp, 2012, p. 739-73, aqui p. 770, n. 3 (Coleção *Immanuel Kant – Werkausgabe*, volume 2, editada por W. WEISCHEDEL).

Não parece haver dúvida de que a *necessitas problematica* é uma primeira formulação do imperativo hipotético, enquanto a *necessitas legalis* é um primeiro esboço do imperativo categórico. Não bastasse o qualificativo de “legal” dado à figura que antecipa o imperativo categórico, KANT é explícito ao dizer que a outra figura, antecipadora do imperativo hipotético, não é capaz de indicar nenhuma *Verbindlichkeit*, isto é, nenhuma vinculação ou compulsoriedade do comportamento. Nesse pano de fundo, assiste razão a ENGISCH, comentando formulação de KANT que transcreve:⁶⁸

‘Ora, todos os imperativos comandam ou hipoteticamente ou categoricamente. Os imperativos hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio para se chegar a alguma outra coisa que se quer... O imperativo categórico seria aquele que representaria uma ação como necessária por si mesma, e sem relação com outro fim, como necessária objetivamente.’ Em outras palavras: os imperativos hipotéticos são apenas bons conselhos da seguinte forma: se queres alcançar este ou aquele objetivo, tens de recorrer a este ou àquele meio. (...) *Com relação à sua substância, a regra jurídica é um imperativo categórico. Ela exige de forma incondicionada.*⁶⁹

Mais que isso, para espancar qualquer dúvida, ENGISCH esclarece que a aparência hipotética da norma jurídica (pela estrutura com prótase e apódase, isto é, “se A é, então B deve ser”), nada tem que ver com a negação da natureza categórica do imperativo que ela contém, mas apenas com a relação entre um suposto de fato e sua consequência deontológica:

É em um sentido inteiramente distinto do que lhe corresponde na terminologia kantiana que os imperativos jurídicos são ‘hipotéticos’. Eles o são, não no sentido de que precisamos seguir determinadas prescrições se queremos alcançar certos objetivos, nada nos sendo prescrito de vinculante a respeito dos próprios objetivos, mas eles são hipotéticos no

⁶⁸ E sem razão BOBBIO, para quem “os imperativos jurídicos são hipotéticos” (BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, op. cit., p. 65).

⁶⁹ K. ENGISCH. *Einführung in das juristische Denken*. 8.ed. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1983, p. 29 e 31, grifos nossos. O trecho é o mesmo citado retro: KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, op. cit., p. 43

sentido de que são ligados a determinadas condições, em parte fixadas expressamente, em parte subentendidas tacitamente.⁷⁰

Assim, pondo fim à digressão, conclui-se que o conceito de ônus, na acepção que, sob a forte influência de autores que reinterpretaram KANT à luz da jurisprudência dos interesses, encontrou guarida no texto paranormativo de nosso Código de Processo Civil e nas obras doutrinárias que o quiseram explicar, traduz não uma posição jurídica, mas apenas um bom conselho.⁷¹ Ou, nos termos de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, o ônus é “algo que não pertence ao mundo jurídico, mas ao mundo dos fatos”;⁷² ele não constitui “deveres no sentido jurídico, exatamente porque dever é sempre dever para com alguém”.⁷³ Isso, no entanto, não implica dizer que o Código de Processo Civil apenas deu ao réu o bom conselho de impugnar especificadamente os fatos na contestação, já que, conforme afirmado no item 1, *supra*, o que importa não é a categoria doutrinária que o Código estabelece paranormativamente, mas sim o regime jurídico que institui. É a uma primeira delimitação desse regime que nos voltaremos no item 3, *infra*.

As considerações aqui expendidas se estendem à apreciação de outras categorias afins à de ônus que foram construídas pela doutrina, não podendo, pelas mesmas razões aqui expostas, ser tratadas como categorias propriamente jurídicas.

Uma delas é a noção, corrente na doutrina alemã, de *Obliegenheiten*, que assumiu ascendência na terminologia do direito material, relegando a categoria de *Last*, sobre a qual já se discorreu, a uma pertinência ao direito processual.⁷⁴ Segundo um dos principais manuais de direito privado alemão: “*Obliegenheiten* são exigências comportamentais a cujo cumprimento alguém não pode ser forçado, mas cuja observância repousa no *interesse próprio* para

⁷⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 32.

⁷¹ Em termos claros, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO afirmou que, “no ônus, [continuamos a ver] a necessidade de adoção dum comportamento que se extrema do dever jurídico, segundo a contraposição kantiana imperativo hipotético – imperativo categórico, sendo o carácter hipotético ou categórico do comando respectivo, resultante de ser próprio ou alheio o interesse a tutelar” (C. A. da MOTA PINTO. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 2003).

⁷² C. do COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 98.

⁷³ IDEM, *Ibidem*.

⁷⁴ De acordo com M. WOLF; J. NEUNER. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10.ed. München: Beck, 2012, § 19, 41, p. 211: “Ônus (*Lasten*) contêm regras para a repartição de riscos e de desvantagens. Eles são sobretudo previstos no direito processual. A observação desses ônus serve exclusivamente ao interesse próprio do onerado, enquanto sua não observação ajuda o oponente, pois ele, em razão dessa inobservância, ganha o processo.”

evitar desvantagens adicionais. Elas são por vezes vistas como ‘deveres de menor intensidade’, às vezes como ‘imperativos do próprio interesse’ (*Gebote des eigenen Interesses*).⁷⁵

Outra construção dogmática afim à do ônus no sentido acima explicitado é a do “dever para consigo mesmo”.⁷⁶ Veja-se a avaliação de PONTES DE MIRANDA, em termos afinados com as considerações precedentes: “Falou-se de ‘dever consigo mesmo’: aludiu-se a que, em tais regras jurídicas, se ordena no *interesse próprio do agente*. Sem qualquer razão. Não há ‘devedor’; não há, portanto, dever jurídico. (...) Falar-se, aí, de dever é ir-se demasiado longe; não se coaduna com os sistemas jurídicos. É levar a terreno econômico, ou moral, o conceito jurídico, ou vice-versa (e nisso incorrem, *com prejuízo para a terminologia e a técnica*, alguns juristas...). Não há dever jurídico consigo mesmo. (...) *É no plano moral que pode existir o dever para consigo mesmo*”.⁷⁷

Daí a pertinência de que o mesmo jurista caracterize alhures o ônus nos seguintes termos: “o ônus e em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado; ele escolhe entre satisfazer ou não ter a tutela do próprio interesse”.⁷⁸ Não há relação entre sujeitos; *ergo*, não se trata de imperativo jurídico.

2.3. A necessária autonomia das categorias das posições jurídicas

No entanto, antes de abordar o regime jurídico, para concluir a reflexão sobre a categoria do ônus, cabe uma breve explanação das razões pelas quais se deve renunciar à tentativa, posta em marcha pela jurisprudência dos interesses, de trazer para a consideração do jurista essa específica abertura ao mundo dos fatos, na dinâmica de juridicização dos interesses da vida. Afinal, ainda que se aceite ser o ônus, na acepção que se lhe empresta na tradição exposta nos itens 2.1. e 2.2, *supra*, e que é a nossa, categoria que não traduz uma posição passível de ser qualificada como jurídica, mas se muito como pré-jurídica, por que não interessa ao direito esse tipo de abertura?

A razão primária é a definição do objeto do discurso jurídico, que é concentrado na avaliação de um átimo apenas, o instante da incidência da norma jurídica. Na formulação de PONTES DE MIRANDA, “ocorridos os fatos-conteúdo, ou suportes fácticos, que

⁷⁵ IDEM, *Ibidem*, § 19, 38, p. 210. No mesmo sentido, também caracterizando as *Obliegenheiten* como imperativos do próprio interesse: D. MEDICUS. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9.ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, § 54, 889, p. 352.

⁷⁶ Cf., sobre essa figura, o texto clássico de G. MAZZINI. *Doveri dell'uomo*. Firenze: Vallecchi, 1921.

⁷⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: tomo 5, parte geral, eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. São Paulo: RT, 2012, §509, p. 72-73. Sobre essa categoria, cf. também, no mesmo sentido, COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 4, artigos 282-443. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 217.

têm de ser regrados, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha”.⁷⁹ O que veio antes ou o que veio depois da incidência, isto é, antes ou depois do fato que, compondo o suporte fático de uma norma, acarretou, tão logo consumado, a incidência desta, desborda da expertise do jurista. Conforme constata IRTI, em texto de veemente crítica à presença da noção de ônus no discurso jurídico:

O momento objetivo da vida jurídica está na norma e na valoração de obrigatoriedade dos comportamentos humanos: para além disso, não restam senão a concretude histórica do agir e o mistério da vontade. (...) [O] cálculo interno ‘se eu quero B, devo agir da forma A’ não tem relevância jurídica: ele nasce e se exaure no segredo da mente individual.⁸⁰

Trata-se, assim, em primeiro lugar, da precisa delimitação da tarefa do jurista, que é a de identificar a incidência da norma jurídica, que se dá sobre um suposto de fato, isto é, um evento externo do mundo previsto e qualificado pela norma, logo, passível de ser identificado, distintamente da impenetrável internalidade das cogitações do indivíduo, que podem ou não se traduzir em um fato do mundo pela ação:

Propósitos e desígnios da vontade restam estranhos e irrelevantes para o direito, que apenas conhece comportamentos concretos subsumíveis nos esquemas legais. O direito se detém na soleira da vontade e espera que de seu obrar (frequentemente tormentoso e inquieto) nasça o milagre da ação.⁸¹

Assim, as categorias que não avaliam sob o prisma da conformidade ou não ao modelo normativo os fatos do mundo, lidam com verdadeiros indiferentes jurídicos, cuja absorção em um discurso que se pretende jurídico causa confusão, no lugar de identificar a incidência da norma jurídica:

Não cremos que o expurgo do ônus do léxico jurídico provoque zonas de sombra ou lacunas, ou que a explicação científica dos fenômenos

⁷⁹ F. C. PONTES de MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: tomo 1, parte geral, introdução, pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: RT, 2012, §4, p. 70.

⁸⁰ IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, op. cit., p. 64.

⁸¹ IDEM, *Ibidem*, p. 75.

retorne a estágios menos refinados e afiados. Ganhará, ao revés, a propriedade do nosso discurso, tornado mais esbelto e sóbrio, para o qual são suficientes a consideração do nexos normativo *fattispecie*-efeito, e o juízo de adequação dos acontecimentos históricos aos esquemas legais.⁸²

A essa razão fundamental está ligada outra, que é aquela mesma que fundamenta a relevância do direito como técnica de adaptação social, qual seja, a previsibilidade da incidência ou não da norma jurídica sobre os fatos do mundo e, com ela, dos efeitos da juridicização desses fatos. O direito estabelece um corte entre o mundo fático e o mundo jurídico, de modo a que os sujeitos regulem sua conduta conscientes, de um lado, da ação que a eles se impõe adotar por uma necessidade externa – cabendo-lhes meramente conformar sua conduta ao dever ou não, sofrendo as consequências da escolha –, e, de outro, da ação que são livres para realizar ou não, sem outra necessidade que aquelas gestadas pela vontade individual não constrangida por um *alter*.

Ora, povoar o discurso jurídico com categorias que retiram clareza sobre que porção do mundo dos fatos importa ao direito e que porção lhe é indiferente não faz senão retirar previsibilidade e abrir caminhos para a desestabilização das expectativas, com a indesejável consequência da redução de eficiência do direito.

3. A natureza jurídica da impugnação especificada dos fatos

A ideia de que as relações intersubjetivas⁸³ que se conformam ao constranger a vontade mediante imperativos categóricos⁸⁴ pelos quais somos responsáveis frente aos outros (o(s) outro(s) da relação intersubjetiva mediada pelo imperativo categórico)⁸⁵ e para os quais importa a conformação externa da ação ao imperativo, independentemente

⁸² IDEM, *Ibidem*, p. 122.

⁸³ “O fato de que, na ação jurídica, eu sou responsável frente aos outros, institui uma relação entre mim e os outros, que é possível chamar de relação *intersubjetiva*.” (BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, *op. cit.*, p. 60, grifos do autor.)

⁸⁴ Cf. item 2.2, *supra*.

⁸⁵ “[L]egislação moral não é a que prescreve deveres com relação a si mesmo, mas aquela por cujo cumprimento somos responsáveis somente frente a nós mesmos; legislação jurídica não é a que prescreve deveres com relação aos outros, mas aquela por cujo cumprimento somos responsáveis frente à coletividade.” (BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, *op. cit.*, p. 60, grifos do autor.)

do impulso da ação⁸⁶ – isto é, a ideia de que as *relações jurídicas* podem se configurar de mais de uma maneira, a partir de posições relativas dotadas de qualidades distintas, pode ser intuída desde os momentos fundadores da cultura jurídica ocidental. Veja-se, apenas a título de exemplo, o seguinte excerto do Digesto, extraído do jurista CELSO, ativo em princípios do século II d.C.:⁸⁷

<i>Celsus libro tertio digestorum, D.6.1.38</i>	Celso, no terceiro livro do <i>Digesto</i>
<p><i>In fundo alieno, quem imprudens emer- ras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impen- sam, ut fundum recipiat, usque eo dum- taxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impen- sum est. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis ca- rendum habeat: sufficit tibi permitti tol- lere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non fo- ret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quan- tum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit,</i></p>	<p>Em um terreno alheio, que havias comprado inadvertidamente, construístes ou plantaste e depois és evicto: o bom juiz decidirá distintamente a depender das pessoas e dos fatos da causa. Supõe que também o proprietário teria feito as mesmas coisas: para reaver o terreno, ele deverá pagar as despesas na extensão do quanto o terreno teve seu valor acrescido e, se o valor do terreno aumentou mais do que foi gasto, apenas o que foi gasto. Supõe [ser o dono] um homem pobre que, se for forçado a pagá-lo, perca os deuses lares e os túmulos dos ancestrais: basta ser-te permitido levantar aquelas que possas, dentre aquelas coisas, na medida em que o terreno não fique em pior estado do que se antes não houvesse suportado uma construção. Decidimos com efeito que, se o proprietário estiver pronto a pagar tanto quanto o possuidor teria, levantadas as coisas, seja-lhe dado esse poder: e não se deve tolerar as malícias, se, por exemplo, quiseses raspar o estuque que tiveres aplicado, e com ele as pinturas, nada retirando a não ser para prejudicar. Supõe que o dono é uma pessoa tal que, assim que recebido o terreno, pretende pô-lo à venda: a não ser que ele pague o quanto, na primeira</p>

⁸⁶ “Disso se segue que o dever jurídico pode ser dito externo, porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação, e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei; enquanto o dever moral é dito interno porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação mas também a agir com pureza de intenção.” (BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, op. cit.*, p. 57, grifos do autor.)

⁸⁷ W. KUNKEL. *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1952, p. 146-47.

<i>quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto, tu condemnandus es.</i> ⁸⁸	seção, dissemos que ele deve pagar, serás condenado com a dedução daquele valor.
--	--

Ao imaginar diferentes variações para o caso de uma *reiuindicatio* em que o possuidor promovera benfeitorias no imóvel, CELSO conota distintamente as posições relativas das partes, valendo-se de rico vocabulário que remete a diferentes categorias lógico-deônticas:⁸⁹ *reddat ut recipiat* (“entregue para receber”), *sufficit tibi permitti tollere* (“basta que te seja permitido levantar”), *fiat ei potestas* (“seja-lhe dado o poder”), *nisi reddit eo deducto tu condemnandum es* (“se ele não entregar, serás condenado com o abatimento daquele valor”).

Essas indicações forneceram rico material para a maturação da consciência lógico-deôntica das gerações seguintes, como se constata, por exemplo, na sedimentação da reflexão dos glosadores na *Magna Glossa*:⁹⁰ VIVIANO DA TOSCANA,⁹¹ em um *casus* aposto ao excerto,⁹² fala em *debet* (“deve”), *debeam* (“deva”), *permittere* (“permitir”), *uelis* (“queiras”), *uelim* (“queira”), *necesse haberes* (“serás obrigado”); uma glosa anônima esclarece que a *potestas* só se aplica ao caso em que se disse *permitti eum tollere* (“ser-lhe permitido levantar”), e não àquele em que *dominus eadem erat factururus* (“o próprio senhor faria as mesmas coisas”);⁹³ outra glosa anônima considera diferentes categorias deônticas na própria relação processual: *[d]ebet enim interloqui, & admonere ante sententiam actorem, ut restituat impensam: quod si nolit, debet eum condenare* (“deve pois pronunciar uma decisão interlocutória e admoestar o autor, antes da sentença, a restituir a despesa: se ele não o quiser fazer, deve condená-lo”).⁹⁴

O tratamento sistemático da intuição de que há mais de uma modalidade lógico-deôntica, por meio da identificação de categorias gerais do direito, independentemente de

⁸⁸ *Digesta Iustiniani Augusti*. Ed. P. BONFANTE et alii. Milano: Formis Societatis Editricis Librariae, 1931, p. 179.

⁸⁹ Nos termos de WRIGHT, “modos deônticos ou modos de obrigação”: G. H. von WRIGHT. *Deontic Logic. Mind*, Oxford, n. 60, p. 1-15, 1951.

⁹⁰ *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii...*: Tomus Primus, *Digestum Vetus*. Lyon: s.e., 1627, coll. 810-811.

⁹¹ Sobre esse jurista do século XIII, cf.: F. C. von SAVIGNY. *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*: volume 2. Trad. Emmanuele Bollati. Torino: Gianni e Fiori, 1854-57, p. 405-406.

⁹² Gênero que se desenvolveu sobretudo após ACÚRSIO, logo integrado às edições da glosa acursiana, e em que VIVIANO DA TOSCANA se destacou. Cf. H. LANGE. *Römisches Recht im Mittelalter*: Band I, *Die Glossatoren*. München: Beck, 1997, p. 369-70.

⁹³ *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii...*, *op. cit.*, col. 811.

⁹⁴ IDEM, *Ibidem*.

situações específicas ou de supostas especificidades das distintas ramificações do direito, é, todavia, obra bem mais recente.⁹⁵ Não é minudenciar essa história que nos importa aqui, mas sim definir um enquadramento teórico, resultado dessa atividade crítica da ciência jurídica, apto a promover a inteligibilidade do fenômeno jurídico e, no nosso caso específico, a definir a natureza jurídica da impugnação especificada dos fatos. É o que se passa a fazer, com a brevidade que se impõe.

3.1. Um modelo sistemático para a descrição das posições jurídicas: a contribuição de WESLEY NEWCOMB HOHFELD

A importância do trabalho analítico de HOHFELD, desenvolvido em dois artigos semanais, publicados em 1913 e em 1917 no *Yale Law Journal*,⁹⁶ depois republicados em uma recolha póstuma, em 1923,⁹⁷ dificilmente poderia ser superestimada.⁹⁸ Incomodado com a imprecisão do vocabulário da ciência jurídica, que designava igualmente por *right* e *duty* posições jurídicas muito distintas entre si, o jurista propôs uma gramática elementar de oito posições, a que chama *fundamental jurial relations* (“posições jurídicas elementares”), articuladas entre si por relações lógicas de oposição e correlatividade. Tratar-se-ia, na metáfora por ele mesmo sugerida, dos “mínimos denominadores comuns do direito”,⁹⁹ que permitem descobrir, por detrás de diferenças superficiais, “semelhanças essenciais e analogias... [e] discernir princípios comuns de justiça e política subjacentes aos vários

⁹⁵ As raízes desse esforço conceitual parecem estar na teoria jurídica do século XVIII, especialmente nos trabalhos de BENTHAM e de LEIBNIZ, e ter sido continuadas por THON, BRINZ, BIERLING, JELLINEK, entre outros. Cf., com referências: S. L. PAULSON. Introduction. In: S. L. PAULSON; B. L. PAULSON. *Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian themes*. Oxford: Clarendon Press, p. xxiii-liii, aqui p.xlvi, n. 107, e p. xlvi. Para o caso específico de Bentham, é elucidativa a análise de H.L.A. HART. Bentham on Legal Powers. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 81, p. 799-822, 1971-72.

⁹⁶ W. N. HOHFELD. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 23, p. 16-59, 1913; W. N. HOHFELD. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, n. 26, p. 710-70, 1917.

⁹⁷ W. N. HOHFELD. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*. Ed. Walter Wheeler Cook. New Haven: Yale University Press, 1923.

⁹⁸ Para ALF ROSS, trata-se do “primeiro que investigou o problema das modalidades jurídicas” (A. ROSS. *Directives and Norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul/Humanities Press, 1968, p. 135) e, mais especificamente, do pioneiro na “ideia de que as modalidades estão conectadas pelas relações lógicas de contradição e correlação.” (IDEM, *Ibidem*). A bibliografia sobre o trabalho de HOHFELD é vastíssima. Veja-se, particularmente: M. RADIN. A Restatement of Hohfeld. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 51 (7), p. 1141-64, 1938; A. D. CULLISON. A Review of Hohfeld’s Fundamental Legal Concepts. *Cleveland-Marshall Law Review*, Cleveland, n. 16 (3), p. 559-73, 1967; P. SCHLAG. How to Do Things with Hohfeld. *Law and Contemporary Problems*, Durham, n. 78 (1-2), p. 185-234, 2015; L. D. D’ALMEIDA. Fundamental Legal Concepts: the Hohfeldian framework. *Philosophy Compass*, n. 11(10), p. 554-569, 2016.

⁹⁹ HOHFELD, Some Fundamental Legal Conceptions, *op. cit.*, p. 58.

problemas jurídicos em questão”.¹⁰⁰ Em esquema que figura em ambos os artigos,¹⁰¹ HOHFELD articulou como segue esses oito denominadores comuns, ou posições jurídicas elementares:

Jural Opposites	{	right	privilege	power	immunity
		no-right	duty	disability	liability
Jural Correlatives	{	right	privilege	power	immunity
		duty	no-right	liability	disability

A seguir, buscamos reconstituir o sistema das posições jurídicas elementares hohfeldianas, com fundamento sobretudo nos textos do autor; glosas elucidativas de intérpretes de HOHFELD ficam relegadas às notas de rodapé e a apartes textuais grafados em tipo menor e com recuo,¹⁰² com exceção de um único problema, a que se chegará prontamente, ao final da exposição.

*

Como se depreende do quadro reproduzido acima, os pares de opostos e correlativos se organizam em duas grandes metades, já que os termos que se associam a *right*, de um lado (diretamente, o oposto *no-right* e o correlativo *duty*; indiretamente, por meio do oposto e do correlativo, *privilege*), e a *power*, de outro (diretamente, o oposto *disability* e o correlativo *liability*; indiretamente, por meio do oposto e do correlativo, *immunity*), não se ligam; entre as duas metades, não há comunicação.

Assim, embora a afirmação não esteja expressa em HOHFELD, é entre *right* e *power* – que traduzimos por “direito” e “poder” – que se encontra a distinção de base do sistema de posições jurídicas elementares, distinção não meramente lógica, mas substancial, de que as outras distinções derivam pela aplicação das operações formais de oposição e correlação.

¹⁰⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 59.

¹⁰¹ IDEM, *Ibidem*, p. 30; HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, *op. cit.*, p. 710.

¹⁰² Dentre esses intérpretes, o que mais nos interessa aqui é CARNELUTTI. Como já aludimos acima, no item 2.1, CARNELUTTI, em seu *Sistema*, define as posições jurídicas ativas correlatas de direito e poder e as posições jurídicas passivas correlatas de dever e sujeição, bem como a posição jurídica ativa oposta de direito, a faculdade. Trata-se, como é patente, de apropriação das categorias hohfeldianas. Seria, apesar do silêncio de CARNELUTTI sobre sua fonte, muito mais do que improvável acreditar na concepção autônoma do mesmo sistema de posições jurídicas.

HOHFELD se refere mais precisamente a *right* ou *claim*: “Se, como parece desejável, nós devamos buscar um sinônimo para o termo *right* nesse sentido limitado e próprio, talvez a palavra *claim* se mostre ser a melhor”.¹⁰³ Ou ainda: “Em seu sentido mais restrito... o termo [*right*] é usado como correlativo de *duty*; e, para comunicar esse sentido, o sinônimo *claim* parece ser o melhor”.¹⁰⁴ Sem dúvida com base no sinônimo *claim* e reservando o termo *diritto* (*soggettivo*) para designar o complexo de todas as posições jurídicas ativas,¹⁰⁵ GIUSEPPE LUMIA, em reformulação da teoria hohfeldiana, valeu-se do termo *pretesa*.¹⁰⁶ Foi o caminho seguido, no Brasil, por ALCIDES TOMASETTI JR., seja em sua tradução do texto de LUMIA,¹⁰⁷ seja em trabalho doutrinário em que se vale das categorias hohfeldianas (prismadas por LUMIA), em que as posições jurídicas ativas são nomeadas “faculdades, pretensões, poderes formativos e imunidades”.¹⁰⁸ O autor não reproduz, no trabalho aludido, a terminologia das posições jurídicas passivas, mas, em sua tradução de LUMIA, elas são “dever de comportamento”, “falta de pretensão”, “sujeição” e “falta de poder”.¹⁰⁹ Preferimos manter o equivalente primário do *right* hohfeldiano (“direito”), com plena consciência de que as mesmas confusões que da polissemia de *right* em inglês podem surgir da polissemia de “direito” em português. No entanto, a uma, também em português, o par correlativo “direitos e deveres” ajuda a precisar o sentido restrito do termo, e, a duas, a complexa tradição jurídica nacional conta com conceituação relevante – e, a nosso sentir, útil (cf., *infra*, 3.2) – a respeito da noção de pretensão na obra de PONTES DE MIRANDA, o que nos parece razão suficiente para evitar o termo pretensão aqui.

Embora “poder” esteja para *power* assim como “direito” está para *right*, isto é, como tradução imediata, os autores de língua portuguesa que se apropriaram da reflexão de HOHFELD também não se contentaram com o simples “poder”. MOTA PINTO preferiu substituir *power* pela (polêmica) categoria de direitos potestativos.¹¹⁰ Foi sem dúvida por estar inserido em uma tradição em que esse ramo da discussão era relevante que ALCIDES TOMASETTI JR. não hesitou em traduzir o simples *potere* de LUMIA por “poder formativo”,¹¹¹ valendo-se, em sede doutrinária, da subdivisão em espécies: poderes formativos extintivos, modificativos e constitutivos.¹¹² No entanto, parece-nos que se trata, aqui sim, de tentativa de aclimação de categorias gerais do direito à dogmática específica do direito privado – TOMASETTI JR., por

¹⁰³ HOHFELD, Some Fundamental Legal Conceptions, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁴ HOHFELD, Fundamental Legal Conceptions, *op. cit.*, p. 717.

¹⁰⁵ G. LUMIA. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1978, p. 112.

¹⁰⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 110.

¹⁰⁷ G. LUMIA. Teoria da Relação Jurídica. Trad. Alcides Tomasetti Jr. Mimeografado, p. 7.

¹⁰⁸ A. TOMASETTI JR.. Percimento do direito de domínio e improcedência da ação reivindicatória. Favela consolidada sobre terreno urbano loteado. Função social da propriedade. Prevalência da Constituição Federal sobre o direito comum. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), n. 723, p. 204-23, 1996, aqui p. 212.

¹⁰⁹ LUMIA, Teoria da Relação Jurídica, *op. cit.*.

¹¹⁰ TOMASETTI JR., Percimento do direito de domínio, *op. cit.*, *passim*.

¹¹¹ LUMIA, Teoria da Relação Jurídica, *op. cit.*, p. 8.

¹¹² TOMASETTI JR., Percimento do direito de domínio, *op. cit.*, p. 213.

exemplo, está interessado na definição das posições jurídicas ativas em que se decompõe a propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. Não é essa a nossa perspectiva, que pretende tratar das categorias hohfeldianas como efetivas categorias gerais do direito, o que é, ademais, a perspectiva do próprio autor da teoria.

Assim, na base da teoria hohfeldiana, há a seguinte polaridade substancial:

direito

poder

A afirmação de HOHFELD em que mais de perto se pode cernir a distinção entre direito e poder é a seguinte (as omissões são necessárias para não antecipar definições que virão expostas na sequência):

<p><i>A right is one's affirmative claim against another... Similarly, a power is one's affirmative "control" over a legal relation as against another...</i>¹¹³</p>	<p>Um direito é uma pretensão positiva de alguém contra outrem... De modo semelhante, um poder é o "controle" positivo de alguém sobre determinada relação jurídica, como se contra outrem...</p>
---	---

Trata-se, assim, de posições que se qualificam pela positividade, ou ascendência, sobre outrem, pelo que se podem conceber como posições ativas (e os sujeitos que se encontram nessa posição, como sujeitos ativos ou subordinantes);¹¹⁴ são posições de constrangimento da vontade alheia (isto é, da vontade dos sujeitos passivos ou subordinados)¹¹⁵.

A diferença reside na forma pela qual direito e poder constroem a vontade alheia: o direito a constroem solicitando sua conformação à norma que atribui ascendência ao sujeito ativo,¹¹⁶ ao passo que o poder constroem diretamente, sem necessidade de

¹¹³ HOHFELD, Some Fundamental Legal Conceptions, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁴ Na expressão de ALCIDES TOMASETTI JR., "sujeito do interesse subordinante" (TOMASETTI JR., Perecimento do direito de domínio, *op. cit.*, p. 212).

¹¹⁵ Ou "sujeito do interesse subordinado", para ALCIDES TOMASETTI JR. (TOMASETTI JR., Perecimento do direito de domínio, *op. cit.*, p. 212).

¹¹⁶ Na reformulação de MOTA PINTO, é posição em que se pode "exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (abstração ou omissão)" (C. A. da MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1985, p. 172).

solicitar a conformação do sujeito passivo.¹¹⁷ Na dicção de HOHFELD, sobre o poder especificamente:

<p><i>But what is the intrinsic nature of a legal power as such? (...) A change in a given legal relation may result (...) from some superadded fact or group of facts which are under the volitional control of one or more human beings. (...) [T]he person (or persons) whose volitional control is paramount may be said to have the (legal) power to effect the particular change of legal relations that is involved in the problem.</i>¹¹⁸</p>	<p>Mas qual é a natureza intrínseca de um poder como tal? (...) Uma mudança em uma relação jurídica pode resultar (...) de algum fato ou grupo de fatos acrescentados que estão sob o controle volitivo de uma ou mais pessoas. (...) A pessoa (ou pessoas) cujo controle volitivo é de tal monta pode ser considerada como tendo o poder (legal) de promover a específica mudança de relações jurídicas que está em questão.</p>
--	---

Em termos esquemáticos, o direito é posição de constrangimento da vontade alheia que se realiza apenas por meio da cooperação do constrangido, e sob a condição de eficácia de que ele coopere; o poder é posição de constrangimento da vontade alheia que promove, independentemente de cooperação, uma imposição jurídica eficaz sobre o constrangido. Há, logo, uma diferença de grau no constrangimento da vontade operada em uma relação do polo do direito e em uma relação do polo do poder, já que, no primeiro caso, a vontade é meramente pressionada (constrangimento parcial da vontade), ao passo que, no segundo, a vontade é reduzida à insignificância para a satisfação da posição do sujeito ativo (constrangimento total da vontade).

Há aqui – é importante que se registre – um descolamento da teoria kantiana tal qual apresentada no item 2.2, *supra*. Afinal, a especificação dos imperativos não contempla a situação da absoluta necessidade, em que, no seio da relação jurídica, a vontade não é subordinada, mas esvaziada; trata-se, no entanto, como se verá à frente, no item 3.2, de marco relevante na relação jurídica processual, em que, sendo o poder onipresente, ele se coloca de ordinário sempre sob o anteparo do direito, como um resíduo estrutural.

¹¹⁷ Na releitura de MOTA PINTO, “[o]s *direitos potestativos* [*rectius*, poderes], são poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte” (MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 174).

¹¹⁸ HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions*, *op. cit.*, p. 44.

Como se vê, para a própria definição de direito e poder, não se pode prescindir da consideração dos correlatos de cada posição, *duty* (traduzido por “dever”) e *liability* (traduzido por “sujeição”);¹¹⁹ com efeito, os mínimos denominadores comuns da análise lógico-deôntica necessariamente aludem a uma relação intersubjetiva, condicionando-se assim pelo caráter relacional do direito.¹²⁰ Veja-se:

<p><i>[W]hat clue do we find, in ordinary legal discourse, toward limiting the word in question [right] to a definite and appropriate meaning[?] That clue lies in the correlative “duty”... In other words, if X has a right against Y that he shall stay off the former’s land, the correlative (and equivalent) is that Y is under a duty toward X to stay off the place.</i>¹²¹</p>	<p>Que pista encontramos, no discurso jurídico comum, para limitar a palavra em questão [direito] a um sentido claro e apropriado? Essa pista se encontra no correlativo “dever”... Em outras palavras, se X tem um direito contra Y segundo o qual este deve se manter fora das terras daquele, o correlativo (e equivalente) é que Y tem o dever frente a X de se manter fora do lugar.</p>
--	---

Logo, a distinção de base entre direito e poder necessariamente se desdobra como distinção entre as correlações direito/dever, de um lado, e poder/sujeição, de outro. Afinal, quando se fala em uma posição jurídica, alude-se justamente a como um sujeito se posiciona em face de outro¹²²:

¹¹⁹ A tradução de *liability* por “sujeição” está fundada no próprio HOHFELD: “Talvez o melhor sinônimo para *liability* seja *subjection* ou *responsibility*” (HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions*, *op. cit.*, p. 54).

¹²⁰ É, note-se, pela definição dos correlatos “dever” e “sujeição”, que MOTA PINTO chega ao esclarecimento a que também chegamos sobre a natureza da distinção entre direito e poder. Segundo o autor, “[n]o dever jurídico – contraposto aos direitos subjectivos propriamente ditos – o sujeito do dever, expondo-se embora a sanções, *tem a possibilidade prática de não cumprir*” (p. 176, grifos do autor). A seu turno, “[n]o contrapolo dos direitos potestativos [*rectius*, poderes], surgem-nos as *sujeições* correspondentes. Consiste esta noção – relembremo-la – na situação de necessidade inelutável, em que está constituído o adversário do titular de um direito potestativo, de suportar na sua esfera jurídica as consequências constitutivas, modificativas ou extintivas do exercício daquele direito [*rectius*, poder]. **É, pois, a outra face da moeda relativamente aos direitos potestativos.** Aqui, diversamente do dever jurídico, trata-se de uma necessidade *inelutável*. O sujeito não pode violar ou infringir a sua situação – está necessariamente exposto à produção dos resultados do exercício do direito potestativo.” (MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 177, grifos do autor em itálico; nós destacamos em negrito).

¹²¹ HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions*, *op. cit.*, p. 31-32.

¹²² Nos termos de CARNELUTTI, “a situação jurídica (*situazione giuridica*) é assim elemento da relação, que se compõe de duas situações combinadas” (CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, *op. cit.*, p. 25.)



Pela distinção entre *posição* e *situação* jurídica, LUMIA buscou dar conta, ao que parece, da consideração dos sujeitos relativamente uns aos outros ao mesmo tempo que dos sujeitos considerados em si mesmos: *La posizione di ciascuna di tali parti in seno al rapporto giuridico definisce quella che si chiama (non senza una qualche incertezza terminologica in dottrina) la situazione giuridica delle stesse*.¹²³ Em sua tradução, “com adaptações e modificações”,¹²⁴ ALCIDES TOMASETTI JR., consciente de que as posições só existem como distância relativa, ou tensão peculiar, entre polos, promoveu relevante modificação: “A **polarização** de cada uma das partes na relação jurídica define o que se denomina (com grandes incertezas terminológicas na teoria) a POSIÇÃO JURÍDICA dessas partes”.¹²⁵⁻¹²⁶

Aplicando, então, a operação lógico-formal de oposição às categorias de direito e poder, chega-se, no esquema hohfeldiano, a *privilege* – traduzido por “faculdade” – e a *immunity* – traduzido por “imunidade”. Trata-se, respectivamente, das situações do sujeito que está protegido, ou desvinculado, do direito ou do poder de outrem. Na exposição de HOHFELD:

<i>Perhaps it will also be plain, from the preliminary outline and from the discussion down to this point, that a power bears the same general contrast to an immunity that a right does to a privilege. A right is one's affirmative claim against another, and a privilege is one's freedom from the right or claim of another.</i>	Talvez também fique claro, pelo esboço preliminar e pela discussão até este ponto, que um poder exhibe o mesmo contraste geral relativamente a uma imunidade que uma imunidade relativamente a uma faculdade. Um direito é uma pretensão positiva de alguém contra outrem, e uma faculdade é a liberdade de
---	---

¹²³ LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, op. cit., p. 105, grifos do autor.

¹²⁴ LUMIA, *Teoria da Relação Jurídica*, op. cit., p. 1, n. 1.

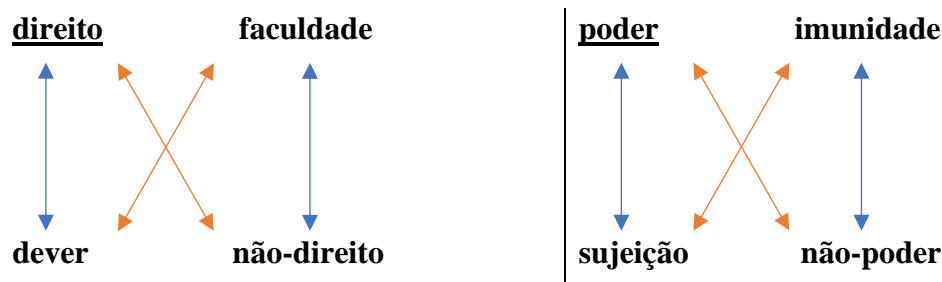
¹²⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 3, destacamos em negrito.

¹²⁶ EMILIO BETTI também propõe distinção nesses termos. Para o autor, “situação jurídica” designa a “necessária correlatividade de poder e vínculo”, ao passo que “tomadas isoladamente, qualificam-se melhor como ‘posição jurídica’.” (E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2.ed. Torino: UTET, 1950, § 1, p. 7, n.9).

Similarly, a power is one's affirmative "control" over a legal relation as against another; whereas an immunity is one's freedom from the legal power or "control" of another as regards some legal relation.¹²⁷

alguém relativamente ao direito ou à pretensão de outrem. De modo semelhante, um poder é o “controle” positivo de alguém sobre determinada relação jurídica, como se contra outrem; ao passo que uma imunidade é a liberdade de alguém relativamente ao poder legal ou “controle” de outrem no caso de determinada relação jurídica.

Como se trata de uma liberdade *relativa*, as posições de faculdade e de imunidade têm justamente por correlatas aquelas posições preenchidas pela ausência de um direito (*no-right*, “não-direito”) e pela ausência de um poder (*no-power*, “não poder”). Logo, identificando os termos correlatos por setas verticais, e os opostos por setas oblíquas, chega-se à seguinte reconstrução visual das oito posições jurídicas hohfeldianas:



O problema a que aludimos no começo desta seção como requerendo a mobilização da glosa dos intérpretes de HOHFELD está indiciado pela tradução de *privilege* como “faculdade”. O seguinte trecho fornece o ponto de partida para a discussão:

The closest synonym of legal "privilege" seems to be legal "liberty". (...) While there are numerous other instances of the apt use of the term "liberty", ..., it is by no means so common or definite a word as "privilege". The former term is far more likely to be used

O sinônimo mais próximo de “faculdade” jurídica parece ser “liberdade” jurídica. (...) Ao passo que há muitos outros casos de uso apropriado do termo “liberdade”, ..., não se trata de modo algum de palavra tão comum ou tão clara quanto “faculdade”. O primeiro termo tem muito maior probabilidade de ser

¹²⁷ HOHFELD, Some Fundamental Legal Conceptions, *op. cit.*, p. 55.

<p><i>in the sense of physical or personal freedom (i.e., absence of physical restraint), as distinguished from a legal relation; and very frequently there is the connotation of general political liberty, as distinguished from a particular relation between two definite individuals.</i>¹²⁸</p>	<p>usado no sentido de liberdade física ou pessoal (isto é, ausência de constrangimento <i>físico</i>), distintamente de uma relação jurídica; e muito frequentemente há a conotação de uma liberdade política <i>geral</i>, distintamente de uma relação específica entre dois indivíduos determinados.</p>
--	--

É o problema aludido no fim do excerto que nos interessa examinar agora. Quando se fala, com efeito, nas posições construídas pela ausência de constrangimento da vontade de alguém por outra vontade juridicamente tutelada, seja em grau absoluto (poder), seja em grau não-absoluto (direito), pode ser que se esteja referindo a dois fenômenos distintos, uma liberdade geral, para retomar a expressão de HOHFELD – e que, como fica claro, não é a posição jurídica a que ele está aludindo – e o que, por contraposição, poder-se-ia chamar liberdade específica, ou mais precisamente relativa, já que é a liberdade no interior de uma relação que se tem em vista, única liberdade que pode ser tida por juridicamente relevante; juridicamente relevante, entenda-se bem, como um limite de vontade não constrangida em um contexto geral de vontade constrangida (a relação *jurídica*).¹²⁹ É por isso que TORRENTE e SCHLESINGER definem a faculdade como “manifestações do direito subjetivo que não têm caráter autônomo, mas estão compreendidas nele”.¹³⁰

ALF ROSS identificou com clareza a questão:

<p><i>Permitted conduct and liberties thus have the common feature of not being prohibited. They differ in that a permit-</i></p>	<p>A conduta permitida e as liberdades têm o traço comum de não estar proibidas. Diferenciam-se pelo fato de que um ato permitido pode estar prescrito (é-me</p>
---	--

¹²⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 41-43, grifos do autor.

¹²⁹ BETTI identificou a distinção nos seguintes termos: “Dos atos jurídicos lícitos devem ser nitidamente separados os atos juridicamente indiferentes: aqueles atos, quer dizer, que não interessam nem formam objeto de uma valorização positiva da ordem jurídica, e logo são irrelevantes para ela. Distintamente da moral (para a qual não há atos indiferentes), o direito não se propõe a resolver senão um círculo limitado de problemas: o ato que não levante qualquer desses problemas não produz tampouco efeitos jurídicos. Quando parece que os produza, na realidade, o direito associa o efeito não ao comportamento como tal, com base em uma valoração dele, mas a um complexo de circunstâncias, a respeito das quais o comportamento ou é apenas acidentalmente concomitante ou não tem o valor decisivo que assume nos atos jurídicos verdadeiros e próprios.” (E. BETTI. *Istituzioni di diritto romano*: volume primo. 2.ed. Padova: CEDAM, 1947, § 46, p. 82-83.)

¹³⁰ TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato, op. cit.*, § 34, p. 75.

*ted act can be prescribed (I am permitted to do my duty), whereas an act which is a liberty cannot be prescribed. (...) That an act is a liberty is the same as its falling outside the sphere of legal norms. It is legally indifferent. Neither its performance nor its non-performance result in legal reactions. (...) It is impossible to enumerate the liberties that a person has. The sphere of liberty is defined negatively as everything that is not the object of legal regulation.*¹³¹

permitted to fulfill my duty), enquanto um ato que seja uma liberdade não pode estar prescrito. (...) Que um ato seja uma “liberdade” equivale a dizer que caia fora da esfera das normas jurídicas. Juridicamente, é indiferente. Nem sua realização nem sua não realização resultam em reações jurídicas. (...) É impossível enumerar as liberdades que uma pessoa tem. A esfera da liberdade se define negativamente como tudo aquilo que não é objeto de regulação jurídica.

Assim, o termo faculdade (para traduzir o *privilege* de HOHFELD) denota uma posição livre no seio de uma relação jurídica composta por outras posições que tornam aquela posição deonticamente relevante – é liberdade de ação dentro de um vínculo jurídico; o termo liberdade, por sua vez, alude à condição do sujeito não conotada por um vínculo jurídico – é liberdade de ação independente de vínculo jurídico.

3.2. A dinâmica das posições jurídicas na relação jurídica processual: um esboço

Comumente se cogita que a especificidade da relação jurídica processual impediria a transposição de categorias gestadas alhures para a análise do desenvolvimento daquela relação.¹³² Ora, não há que se confundir categorias gerais do direito – plano em que

¹³¹ ROSS, *Directives and Norms, op. cit.*, p. 128-29. O texto de ALF ROSS é do mais alto interesse para um aprofundamento das questões aqui expostas, o que, no entanto, foge aos propósitos limitados deste texto. Para uma leitura recente e precisa, cf. J. A. S. del NERO. Considerações sobre a eficácia do registro, efetuado em registro público material e territorialmente competente, de negócios jurídicos de obrigação e de certos negócios jurídicos de disposição. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* (São Paulo), n. 166-67, 2013-14, p. 219-71, aqui p. 221-226.

¹³² Exemplificativamente, para ROSENBERG, SCHWAB e GOTTWALD, “A diferenciação entre processo civil e direito material tem significado dogmático e prático. Ambos os ramos do direito têm objetivos e formas de pensar distintos. Seus conceitos são diferentes, mesmo quanto levam o mesmo nome; cf., por exemplo, os conceitos de pretensão, exceção, reconhecimento e renúncia, que, no processo civil, têm um conteúdo substancialmente distinto daquele do direito civil.” (L. ROSENBERG; K. H. SCHWAB; P. GOTTWALD. *Zivilprozessrecht*. München: Beck, 2010, §1, 23, p. 6.) No mesmo sentido: O. JAUERNIG; B. HESS. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30.ed. München: C. H. Beck, 2011, §2,12, p. 9. Para uma discussão desse problema, cf. O. A. BAPTISTA DA SILVA. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

se situam as posições jurídicas elementares hohfeldianas – com categorias particulares a determinado ramo do saber jurídico, *rectius*, com categorias próprias à análise de determinadas relações jurídicas. É o próprio HOHFELD quem o assenta claramente. Na última nota de rodapé à contribuição seminal de que nos ocupamos *supra*, no item 3.1, HOHFELD acena para um futuro tratamento da relação jurídica processual que demonstraria a plena aplicabilidade, nela, das categorias de que tratamos. Confira-se:

As supostas distinções entre as posições jurídicas substantivas e adjetivas também serão consideradas – especialmente com o propósito de demonstrar que, no que respeita à natureza essencial dessas posições, as distinções que habitualmente se crê existir são antes imaginárias que reais.¹³³

Entretanto, no segundo artigo sobre as posições jurídicas, publicado em 1917, foi somente outra porção do prometido naquela nota que se cumpriu;¹³⁴ morrendo o autor logo depois, em 1918, não houve tempo hábil para a satisfação integral da promessa. HOHFELD, no entanto, reafirmara, no artigo de 1917, que as oito posições jurídicas são aplicáveis a distintas classificações jurídicas, entre elas à distinção entre “posições substantivas e posições adjetivas”.¹³⁵ Nosso objetivo aqui é o de esboçar a reflexão sobre a dinâmica das posições jurídicas elementares no seio do processo judicial, com fundamento no ordenamento positivo brasileiro, de forma compatível com a premissa hohfeldiana, à qual aderimos, de que as posições jurídicas elementares são categorias gerais do direito.¹³⁶

¹³³ HOHFELD, Some Fundamental Legal Conceptions, *op. cit.*, p. 59, n. 100.

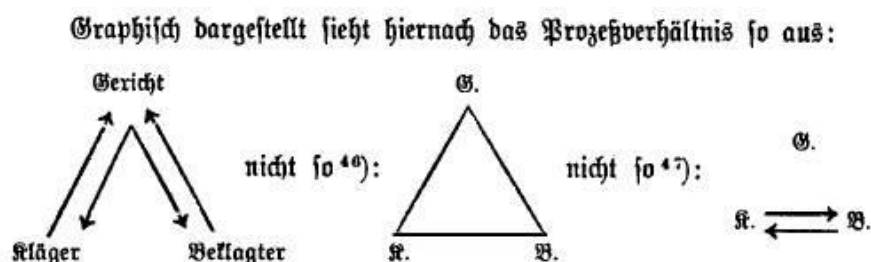
¹³⁴ Outras publicações eram anunciadas: HOHFELD, Fundamental Legal Conceptions, *op. cit.*, p. 710, nn. 1 e 2.

¹³⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 712.

¹³⁶ Há diversos trabalhos de processualistas que buscaram identificar as posições jurídicas no processo civil brasileiro. No entanto, partindo de premissas distintas, chegaram a outros resultados. Seria despropositado confrontar individualmente esses trabalhos com nossa proposta, pois como, em geral, não adotam a perspectiva de construir as posições de forma sistemática, a partir de pares de oposição e correlação, a comparação seria entre dessemelhantes. No entanto, entendemos que há um campo possível de diálogo com esses trabalhos, na medida em que muitos deles retomam as categorias construídas por CARNELUTTI, que, conforme visto no item 3.1, *supra*, foi um intérprete, ainda que tacitamente, de HOHFELD. Sem qualquer pretensão de exaustividade, citamos as formulações que nos parecem mais desenvolvidas e complexas: DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, §566-584, p. 225-255; H. V. M. SICA, *Preclusão processual civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 95-108; P. da S. DINAMARCO, *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2007, p. 8-53; F. DIDIER JR; P. H. NOGUEIRA. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 117-44; P. C. E

*

Questão tormentosa, a que não podemos dedicar mais do que indicações sumárias nesta sede – mas que tampouco podemos evitar por ser necessária para a construção dogmática da natureza jurídica da impugnação especificada – é a da titularidade das posições jurídicas no seio da relação jurídica processual. Em esquema que remonta aos primeiros decênios de afirmação acadêmica do direito processual como ramo jurídico autônomo, KONRAD HELLWIG expôs visualmente aquelas que lhe pareciam ser as três respostas possíveis:



[Tradução: “Representada graficamente, a relação processual apresenta-se como segue: Juízo (*Gericht* = G.), Autor (*Kläger* = K.), Réu (*Beklagter* = B.), não assim: J. A. R., não assim: J. A. R.”]¹³⁷

Importa reter sobretudo que a conformação da relação jurídica de direito processual é função do direito positivo, logo contingente. O modelo à direita, em que apenas as partes titularizam posições jurídicas relativamente umas às outras, proposto por KOHLER,¹³⁸ adapta-se bastante bem, por exemplo, ao processo formular romano, como notou PONTES DE MIRANDA.¹³⁹ O modelo à esquerda, em que as partes não titularizam posições jurídicas entre si, mas apenas cada uma com o juiz, criando efeitos umas sobre as outras apenas mediatamente,¹⁴⁰ é, como HELLWIG, proponente do modelo, indica, “a orientação do *nosso* [isto é, alemão, segundo a ZPO] processo”,¹⁴¹ isto é, modelo afeito à legislação

SILVA, Paula Costa e. O processo e as situações jurídicas processuais. In: F. DIDIER JR; E. JORDÃO (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 769-808.

¹³⁷ K. HELLWIG. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*: Band 2. Leipzig: A. Deichert, 1907, p. 36. O esquema foi reproduzido em F. C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, artigos 1º-45. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. xxvii.

¹³⁸ “O processo é uma relação jurídica entre as partes. Pois entre as partes e apenas entre elas surgem direitos, e, tanto quanto o processo conhece deveres, também deveres.” (J. KOHLER. *Der Prozess als Rechtsverhältnis*: Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses. Mannheim: J. Bensheimer, 1888, §2, p. 6)

¹³⁹ “No direito romano, agia-se com alguém, - ‘agere cum alicue [sic]’, dizia-se, o que era como dizer-se: ‘demandar como réu.’” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, *op. cit.*, p. xxvii).

¹⁴⁰ “*Processualmente*, as partes não têm qualquer direito *diretamente* umas contra as outras.” (HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*: volume 1, *op. cit.*, p. 35, grifos do autor).

¹⁴¹ IDEM, *Ibidem*, p. 35.

processual que é ela mesma caudatária da teoria de VON BÜLOW¹⁴² (e, antes dele, de BETHMANN-HOLLWEG)¹⁴³ sobre o caráter público da relação jurídica processual – contingência igualmente apontada por PONTES DE MIRANDA.¹⁴⁴ Nesse sentido, o modelo central do esquema, que remete à obra de WACH, pode ser tomado como não mais do que uma somatória das posições jurídicas possíveis dentro da relação processual, abstração feita dos ordenamentos concretos em que as possibilidades são restringidas em função das distintas ideologias que se sedimentam em cada contexto (cf., *infra*, capítulo 2). A relação processual não é uma entidade metafísica, mas uma determinada, específica conformação de imperativos jurídicos.

Resulta dessas considerações que é a análise detida de cada ordenamento processual que demonstrará diante de qual modelo – ou de qual grau de interpenetração de modelos – se está.¹⁴⁵ Correspondentemente, a titularidade das posições jurídicas processuais deve ser analisada caso a caso, com referência ao direito positivo, se não se quiser fazer violência à realidade das coisas, que, no caso, é intrinsecamente contingente.

Assentada essa premissa, e avançando, é preciso ficar claro que a relação processual é uma relação jurídica dinâmica, ou mesmo uma “relação progressiva” (*ein fortschreitendes Rechtsverhältnis*), na expressão de KOHLER.¹⁴⁶ “[a] relação processual é uma relação complexa, e uma relação complexa porque, uma vez criada, ela é continuamente influenciada por novos atos jurídicos”.¹⁴⁷ Em outros termos, os atos desempenhados – ou que deixam de ser desempenhados – pelos sujeitos do processo produzem, como sua eficácia própria,¹⁴⁸ sucessivas alterações nas posições jurídicas dos polos relacionais. É nessa marcha que se vão gestando e superando os direitos e deveres, os poderes e sujeições, as faculdades (e não-direitos), as imunidades (e não-poderes) processuais.

¹⁴² O. BÜLOW. *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*. Giessen: Emil Roth, 1868.

¹⁴³ M. A. von BETHMANN-HOLLWEG. *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*: Erster Band, der römische Civilprozess, 1, legis actiones. Bonn: Adolph Marcus, 1864, p. 102-03.

¹⁴⁴ “Hoje, em vez desse negócio jurídico entre partes, há a relação jurídica bilateral: autor, Estado; Estado, réu” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, *op. cit.*, p. xxvii).

¹⁴⁵ Sobre o direito brasileiro, há interessantes considerações em C. A. ALVARO de OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim*, especialmente p. 44ss, 57ss, 201ss.

¹⁴⁶ KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, *op. cit.*, §16, p. 62.

¹⁴⁷ IDEM, *Ibidem*, §1, p. 2. No mesmo sentido, cf. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*: volume 1, *op. cit.*, p. 31. Entre nós, DINAMARCO considera a relação processual como “mais que um vínculo..., um sistema de vínculos”, em que a extinção de uma situação jurídica gera a criação de outra, “e assim sucessivamente até que o processo seja extinto.” (DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 229-30.)

¹⁴⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*: volume 5, *op. cit.*, §505.4, p. 59-60.

Não há que se dizer também em princípio que alguma das oito posições elementares é incompatível com o processo, o que seria novamente discurso metafísico, e não análise jurídica. Com uma terminologia ainda presa à dicotomia direitos-deveres pré-hohfeldiana, e tendo em mente o estrito modelo de dupla bilateralidade “autor-juiz/réu-juiz”, é o quanto reconhece MARCOS BERNARDES DE MELLO: “Em verdade, o autor é titular de direitos e deveres correlativos de deveres e direitos de que o juiz é sujeito. Assim também ocorre com o réu: entre ele e o juiz há direitos e deveres correspectivos”.¹⁴⁹ Foi preciso FRIEDRICH LENT ao reconhecer que a repartição de posições jurídicas no processo – o objeto da afirmação é específico, mas evidentemente generalizável – “está ligada à ideia que a lei acolhe a respeito do escopo do processo”;¹⁵⁰ dessa repartição, do ponto de vista epistemológico, “pode-se tirar uma conclusão a respeito dos propósitos que a lei atribuiu ao processo”.¹⁵¹

Dedicando-se ao problema específico dos deveres das partes (*Parteipflichten*) no processo civil alemão tal qual moldado pela ZPO, HELLWIG apresentou uma constatação que tem valor modelar:

Não há, assim, *quaisquer* deveres das partes na medida em que os atos previstos na lei só devam ser por ela realizados, em concordância com seu sentido, para proteger seu *próprio* interesse. No entanto, há certamente deveres das partes, na medida em que se trate da proteção do *interesse* público. Esse interesse exige que os fundamentos da decisão não sejam falseados por meio de afirmações inverídicas e que o processo seja conduzido a termo se possível velozmente e sem demora desnecessária. Daí exsurtem o dever de veracidade e o dever de conduzir o processo sem arrastamento e de acordo com as determinações do juízo.¹⁵²

No processo civil alemão, aliás, é notável uma evolução em direção a um reforço dos deveres das partes ao longo do último século.¹⁵³ Já ADOLF WACH, no entanto, era

¹⁴⁹ M. B. de MELLO. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da eficácia. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 239.

¹⁵⁰ F. LENT. *Obblighi e oneri nel processo civile*. Trad. Marco De Stefano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 9 (1), p. 150-58, 1954, aqui p. 151.

¹⁵¹ IDEM, *Ibidem*, p. 157.

¹⁵² HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*: volume 1, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵³ Como bem caracterizado com relação ao chamado *Prozessförderungspflicht* (dever de movimentação, ou de progressão, do processo), no relato de ROSENBERG, SCHWAB e GOTTWALD: “Esse dever de movi-

claríssimo sobre o ponto, identificando, dentro de um amplo *Defensionspflicht* (dever de defesa), uma série de deveres, seja passivos (dever de se submeter ao processo, *erdulden*), seja ativos (deveres de atuação, *Handlungspflichten*) como por exemplo o dever de apresentar documentos (*Editionspflicht*). De acordo com WACH:

O art. 406 da ZPO, entre outros, erige um dever de apresentar documentos como um dever de atuação das partes, com o fim de comparação da escrita. (...) *A parte como tal* está obrigada a facilitar a prova, para fins de exame comparativo, está obrigada a submeter a seus opositores documentos genuínos que se encontram consigo. Se ela não cumpre esse dever, então advém a forma muito comum de sua realização: a chamada *poena probati*, isto é, a prova de autenticidade é considerada como feita.¹⁵⁴

É possível, desse modo, conceber modelos processuais que, de acordo com determinada axiologia, resolvam dar veste jurídica a um interesse prevalecente das partes (de onde exsurgir uma equação das posições jurídicas que tende a eliminar, ou muito restringir, ao menos, os deveres das partes, e correlatamente, por necessidade lógica, ampliar as suas faculdades); inversamente, podem ser desenhados modelos de processo que, atendendo a outros valores, prefiram juridicizar um prevalecente interesse público (e daí nascerá uma equação das posições jurídicas que reduz as faculdades das partes, orientando sua conduta por um conjunto mais ou menos robusto de deveres).

mentação do processo foi introduzido pela lei de 1933, reforçado pela lei de simplificação de 1977 e renovado pela ZPO-RG, de 2011” (ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, op. cit., §2, 15, p. 12). Em estudo alentado, pouco depois da mudança legislativa de 1977, DIETER LEOPOLD formula premissa que poderia fornecer útil objeto de meditação para a doutrina brasileira (cf., *infra*, capítulo 2), nomeadamente, a da necessidade de que o jurista esteja afinado com o modelo processual vigente e acompanhe sua evolução: “No entanto, o desconforto diante do novo processo civil, valores pessoais divergentes, por si mesmos, não dão ao cientista o direito de, contrariamente aos propósitos do legislador, manter-se fiel à estrutura de um processo civil liberal.” (D. LEIPOLD. *Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung*. *Zeitschrift für Zivilprozess*, n. 93(3), p. 237-65, ago. 1980, aqui p. 237)

¹⁵⁴ A. WACH. *Das Geständniß: ein Beitrag zur Lehre von den processualistischen Rechtsgeschäften*. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, n. 64, p. 201-55, 1881, aqui p. 213-214. De acordo com o autor – em longa e interessante nota sobre os deveres no processo civil –, em consonância com o exposto neste item, *supra*, tratar-se-iam de deveres não apenas face ao Estado, mas face à outra parte: “A afirmação hoje comum de que eu reduzo o dever de defesa (*Defensionspflicht*) à submissão ao poder do juízo, eu a tenho por incorreta, pois o dever de defesa não significa apenas uma relação face ao juízo, mas igualmente face ao autor. (...) O dever de defesa é um dever de dar o direito *ao autor* diante desse juízo” (IDEM, *Ibidem*, p. 213, n. 6).

Sob uma perspectiva macroscópica, é possível retomar a distinção de base da sistemática hohfeldiana para afirmar que o processo promove uma irrupção do polo do poder no horizonte das partes: a relação tipicamente terminará com o exercício, pelo juiz, de um poder – o poder de decisão – que ele exerce simultaneamente contra autor e réu, ambos em posição de sujeição relativamente a esse poder.¹⁵⁵ Verão, isto é, impor-se os efeitos controlados pelo juiz de forma inteiramente independente de sua cooperação; ao longo do processo – vale dizer, enquanto as partes são titulares de posições jurídicas ativas em face do juiz – o ato pelo qual o juiz exerce seu poder, a sentença, pode ter seu conteúdo afetado por autor e réu, mas não sua natureza de exercício de um poder. É por isso que, para HELLWIG, “o mais característico [da relação processual] é o poder decisório (*Entscheidungskraft*) do juízo”.¹⁵⁶

A mudança qualitativa (do polo do direito ao polo do poder) não se produz usualmente na relação jurídica de direito material – gerando uma transmutação de direitos em poderes e de deveres em sujeições – apenas por uma opção do legislador moderno, que restringe a autotutela, preferindo superpor à relação material uma outra relação, instrumental, destinada a desembaraçar impasse produzido naquela outra. A razão subjacente é tutelar ao máximo a vontade humana, de modo que a superação da vontade dos sujeitos (sua sujeição ao direito objetivo) somente se produza com a mediação do Estado.

É o quanto percebeu argutamente PONTES DE MIRANDA, ao distinguir três momentos da relação jurídica (material): “Rigorosamente, há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, *separáveis*. Serve-se à boa terminologia, dizendo-se: direito, dever; pretensão, obrigação; autor, réu; excipiente, excetuado.”¹⁵⁷ A pretensão surge para o sujeito ativo quando o seu direito pode ser exigido do sujeito passivo de um dever; a ação nasce para o sujeito ativo desde que ele pode não apenas premer o sujeito passivo, mas também fazer com que ele cumpra o dever jurídico, isto é, auto-satisfazer-se, imediatamente (ação em sentido material, ou simplesmente ação), ou mediadamente por meio do Estado (caso em que PONTES DE MIRANDA fala em “ação”, valendo-se de aspas): “A ação exerce-se por meio de ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado, para que ele, que prometeu tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Segundo CALAMANDREI, a bilateralidade da ação “tem sempre por objetivo obter do Estado um provimento que realize uma *sujeição*” (P. CALAMANDREI. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*: parte prima, premesse storiche e sistematiche. 2.ed. Padova: CEDAM, 1943, § 33, p. 105).

¹⁵⁶ HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*: volume 1, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*: volume 5, *op. cit.*, §615, p. 533.

¹⁵⁸ IDEM, *Ibidem*, §622, p. 562.

Em outras palavras, a passagem do polo do direito ao polo do poder é gestada, macroscopicamente, no direito material; ela é, no entanto, sublimada para uma nova relação que nasce já sob o signo teleológico do poder.

A irrupção do poder no processo também se realiza sob uma perspectiva microscópica, na medida em que o encadeamento dos atos processuais em uma marcha processual, isto é, sua organização como procedimento,¹⁵⁹ implica, pelo imperativo de que o processo chegue a termo, cumprindo com a função de aplicação do direito,¹⁶⁰ que sempre as posições jurídicas que dependem de cooperação (direitos/deveres) – e cuja própria existência atende, no processo, à preservação, sempre que possível, da relevância da vontade – possam se resolver, tipicamente por um ato do juiz que é exercício parcelar do poder decisório, em posições que independem de cooperação (poderes/sujeições).

Note-se que é por não ser tido por indiferente pelo ordenamento (caso em que haveria, dentro da relação jurídica, posição de faculdade) que o ato se torna devido e, logo, coloca a parte em posição de dever. Foi o que percebeu argutamente FRIEDRICH LENT:

Para mim, o elemento decisivo para se poder afirmar que se trata de um dever é dado pelo fato de que o comportamento das partes não é relegado à sua vontade. Ao tribunal e à lei não é indiferente que a parte faça declarações verídicas ou inverídicas. Trata-se, por isso mesmo, de uma disposição que deve ser observada pelas partes e à qual elas devem observância.¹⁶¹

Assim, desde que a realização do ato (ou a omissão do ato) não seja indiferente ao ordenamento, uma vez não realizado conforme previsto (ou realizado contrariamente ao previsto), o ordenamento reage com efeitos que, impondo-se necessariamente àquele que não realizou a conduta, configuram exercício de um poder (gerando, logo, posição de sujeição para aquele que deveria ter realizado o ato), seja o efeito – no seu mínimo grau

¹⁵⁹ Nos termos expressivos de JOÃO MENDES JUNIOR, “o processo é o movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é este mesmo movimento em sua forma extrínseca, tal como se exerce pelos nossos órgãos corporaes e se revela aos nossos sentidos.” (J. MENDES JUNIOR. *Direito Judiciário Brasileiro*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1910, p. 197.)

¹⁶⁰ De acordo com Lent: “O escopo do processo é a vitória do direito e não do artil e dos estratagemas.” (LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, *op. cit.*, p. 154.)

¹⁶¹ IDEM, *Ibidem*, p. 152, grifos nossos.

– puramente semiótico, isto é, de reconhecimento de que, no caso concreto, incide um desvalor.¹⁶² Esse é o núcleo da noção de sanção jurídica, que pode se manifestar de formas as mais diversas, sem deixar por isso de ser sanção.¹⁶³

Neste ponto, são pertinentes algumas considerações a propósito do conceito de sanção (jurídica). A despeito da existência de construções diversas,¹⁶⁴ a definição de BOBBIO, fundamentada que está no reconhecimento da externalidade do comando jurídico relativamente à vontade, que ele constrange, premissa de nossa exposição (cf., *supra*, item 2.2), mostra-se apropriada. Para o autor, “[a] sanção pode ser definida... como o expediente com que se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias”,¹⁶⁵ ou, resumidamente, “como a *resposta à violação*”.¹⁶⁶ Por serem as normas jurídicas imperativos que constroem a vontade externamente, são jurídicas as normas “cuja violação tem por consequência uma sanção *externa e institucionalizada*”.¹⁶⁷ Isso quer dizer que, entre norma jurídica e sanção, existe uma relação intrínseca: é jurídica a norma dotada de sanção porque a sanção é a objetivação do constrangimento externo da vontade. Afinal, “uma ação não sancionável...

¹⁶² HEINRICH DEGENKOLB pronuncia-se no sentido de que “o imperativo jurídico não deve ser deduzido da coação (*Zwang*); por isso, ele não tem tampouco sua delimitação na consequência coativa da transgressão” (H. DEGENKOLB. *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877, § 5, p. 42.) Por *Zwang*, o autor tem em mira os efeitos práticos habitualmente associados à noção de sanção.

¹⁶³ Assim, quando DINAMARCO caracteriza o ônus como “o reverso de certas faculdades outorgadas às partes e caracteriza-se pelas *consequências desfavoráveis que a lei associa a algumas delas*” (DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, §572, p. 235, grifos nossos), não se pode pensar, desde que essas consequências sejam jurídicas, isto é, manifestem-se em alteração da situação jurídica, que esteja mesmo concebendo o ônus como “imperativo do próprio interesse” (IDEM, *Ibidem*). Se a lei prevê consequência desfavorável para uma ação ou omissão, é porque ela valorou positivamente a omissão ou ação contrária, configurando-a assim como dever, e sancionou o descumprimento. Nesse sentido, há uma relevante tentativa de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA para categorizar diferentes tipos de sanção processual: (1) restrição ou até perda de direitos ou faculdades processuais; (2) multas processuais sem caráter penal; (3) penas propriamente ditas; (4) imposição da obrigação de reparar os prejuízos, com prestação pecuniária (J. C. BARBOSA MOREIRA. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. In: _____. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 16-35, aqui p. 18-19). Mais recentemente, WILLIAM SANTOS FERREIRA, tratando especificamente das medidas coercitivas destinadas a garantir o cumprimento de uma “obrigação” *processual*, dentro da mais ampla distinção entre as técnicas executivas diretas, ou sub-rogatórias, e as técnicas executivas indiretas, ou coercitivas, dividiu as últimas em patrimoniais, pessoais e probatórias; nesta última categoria, trata-se justamente da presunção de veracidade (W. S. FERREIRA. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: M. F. JOBIM; W. S. FERREIRA. *Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 369-86 [Coleção *Grandes Temas do Novo CPC*, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 5], aqui p. 382). Em monografia clássica, JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO propôs, mais que uma categorização, uma gradação de sanções: “Temos, então, numa ordem relativa, sob o ponto de vista da gravidade do ilícito processual: a) nulidade do ato abusivo; b) multa, ou custas agravadas; c) condenação em perdas e danos; d) responsabilidade criminal” (J. O. de CASTRO FILHO. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 177).

¹⁶⁴ Sobre as quais, cf. F. D’AGOSTINO. Sanzione (teoria generale). In: F. SANTORO-PASSARELLI (dir.). *Enciclopedia del Diritto*: volume 41, rivendicazione-separazione. Milano: Giuffrè, 1989, p. 303-328.

¹⁶⁵ N. BOBBIO. *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1958, p. 188.

¹⁶⁶ IDEM, *Ibidem*.

¹⁶⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 197, grifos do autor. Na mesma linha: “uma das características da norma jurídica está em que nelas a sanção é sempre prevista ou por ela mesma ou por outra norma.” (T. S. FERRAZ JR. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. In: S. FERRAZ (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 7-37, aqui p. 24.).

[é] uma ação irreduzível à lógica da socialidade, isto é, que é significativa apenas para o sujeito que age e para mais ninguém”.¹⁶⁸ Logo, seria norma com déficit de intersubjetividade e, assim, de juridicidade.

Essas ideias já estavam presentes no importante artigo “Social sanctions” que ALFRED REGINALD RADCLIFFE-BROWN publicou, em 1933, na *International Encyclopaedia of the Social Sciences*. De acordo com o antropólogo, uma sanção “é a reação, pela sociedade ou por um número considerável de seus membros, a um modo de comportamento que é por meio dela aprovado (sanções positivas) ou reprovado (sanções negativas)”.¹⁶⁹ É, assim, a aprovação ou a reprovação do comportamento – logo “uma afirmação direta dos sentimentos sociais da comunidade”¹⁷⁰ – que se opera por meio da sanção, seja ela positiva ou negativa, difusa ou organizada, com diferenças de grau e de qualidade. Em sua extensão, a sanção negativa desenha um largo arco que vai da mera expressão pública da desaprovação (por exemplo, por meio da “sanção satírica”,¹⁷¹ vale dizer, da ridicularização do comportamento) até a pena de morte.¹⁷²

Ao lembrar que sanção é termo cujo núcleo semântico, dedutível de sua etimologia, pode ser reconhecido como consistente “essencialmente em um juízo sobre o mundo, em um juízo por meio do qual o homem qualifica o mundo,”¹⁷³ D’AGOSTINO permite compreender a sanção como operação semiótica (que tem por base uma compreensão da conduta humana) a que se sobrepõe uma operação axiológica (a valoração da conduta humana),¹⁷⁴ a sustentar a operação pragmática pela qual se produzem os efeitos predeterminados pelo ordenamento para a

¹⁶⁸ D’AGOSTINO, Sanzione (teoria generale), *op. cit.*, p. 309.

¹⁶⁹ A. R. RADCLIFFE-BROWN. Social sanctions. In: _____. *Structure and Function in Primitive Society*. London: The Free Press, 1965, p. 205-11, aqui p. 205.

¹⁷⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 211.

¹⁷¹ IDEM, *Ibidem*, p. 206.

¹⁷² É exatamente nesse sentido que se pronunciou CARNELUTTI em texto de forte crítica a posição sustentada por ALLORIO, de que seria possível conceber uma norma jurídica sem sanção: “[o]nde não há sanção, portanto, não há direito (objetivo, entende-se), ainda que o ordenamento jurídico seja concebido como formado exclusivamente por normas jurídicas e antes exatamente por isso. Pode ocorrer que a sanção seja implícita ou explícita; pode ocorrer variedade de sanções e, em particular, uma gradação de energia entre elas; pode-se conceber como sanção até a reprovação social; mas uma sanção, reduzida que seja aos mínimos termos, não pode não existir” (F. CARNELUTTI. Il valore della sanzione nel diritto. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 10 (1), p. 237-48, 1955, aqui p. 247).

¹⁷³ D’AGOSTINO, Sanzione (teoria generale), *op. cit.*, p. 308.

¹⁷⁴ De acordo com o autor, após densa investigação etimológica que prepara uma impostação fenomenológica do problema da sanção: “[a] sanção – na perspectiva revelada pela análise etimológica – consiste essencialmente em um juízo sobre o mundo, n’aquele juízo por meio do qual o homem qualifica o mundo. E o homem qualifica o mundo distinguindo e separando; a sanção se inscreve, assim, a seu modo, na lógica daquele *Ur-theil*, que, de acordo com a hermenêutica de Hölderlin, retomada depois por Hegel, Heidegger e, por último, por Foucault, corresponde a uma partição originária entre sentido e não sentido. Sancionar é julgar; julgar é distinguir, saber distinguir. Aqui se coloca o início de todo discurso sobre a sanção” (F. D’AGOSTINO. *La sanzione nell’esperienza giuridica*. 5.ed. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 15).

conduta negativamente valorada.¹⁷⁵ Esses efeitos, no processo de institucionalização do direito, tendem a ser “o mais possível constantes, proporcionados, imparciais e certos.”¹⁷⁶

Em relação a esse ponto, é interessante notar que ELIO FAZZALARI constrói a noção de ônus de forma curiosa. Para o autor: “[Q]uando se constata que ao não exercício de uma faculdade ou de um poder, a lei processual prevê consequências prejudiciais para o titular daquela faculdade ou daquele poder (...), então se poderá indicar a faculdade ou o poder como ‘ônus’: como ato que o sujeito pode realizar ou não, mas cujo descumprimento se resolve em um dano a ele”.¹⁷⁷ Ora, se a norma prevê “consequências prejudiciais” ou um “dano” a alguém, vale dizer, uma sanção, é porque havia um imperativo (categórico) de adotar outro comportamento. Parece haver aqui a confusão entre uma “faculdade ou poder” em sentido fático (“pode-se” não pagar prestação no termo em que vence, i.e., é possível faticamente conduzir-se assim) e faculdade ou poder em sentido jurídico, posições subjetivas ativas que, por não implicarem subordinação a outrem, não podem ser “descumpridas” e, logo, não podem ensejar sanção.

Em alguns casos, a sujeição produz exatamente o mesmo resultado que seria obtido pelo cumprimento do dever. Assim, exemplificativamente, com referência a nosso direito processual vigente, quem não cumpre com o dever – pré-processual – de receber citação, a que é “convocado” (CPC/2015, art. 238) e que pode suprir com seu “comparecimento espontâneo” (CPC/2015, art. 239, §1º), será posto em posição de sujeição e citado será, ainda que fictamente (“dando por feita a citação”, CPC/2015, art. 253, §1º); quem não cumpre com o dever de trazer prova reputada necessária pelo juiz, já que “ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (CPC/2015, art. 378), ou mesmo pela outra parte (CPC/2015, arts. 396ss) estará sujeito a produzir a prova mesmo contra sua vontade, como via procedimento de exibição de documento ou de coisa, em que, descumprida a ordem, “o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial...” (CPC/2015, art. 403); quem, após sentença com eficácia condenatória, recusa-se a cumpri-la (CPC/2015, art. 523, §1º: “não

¹⁷⁵ Chega-se, assim, também, ao conceito de norma tal qual formulado por ANGELO ERMANNIO CAMMARATA: “a norma é precisamente *critério de valoração em termos de regularidade*: regularidade que se coloca não como um *quid* que é, mas como um *quid que deve ser* (...) retirado, de fato, o elemento da *necessidade prática*, a norma não é mais, logicamente, tal, mas uma mera construção intelectual, a representação (abstrata) de uma uniformidade de comportamentos” (A. E. CAMMARATA. Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica. In: _____. *Formalismo e sapere giuridico*: studi. Milano: Giuffrè, 1963, p. 245-93, aqui p. 273, grifos do autor).

¹⁷⁶ N. BOBBIO. Sanzione. In: Antonio AZARA; Ernesto EULA (dir.). *Novissimo Digesto Italiano*: volume 16. Torino: UTET, 1969, p. 530-40, aqui p. 539.

¹⁷⁷ E. FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 421.

ocorrendo pagamento voluntário...”), estará em posição de sujeição durante a fase de cumprimento de sentença, em que as posições jurídicas ativas se retraem relativamente à fase de conhecimento (CPC/2015, arts. 876ss, sobre a expropriação de bens).

Em outros casos, a sujeição da parte que deixa de cumprir um dever processual não produz o mesmo resultado, o que se evidencia sobretudo quando se trata de atos de linguagem,¹⁷⁸ que não podem ser substituídos eficazmente por atos independentes da vontade. Nesses casos, nasce para o juiz posição jurídica de poder, de conteúdo sancionatório, seja diretamente, seja mediatamente, pelo exercício de um direito que surge para a outra parte e cujo conteúdo é formular pedido ao juiz para que sujeite à sanção a parte que não cumpriu o dever.

Frequentemente, nessas hipóteses, a sujeição (a suportar os efeitos da sanção) se projeta para fora da relação processual, afetando posições jurídicas da parte sancionada que não decorriam da relação processual. Exemplificativamente, se aquele que “deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (CPC/2015, art. 5º) e, assim, “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (CPC/2015, art. 77, I), resolve “alterar a verdade dos fatos” (CPC/2015, art. 80, II), fica sujeito a pagar multa (CPC/2015, art. 81); se quem, sabendo que deve cooperar com os demais sujeitos do processo, para a obtenção de decisão de mérito justa e efetiva (CPC/2015, art. 6º), opõe “resistência injustificada ao andamento do processo” (CPC/2015, art. 80, IV), por exemplo, descumprindo obrigação de fazer infungível reconhecida por sentença (CPC/2015, art. 536), estará sujeito, além de multa sancionatória (CPC/2015, arts. 81 e 536, § 3º), a sofrer “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais” (CPC/2015, art. 139, IV) na expectativa de que enfim cumpra o dever e, se não o fizer, sujeito estará à execução pelas perdas e danos (CC/2002, art. 247).

Outras tantas vezes, em técnica que preserva a autonomia da relação processual, a sujeição (a suportar os efeitos da sanção) é endoprocessual, isto é, sem multas, medidas coercitivas, etc., mas apenas com modificação na situação das partes no processo, extinguindo posições ativas ou fazendo surgir posições passivas. Assim, exemplificativamente, se o réu citado não contesta a ação, tornando-se revel, “presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor” (CPC/2015, art. 344), e o réu será posto em

¹⁷⁸ Sobre o problema, amplo, da tutela específica, que é correlato ao problema dos deveres de fazer infungíveis no processo, cf., seletivamente, cf.: F. L. YARSHELL. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993; J. R. dos S. BEDAQUE. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; L. G. MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

posição de sujeição antecipada a um julgamento de mérito desfavorável (CPC/2015, art. 355, II) – *ergo*, há dever de contestar, o ordenamento quer que o réu conteste;¹⁷⁹ se a parte, “pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena” (CPC/2015, art. 385, § 1º) – *ergo*, há dever de depor, o ordenamento quer que a parte intimada deponha efetivamente.

Se a preclusão, em alguns casos, pode ser entendida como superação de posição de dever por posição de sujeição, depende, a nosso sentir, de o ordenamento ser ou não indiferente ao cumprimento ou descumprimento do ato (o que o erige em dever). Quando ROSENBERG, SCHWAB e GOTTWALD entendem que “o efeito preclusivo geral reforça o dever de movimentação do processo das partes”,¹⁸⁰ têm em mente caso desses. No processo civil brasileiro, entretanto, a despeito do uso recorrente da expressão “sob pena de preclusão” (art. 63, §4º; art. 209, § 2º; art. 278, *caput*; art. 293), a preclusão se opera em geral relativamente ao exercício de faculdades, e não de deveres, razão pela qual não pode ser tida por sanção. É também a conclusão de HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, que, embora retenha a categoria de ônus, liga a operação da preclusão a consequências que ocorrem “não porque a ordem jurídica esperava o comportamento ativo, mas porque o sujeita à disposição do interessado”.¹⁸¹

Conforme se vê, a relação jurídica processual é estruturada por um sofisticado mecanismo que opera a passagem das posições de direito/dever às posições de poder/sujeição, isto é, promovendo, na medida do possível, a aplicação da lei de forma cooperativa, mas dotando-se dos métodos possíveis para, na falta da cooperação, conduzir o processo a seu termo.

3.3. O dever de impugnação especificada dos fatos

Conclui-se do exposto nas seções precedentes que a impugnação especificada dos fatos na contestação, prevista no art. 341 do CPC/2015, é um *dever* do réu; com efeito, impugnar especificadamente as alegações de fato constantes da petição inicial não é conduta indiferente para o ordenamento, deixada ao arbítrio do réu, como se a ele apenas

¹⁷⁹ Se há efeito negativo é porque havia valoração positiva do ato de contestar, e, inexistindo indiferença do ordenamento, dever de contestar havia.

¹⁸⁰ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, §68, 3, p. 354.

¹⁸¹ SICA, *Preclusão processual civil*, *op. cit.*, p. 178-79.

interessasse (um “imperativo do próprio interesse”), mas valorada positivamente pelo direito; é conduta que, orientada pela necessidade própria ao imperativo categórico, não se condiciona pelos fins auto-impostos pelo sujeito, mas se impõe externamente a ele, encerrando em sua imperatividade uma finalidade objetiva (cf., *supra*, item 2.2).

A atribuição de valor pelo ordenamento à impugnação especificada, em que repousa a necessária externalidade que a alça à condição de dever jurídico, foi bem reconhecida por alguns autores desde antes mesmo do advento do CPC/1973. JOSÉ FREDERICO MARQUES, uma das vozes doutrinárias mais abalizadas durante a vigência do CPC/1939, cujo magistério, não menos que a própria atividade de elaboração legislativa de ALFREDO BUZUID, foi determinante para o sistema que se corporificou depois no CPC/1973, se pronunciou nestes termos no final da década de 1950:

O réu, em juízo, é também um colaborador da justiça. A contestação, por isso, além de peça de defesa, constitui um elemento para abrir caminhos e pesquisas na investigação da verdade. Ora, uma contestação de conteúdo genérico, que apresente tão-só uma negativa informe, refoge dessa função. O réu, em tal caso, longe de contribuir para a elucidação do litígio, estará criando problemas e controvérsias que poderiam ser evitados. Com a negação geral, a controvérsia se distende através de todos os ângulos e faces do pedido, tornando-se fluida e sem contornos definidos. A própria evidência e notoriedade podem ser tidas como objeto dessa negativa de caráter vago e de amplitude ilimitada.¹⁸²

Tão logo promulgado o CPC/1973, CALMON DE PASSOS reforçava a ideia de que o imperativo da impugnação especificada encerrava um valor absolutamente independente do cálculo pessoal dos indivíduos: “O princípio contido no art. 302 é salutar e sua admissibilidade, em termos mais rigorosos que os vigentes no direito anterior, será arma poderosa contra a chicana e o desnecessário e desmoralizante retardamento dos processos”.¹⁸³

¹⁸² J. FREDERICO MARQUES. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 153, grifos nossos.

¹⁸³ J. J. CALMON de PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 270 a 331. 3.ed. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 377.

As razões pelas quais o ordenamento promove determinada conduta à categoria de imperativo jurídico, subtraindo-a à indiferença, levam a considerações de outra ordem, às quais nos voltaremos mais à frente (cf., *infra*, capítulo 2). No entanto, conforme já exposto (cf., *supra*, item 3.2), não acreditamos que se deva pressupor uma metafísica do processo, destacando por exemplo sua “*natureza duelística*”,¹⁸⁴ que, a despeito da “*natureza pública*”¹⁸⁵ do processo, é “*inerente à liberdade de defesa dos direitos*”,¹⁸⁶ resultando – logo, também *naturalmente* – em que sejam “*raros os deveres das partes*”.¹⁸⁷ Cabe ao jurista, segundo pensamos, verificar de que forma o ordenamento está construído objetivamente, já que as razões para determinada conformação não se revelam como um *a priori* hermenêutico, mas se deduzem da juridicização (ou da não-juridicização) das condutas.

Isso não quer dizer que o interesse do réu não possa coincidir e efetivamente não coincida, no mais das vezes, com o dever da norma em comento, já que, muitas vezes, terá interesse em criar dúvidas para o juiz, relativizar o quanto afirmado na petição inicial, emprestar-lhe outras cores, e, por certo, quando possível, afirmar claramente a absoluta impossibilidade de que as coisas se tenham passado como as narrou o autor. Mas tudo isso é cálculo pessoal, é realidade do mundo fenomênico, constatação de fato que se encontra à margem do mundo jurídico. É o terreno próprio ao interesse, não ao imperativo jurídico, que canaliza e conforma o interesse possivelmente existente (cf., *infra*, capítulos 3 e 4).

Como no caso dos demais deveres processuais (cf., *supra*, item 3.2), o ordenamento jurídico prevê que, não havendo conduta colaborativa para o cumprimento do comando e – já que se trata de ato de linguagem insuscetível de ser substituído por ato de mesmo conteúdo sem a colaboração do réu – nasce uma posição de sujeição, consistente, no caso, na imposição, para a qual a vontade do réu é indiferente, de uma presunção de veracidade das alegações de fato constantes da petição inicial e não impugnadas, consequência que é efeito da sanção que integra o comando.¹⁸⁸

¹⁸⁴ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, §576, p. 240, grifos nossos.

¹⁸⁵ IDEM, *Ibidem*, n. 14, grifos nossos.

¹⁸⁶ IDEM, *Ibidem*, grifos nossos.

¹⁸⁷ IDEM, *Ibidem*, grifos nossos.

¹⁸⁸ Segundo DINAMARCO, “a presunção de existência dos fatos constitutivos é uma sanção à inércia do réu” (C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3. 7.ed. São Paulo: Malheiros, §1328, p. 629).

O processo italiano, na vigência do Código de Processo Civil de 1940, sofreu algumas reformas que levaram a intensa discussão doutrinária sobre a conduta do réu que não responde ou que não responde adequadamente às alegações do autor.

Em 1973, houve uma ampla reforma do processo do trabalho (disciplinado no título IV do Código de Processo Civil), que, de acordo com GIORGIO FRUS, teve, entre seus objetivos, “constranger as partes a ‘esvaziar o saco’ a respeito de seus argumentos nos atos postulatórios”.¹⁸⁹ Com a reforma, o art. 416.3 do Código determina, relativamente ao memorial defensivo (*memoria difensiva*) do réu, equivalente à contestação, o seguinte: “Em seu memorial, o réu deve tomar posição, de modo preciso e não limitado a uma contestação genérica, a respeito dos fatos afirmados pelo autor como fundamento da demanda, propor todas as suas defesas de fato e de direito e indicar especificamente, sob pena de decadência, os meios de prova de que pretende se valer e, particularmente, os documentos que deve depositar” (grifos nossos). Há uma relevante consequência no art. 423.1: “O juiz, por iniciativa da parte, em qualquer fase do juízo, determina por *ordinanza* o pagamento dos valores não contestados”.

Em 1990, a reforma incidiu sobre o rito ordinário, no mesmo sentido daquela de 1973. Segundo ANTONIO CARRATTA, tratava-se de uma “finalidade de valorização da fase preparatória do juízo, especialmente perseguida, ao que parece, pelas intervenções reformadoras de 1973 e 1990”.¹⁹⁰ Interessam particularmente os arts. 167.1 e 186-bis. O primeiro, bastante inspirado pelo art. 416.3, tem o seguinte teor atual: “No seu escrito de resposta, o réu deve propor todas as suas defesas, tomando posição sobre os fatos afirmados pelo autor como fundamento de sua demanda, indicar seus dados pessoais, os meios de prova de que pretende se valer e os documentos que oferece e formular suas conclusões” (grifos nossos). O segundo, introduzido pela referida reforma e inspirado pelo art. 423.1, dispõe, em sua redação atual: “Por iniciativa da parte, o juiz da instrução pode determinar, até o momento de apresentação das conclusões, o pagamento de valores não contestados pelas partes que se constituíram em juízo. Se o requerimento é proposto fora da audiência, o juiz determina o comparecimento das partes e designa termo para a notificação” (grifos nossos).

Naturalmente, os juristas italianos se debruçaram intensamente sobre essas reformas, produzindo ampla reflexão sobre o tema. BONA CIACCIA CAVALLARI, por exemplo, entende que as reformas criaram uma “técnica de julgamento, que adota um mecanismo processual excepcional relativamente à regra, que está na base do modelo ordinário de processo, segundo a qual a resolução das controvérsias depende da completa determinação dos fatos que baseiam o pedido, mesmo sem uma posição contrastiva expressamente formulada pela defesa.”¹⁹¹

¹⁸⁹ G. FRUS. Note sull'onere del convenuto di 'prendere posizione' nel processo del lavoro. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 45 (1), p. 63-103, mar. 1991, aqui p. 63.

¹⁹⁰ A. CARRATTA. *Il principio della non contestazione nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 182.

¹⁹¹ B. C. CAVALLARI. *La contestazione nel processo civile*: volume 2, la non contestazione, caratteri ed effetti. Milano: Giuffrè, 1993, p. 93.

Em meio a essas discussões, surgiu também debate sobre a natureza jurídica da injunção de tomar posição definida, geralmente tratada como ônus (ligado a um ônus de contestação).¹⁹² Por vezes, porém, pode-se identificar na doutrina a ideia de um dever de contestação, desdobrado em um dever de tomar posição definida sobre os fatos alegados pelo autor (paralelamente ao dever de impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro). É a posição de CAVALLARI: “ao ônus de se absolver para provocar uma resposta de mérito vinculada ao seu efetivo conteúdo, associa-se, então, com verdadeira autonomia e identidade conceitual, a obrigação da contestação, que assume o papel de um primeiro ato (de exercício do poder-dever) do contraditório substancial”.¹⁹³

Por mais que tenhamos em mente essas importantes reflexões no curso deste trabalho, não nos parece recomendável, contudo, proceder a uma transposição, para o processo brasileiro, da discussão doutrinária havida naquele país sobre as interessantes alterações do direito positivo aqui aludidas. Procuraremos esclarecer (cf., *infra*, capítulo 2) os caminhos pelos quais se chegou ao estado atual do direito vigente no Brasil, que apenas lateralmente sofreu influência do direito italiano – e certamente não das reformas de 1973 e 1990.

Embora, conforme visto (cf., *supra*, item 2.1), os processualistas brasileiros tenham em geral negado a qualidade de dever à impugnação especificada dos fatos na contestação, reputando-a “imperativo do próprio interesse” – o que, como expusemos (itens 2.2. e 2.3), não é, no entanto, um imperativo jurídico –, alguns estudiosos chegaram, ainda que sem percorrer o caminho argumentativo aqui traçado, à conclusão de que se trata de dever jurídico. JOSÉ FREDERICO MARQUES, perseguindo, sob o CPC/1973, a reflexão que iniciara na vigência do diploma anterior, distingue duas situações, segundo se trate de

¹⁹² É o caso, dentre muitos outros, de FABRIZIO DE VITA, comentando reforma mais recente, de 2009, que alterou o art. 115.1 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Salvo os casos previstos pela lei, o juiz deve pôr como fundamento da decisão, as provas propostas pelas partes ou pelo Ministério Público, *assim como os fatos não especificadamente contestados pela parte que se constituiu em juízo*” (grifos nossos). Segundo DE VITA, formulando problema caro a este trabalho (cf., *infra*, capítulo 3): “se subsiste um ônus geral de contestação dos fatos alegados pela outra parte no processo de conhecimento..., já que o relativo princípio é abstratamente aplicável a uma gama indefinida de atividades (ou inatividades) defensivas da parte..., coloca-se o problema de definir quais são as atividades (ou inatividades) que integram a não contestação; qual seja, então, o limiar defensivo dentro do qual ou além do qual os fatos alegados devam ser ou não considerados como contestados ou antes como pacíficos para fins da decisão” (F. de VITA. *Onere di contestazione e modelli processuali*. Roma: Dike, 2012).

¹⁹³ B. C. CAVALLARI. *La contestazione nel processo civile*: volume 1, la contestazione tra norme e sistema. Milano: Giuffrè, 1992, p. 9.

litígio sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis, de modo que, no primeiro caso, haveria ônus de responder,¹⁹⁴ mas, no segundo, verdadeiro dever.¹⁹⁵ Posteriormente, mas ainda sob a vigência do CPC/1973, CASSIO SCARPINELLA BUENO deu um passo adiante, ainda que tímido, e concebeu a impugnação especificada dos fatos como dever:

À luz dos *deveres* que norteiam a atuação dos litigantes e em nome da otimização da prestação jurisdicional, é impositivo que a impugnação dos fatos seja feita de forma ordenada, especificada, para que cada um deles possa ser devidamente examinado pelo magistrado e verificado se ele pode ou não ser considerado para a concessão da tutela jurisdicional ao autor ou ao réu.¹⁹⁶

Já sob o CPC/1939 (sobre o qual cf. *infra*, item 9.2), PEDRO BAPTISTA MARTINS, autor do anteprojeto, valeu-se de terminologia concorde com a aqui empregada, ao afirmar que “[a] lei erigiu em dever processual a faculdade que anteriormente assistia às partes de contestarem as alegações recíprocas.”¹⁹⁷ Afinal, como veremos prontamente no capítulo 2, há, na história do processo civil moderno, verdadeira tensão entre tomar a impugnação especificada dos fatos como um indiferente jurídico (logo, como faculdade) ou, valorando-a independentemente dos fins que se poderiam presumir serem os do réu, *rectius*, valorando-a absolutamente, juridicizá-la como dever jurídico.

¹⁹⁴ “Quando o litígio se configura como conflito de interesses disponíveis, a subordinação das partes a imperativos de ordem pública que promanam da relação processual, somente se opera através de ônus, porquanto estes não impõem aos contendores o sacrifício daqueles interesses suprimindo a liberdade de escolha, como ocorre em se tratando de obrigação ou dever. Autor e réu autodeterminam-se quanto ao comportamento que devam ter no processo, embora possam sofrer gravames ao descumprirem ônus que a lei lhes impõe. O ônus, portanto, não passa de um aspecto ou modo de ser dos poderes ou direitos conferidos às partes, sempre que o exercício desses poderes ou direitos é deixado à livre disposição dos respetivos titulares, na relação processual. Por essa razão é que o poder de resposta conferido ao réu, no art. 297, do Código de Processo Civil (...) constitui também um ônus” (J. FREDERICO MARQUES. *Manual de Direito Processual Civil*: volume 2, processo de conhecimento, parte 1. São Paulo: Saraiva, 1974, § 369, p. 66).

¹⁹⁵ “Tratando-se, porém, de direito indisponível, desaparece o ônus de contestar e de negar. Deve, nesse caso, ser chamado ao processo o Ministério Público (Cód. Proc. Civ., art. 82, nº III), quando então aqueles ônus são substituídos pelo *dever de contestar e de negar*” (IDEM, *Ibidem*, § 369, p. 68, grifos do autor).

¹⁹⁶ C. S. BUENO. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 2, tomo 1, procedimento comum, ordinário e sumário. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173, grifos do autor.

¹⁹⁷ P. B. MARTINS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, artigos 133 a 215. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 429.

Tomando por base algumas publicações surgidas após o advento do CPC/2015, pode-se tatear o estado atual da processualística brasileira no que tange à natureza jurídica do imperativo de impugnação especificada dos fatos.

São diversas as contribuições que simplesmente não se ocuparam da natureza jurídica da figura em comento, apenas reproduzindo a dicção legal “ônus”, sem dela tirar maiores consequências.¹⁹⁸ Outras justificam a categoria “ônus” explicitamente, de acordo com a tradição teórica a que se aludiu no item 2.1 e que se refutou nos itens 2.2 e 2.3 *supra*. É o caso de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, para quem “[o] réu não tem o dever ou a obrigação de impugnar os fatos deduzidos pela outra parte, mas sim o ônus de fazê-lo. Trata-se de uma faculdade que o demandado tem, e, caso não seja implementada, poderá acarretar-lhe prejuízo”.¹⁹⁹ De modo semelhante, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA caracteriza a impugnação especificada como ônus e, em nota,²⁰⁰ remete a ponto do livro em que distingue entre ônus e dever partindo de uma longa citação de CARNELUTTI.²⁰¹

Algumas formulações curiosas, sem sugerir qualquer alteração nesse quadro, apontam para uma tentativa de reprocessar o imperativo de impugnação especificada segundo a dicotomia, hoje muito difundida no Brasil, das espécies normativas em princípios e regras (cf., *infra*, capítulo 4). Assim, há quem fale, de um lado, em “princípio da impugnação especificada”²⁰² ou “princípio do ônus da impugnação especificada”,²⁰³ e, de outro, em “regra quanto ao ônus

¹⁹⁸ É o caso dos seguintes trabalhos: T. A. A. WAMBIER et alii. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 595; H. V. M. SICA. Comentário ao art. 341. In: T. A. A. WAMBIER (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 915-920, aqui p. 916; B. DANTAS. Comentário ao art. 341. In: A. do P. CABRAL; R. CRAMER (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 544; L. G. BONDIOLI. Comentário ao art. 341. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, arts. 318-538, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95-98, aqui p. 95-96; F. L. YARSELL; G. S. J. PEREIRA; V. S. RODRIGUES. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 334 ao 368. São Paulo: RT, 2016, p. 165-166 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por L. G. MARINONI e coordenada por S. C. ARENHART e D. MITIDIERO); R. KOICHEM. Da contestação no novo Código de Processo Civil de 2015: aspectos relevantes. In: L. B. de MACEDO; R. PEIXOTO; A. FREIRE (org.). *Procedimento Comum*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 206-223, aqui p. 216-217 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, volume 2, coordenada por F. DIDIER JR); A. F. CÂMARA. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 204; L. G. MARINONI; S. C. ARENHART; D. MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*: volume 2, tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015, p. 184; H. THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual*: volume 1. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 789-90; H. D. B. de PINHO. *Direito Processual Civil Contemporâneo*: volume 2. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 157.

¹⁹⁹ J. R. CRUZ e TUCCI. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 7, arts. 318 a 368. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219, n. 304 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por J. R. F. GOUVÊA; L. G. A. BONDIOLI e J. F. N. da FONSECA).

²⁰⁰ J. M. G. MEDINA. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: RT, 2015, p. 551, n. 174.

²⁰¹ IDEM, *Ibidem*, p. 308.

²⁰² A. I. AURELLI. Comentário ao art. 341. In: L. L. STRECK; D. NUNES; L. C. da CUNHA (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 498-99, aqui p. 498; C. S. BUENO. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 364; D. A. A. NEVES. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 593.

²⁰³ N. NERY JUNIOR; R. M. de A. NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 942.

da impugnação especificada dos fatos”²⁰⁴ ou “regra que impõe ao réu a contestação especificada das alegações de fato do autor”.²⁰⁵ Não é descabido ver nessa oscilação um reflexo indireto do problema relativo ao caráter absoluto ou não do imperativo, logo da configuração ou não de um *dever* jurídico de impugnação especificada dos fatos.

Muito relevantes, a seu turno, parecem-nos algumas obras que, sem propor, como aqui fizemos, que se abandone a categoria de “ônus” com base em uma reproposição das categorias das posições jurídicas, parecem, com graus diversos de explicitação, pô-la em cheque na qualidade de mero “imperativo do próprio interesse.” Caso de destaque é o de ARAKEN DE ASSIS, que compara a previsão do art. 341 com aquela da ZPO alemã, art. 138, II, que institui um dever de esclarecimento (*Erklärungspflicht* para as partes), e que é “antes um dever (*Pflicht*) que um ônus (*Last*)” (cf., *infra*, capítulo 4); a impugnação especificada, ou “manifestação precisa”, na glosa do autor, no entanto, a despeito do fato de que, segundo o autor, “descansa no dever de probidade processual”, “é essencialmente ônus”,²⁰⁶ sem que se entenda por que a comparação efetuada não ensejou a aplicação da categoria de dever.

Devem ser consideradas como evidência dessa tensão aquelas obras que, também mantendo a categoria de “ônus”, caracterizam o imperativo de impugnação especificada claramente como um imperativo que não depende dos fins a que se propõe a parte. Assim, para MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, uma das funções do art. 341 é “proibir a contestação por negativa geral, que está vedada no direito brasileiro”.²⁰⁷ No entender de FREDIE DIDIER JR., “[o] réu não pode apresentar a sua defesa, com a negativa geral das alegações de fato apresentadas pelo autor”.²⁰⁸ LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI entendem que “[o] ônus da impugnação específica exige que o réu, além de manifestar-se precisamente sobre cada um dos fatos, expresse fundamentação em suas alegações”.²⁰⁹ LEONARDO GRECO, por sua vez, entende que, “[q]uanto à negativa dos fatos, o réu tem o ônus de impugná-los especificamente, ou seja, deve opor-se a cada fato jurígeno alegado pelo autor”.²¹⁰

O parágrafo único do art. 341 traz um esclarecimento contrastivo ao problema em tela. Ao excepcionar o defensor público, o advogado dativo e o curador especial do dever

²⁰⁴ J. M. ARRUDA ALVIM NETTO. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p. 771.

²⁰⁵ L. G. MARINONI; S. C. ARENHART; D. MITIDIERO. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p. 438.

²⁰⁶ A. de ASSIS. *Processo Civil Brasileiro: volume 1, parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: RT, 2015, §330.2, p. 920.

²⁰⁷ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Código de Processo Civil Comentado, op. cit.*, p. 438, grifos nossos.

²⁰⁸ F. DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil: volume 1, introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. São Paulo: Juspodivm, 2015, p. 652, grifos nossos.

²⁰⁹ L. R. WAMBIER; E. TALAMINI. *Curso Avançado de Processo Civil: volume 2, cognição jurisdicional, processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16.ed. São Paulo: RT, 2016, p. 150, grifos nossos.

²¹⁰ L. GRECO. *Instituições de Processo Civil: volume 2, processo de conhecimento*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 60, grifos nossos.

da impugnação especificada dos fatos – já está claro que o termo “ônus” não dá conta do fenômeno –, o CPC/2015 elide a presunção de veracidade quando *o réu*, representado por aqueles profissionais – a redação é atécnica também nesse pormenor –, não impugne especificadamente as alegações de fato constantes da petição inicial.

Ponto sobre o qual se controverte, desde que, ainda sob a vigência do CPC/1973, a defesa da Fazenda Pública não mais ficou a cargo do Ministério Público (que, pela redação do CPC/1973, art. 302, par. ún., não se submetia ao dever de impugnação especificada dos fatos), por terem sido organizadas a Advocacia-Geral da União e as procuradorias dos Estados pela CF/1988 (arts. 131 e 132), é se o dever da impugnação especificada dos fatos também atinge os presentantes da Fazenda Pública. Partidários da tese argumentam com a presunção de legitimidade dos atos administrativos ou com a indisponibilidade dos direitos defendidos pela Fazenda Pública.²¹¹ Os adversários alegam a isonomia, o preparo técnico dos advogados públicos e que, em diversas oportunidades, o interesse público está sendo efetivamente defendido pelo particular.²¹² Ora, pela excepcionalidade da regra de subtração de determinados sujeitos ao dever de impugnação especificada, pela própria exclusão do Ministério Público do rol do par. ún. do art. 341, em contexto, ademais, em que o CPC/2015 buscou restringir os benefícios (prerrogativas, privilégios) da Fazenda Pública,²¹³ a solução que se impõe é a de que também os presentantes da Fazenda Pública estão sujeitos ao dever de impugnação especificada dos fatos. Critérios como inadmissibilidade da confissão e indisponibilidade do direito não estão *a priori* excluídos de consideração (cf., *infra*, item 15.6), mas tampouco criam presunção positiva em favor da Fazenda Pública.

Isso não quer dizer, por certo, que o réu, nessas condições, não tenha *interesse* em impugnar especificadamente, já que é mais provável que atinja posição de vantagem se assim o fizer do que se impugnar genericamente. Mas o interesse é cálculo pessoal, que fica à margem da normatividade. A presença de tais representantes do réu, índice da fragilidade da situação em que ele se encontra,²¹⁴ resulta na decisão de não valorar negativamente *a priori* a ausência de impugnação especificada dos fatos; do ponto de vista

²¹¹ Cf., por exemplo: L. C. da CUNHA. *A Fazenda Pública em juízo*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 94-95.

²¹² Cf., exemplificativamente: DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*: volume 1, *op. cit.*, p. 654. No direito português: J. LEBRE de FREITAS. *A confissão no direito probatório*: um estudo de direito positivo. Coimbra Coimbra Editora, 1991, p. 476, n. 43.

²¹³ Cf., sobre o ponto, as importantes contribuições em: J. H. M. ARAÚJO; L. C. da CUNHA (coord.). *Advocacia Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção *Repercussões do Novo CPC*, volume 3, coordenada por Fredie Didier Jr.).

²¹⁴ Segundo CRUZ E TUCCI, nesses casos, “[f]alta... aquilo que de mais importante deve existir na relação entre patrono e constituinte: diálogo pormenorizado sobre os fatos da causa.” (CRUZ e TUCCI, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 7, *op. cit.*, p. 224.)

jurídico, isso resulta em tornar a impugnação especificada uma faculdade: quando sua representação processual for aquela do parágrafo único, o réu pode impugnar especificamente os fatos ou não, havendo situação de liberdade (no interior da relação jurídica processual), de não-constrangimento da vontade.

Portanto, “imperativo do próprio interesse” pode haver seja no caso do regime geral estabelecido no *caput* do art. 341 do CPC/2015, seja no regime especial instituído pelo seu parágrafo único; porém, no regime geral, o (possível) interesse do réu se haverá com uma posição jurídica de dever, ao passo que, no regime especial, esse (também possível) interesse se expressará a partir de uma posição jurídica de faculdade.

Determinada assim a natureza jurídica da impugnação especificada dos fatos – em geral (art. 341, *caput*) dever, excepcionalmente (art. 341, par. ún.) faculdade –, torna-se necessário investigar o seu conteúdo, relevante no caso geral em que se trata de dever, para que se possa determinar quando o imperativo foi e quando não foi atendido. É a essa tarefa que estão dedicados os capítulos 3 e 4 deste trabalho, após o tratamento, no capítulo 2, sob uma perspectiva histórica, da complexa axiologia a que remete a tensão hermenêutica que ficou patenteada nas dificuldades da doutrina examinadas neste capítulo.

A falta de clareza sobre essa axiologia resulta em excessiva penumbra na relação do analista com seu objeto e, por isso, na constante confusão entre os valores pessoais e os valores do ordenamento. Quando a disparidade é reiterada e socialmente difundida, ficamos vivendo sob uma pluralidade de códigos de processo civil concomitantes e não sabemos qual deles está por detrás de cada porta.

CAPÍTULO 2

IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA DOS FATOS E SISTEMA AXIOLÓGICO:

A JURIDICIZAÇÃO DA RETÓRICA

Tratou-se conjuntamente de história e de análise crítica de um dogma: momentos não separáveis, pois sempre a teoria desenvolve e conclui um diálogo com o passado.¹

4. Considerações introdutórias: uma tensão persistente. 5. Embate entre valor verdade e valor liberdade no nascimento da retórica. 6. O predomínio do valor liberdade e a tradição retórica clássica. 6.1. Retórica aristotélica e direito romano. 6.2. A retórica clássica romana. 7. A nova axiologia do valor verdade e o processo romano-canônico. 7.1. Publicização do processo e cristianização da retórica. 7.2. Uma referência: a *Summa de ordine iudicario*, de Gratia Aretino (após 1237). 7.3. O dever de responder com clareza no processo romano-canônico. 8. O *ius proprium*, com especial atenção para o processo português. 8.1. Dos forais à legislação de AFONSO III. 8.2. As Ordenações do Reino. 9. O Brasil entre a tradição retórica e os caminhos da modernidade. 9.1. Brasil imperial. 9.2. Das codificações estaduais ao CPC/73.

4. Considerações introdutórias: uma tensão persistente

Em suas *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, publicadas entre 1789 e 1794 e adotadas desde 1815 “nas lições da cadeira de Direito pátrio do curso jurídico da Universidade de Coimbra”² e, desde a fundação dos cursos jurídicos, também no Brasil,³ o jurista

¹ N. IRTI. *Due saggi sul dovere giuridico: obbligo-onere*. Napoli: Jovene, 1973, p. 118.

² I. F. da SILVA. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo sexto. Lisboa: Imprensa Nacional, 1862, p. 351

³ Os livros II, III e IV das *Instituições* de Mello Freire foram traduzidos por alunos, ex-alunos e professores da Universidade de Direito de Olinda, na primeira metade do século XIX, para uso pelos discentes: P. J. de MELLO FREIRE. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular*: livro segundo, do direito das pessoas. Trad. Francisco Pereira Freire. Pernambuco: Typ. de Pinheiro & Faria, 1834; P. J. de MELLO FREIRE. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular*: livro terceiro, do direito das cousas. s/l: s/e, s/d [o exemplar de que nos valem, encadernado em conjunto com a tradução do livro segundo, perdeu a folha de rosto, tornando impossível localizar dados mais específicos da publicação, que não se puderam encontrar na internet; agrava a dificuldade o fato de que CANDIDO MENDES DE ALMEIDA alude apenas às três traduções de que ofereemos aqui a descrição completa: *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado d'El-Rey D. Philippe I*. 14ª edição.

português PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE DOS REIS (1738-1798) entendia inadmissível que o réu respondesse negando genericamente os fatos alegados pelo autor:

<p><i>Contestatio negativa ex clausula generali, veluti: Nego narrata, prout narrantur, et dicta, prout dicuntur; vel alia simili, ex qua qualis sit controversia, et quid speciatim reus adfirmet, vel neget, non plane intelligitur, prohibita est Ord. cit.; eam tamen admisit Alphons. eod. lib. tit. 57, ubi referuntur veteres adfirmativae et negativae contestationis formulae: hodiernae habentur apud Camin. de libell. Adnot. 40., Mend. in Prax. lib. III cap. IX, cet. Qui simpliciter rem confitetur, litem non contestatur, quia adversarii petitioni non contradicit; adeoque contestatio adfirmativa tunc fieri dicitur, cum quis intentionem actoris adgnosceit quidem et fatetur, sed adhuc se non teneri contendit, l. 9. C. de except.</i>⁴</p>	<p>A contestação negativa por cláusula geral, bem como – nego o que se narra do modo, porque se narra, e o que se diz da maneira, porque se diz – e outras semelhantes, é proibida pela citada Ordenação [l. 3, t. 51], pois assim não se sabe bem, qual seja a questão, e nem o que o réu especialmente afirma, ou nega. Todavia, ela é admitida pela Ord. Afons. do mesmo Livro T. 57, onde se referem as antigas formas de contestação afirmativa, e negativa. As modernas se acham em Caminha (De libell. Adnot. 40), Mendes de Castro (Prax. lib. III cap. IX, etc.). Aquele, que simplesmente confessa a coisa, não contesta a lide, porque não contradiz o petitório da parte contrária; e quando assim diz-se haver contestação <i>afirmativa</i>, quando alguém reconhece, e confessa na verdade a intenção do autor, porém afirma não estar ainda obrigado (L. 9, C. de except.)⁵</p>
---	--

ed. Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. liiii]; P. J. de MELLO FREIRE. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular* [contém os títulos X a XIV do livro III e os títulos I a V do livro IV]. Trad. Manoel Correa Lima. Pernambuco: Typographia de Santos & Companhia, 1839; P. J. de MELLO FREIRE. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular*: livro quarto, das obrigações e acções [contém os títulos VI a seguintes, correspondentes às “acções”]. Trad. Jozé Nicolau Regueira Costa. Pernambuco: Typ. Fidedigna de J. N. de Mello, s/d..

⁴ P. J. MELLII FREIRII. *Institutiones iuris civilis lusitani cum publici tum privati*: liber IV, de obligationibus et actionibus [1794]. Coimbra: Ex typis academicis, 1853, p. 145.

⁵ MELLO FREIRE, *Instituições de direito civil lusitano tanto públiuco como particular*: livro quarto, das obrigações e acções, *op. cit.*, p. 88

No entanto, um dos principais comentadores da obra de MELLO FREIRE, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (1745-1817), dito “DE LOBÃO”, ou “LOBÃO”,⁶ comentando fartamente outra obra recente dedicada ao processo civil lusitano, as *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, de JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA (1756-1819), de 1810,⁷ teve entendimento distinto. Em 1817, isto é, quase trinta anos após MELLO FREIRE e sob a vigência dos mesmos textos normativos, LOBÃO contrastava o texto das Ordenações (l. 3, t. 51) com previsões do direito estrangeiro e concluía pela *conveniência* de que o réu contestasse por negação (geral) para evitar que o autor corrigisse o libelo na réplica, aumentando assim as chances de vitória.

[N]ossa Ord., L. 3, T. 51, permite que o réu poderá contestar *negando* ou *confessando* directamente a acção do auctor, ou dizendo perfeitamente a verdade do caso, mas o Cod. Civ. do imperador José II, no § 5, diz que ‘O réu deverá na sua resposta recontar todas as circunstancias de facto narradas pelo auctor e responder sobre cada uma em particular sem equivoco e na mesma ordem em que ellas se acharem expostas no libello. Em consequencia é prohibido de se servir da clausula geral de denegação e outras semelhantes, que não serão de algum effeito’. Antes d’este codigo já na Allemanha havia a antiga semelhante lei de 1696, que refere Stryk, Vol. 12, Disp. 12, Membr. 2, § 8.

Nota. Qual d’estas legislações seja mais racional não me atrevo a julgar. Só sim affirmo ser praxe do nosso reino não só contestar na fórmula da dita lei, mas é uma cautela forense que quando o advogado do réu vê errado ou defeituoso o libello o contesta por negação para evitar que o auctor o emende na replica, Peg., Tom. 15, ad Ord., L. 3, T. 20, n. 47, Silva, ad Ord., L. 3, T. 20, § 5, n. 44, Maced., Dec. 58, n. 9, Pinell., in L. 2, Cod. *de Rescindend.*, P. 4, C. 3, n. 25.⁸

⁶ Cf. I. F. da SILVA. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo quinto. Lisboa: Imprensa Nacional, 1860, p. 351-52.

⁷ I. F. da SILVA. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo quarto. Lisboa: Imprensa Nacional, 1860, p. 93-95; M. LOBO da COSTA. Pereira e Sousa e o direito processual. *Revista de Processo* (São Paulo), n. 26, p. 132-39, abr./jun. 1982.

⁸ M. de A. e S. de LOBÃO. *Segundas linhas sobre o processo civil, ou antes addições às primeiras do Bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa* [1817]. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, p. 239.

Essa tensão, que se manifesta de forma aguda com relação ao problema da impugnação especificada dos fatos, é muito mais geral e profunda, parte que é da tensão histórica relativa ao grau de imperatividade da regulação do processo, isto é, ao grau de juridicização das condutas dos sujeitos processuais. Afinal, a conduta dos sujeitos que intervem em um processo judicial se compõe de atos necessários (deveres e sujeições e seus correlatos), que atendem a imperativos categóricos, e de atos de liberdade (faculdades e imunidades, com seus correlatos), que atendem a cálculos de conveniência desenhados de acordo com um plano estratégico, isto é, a imperativos hipotéticos (cf., *supra*, itens 2.2 e 2.3).

A *Retórica* de ARISTÓTELES (século IV a.C.) identifica essa dualidade com clareza, ao notar que algumas cidades impedem por lei que o orador se desvie da causa para atingir os afetos do juiz, ao passo que outras cidades não se servem de lei, mas coíbem essa conduta em uma relação dialógica com a audiência:

<p>ἅπαντες γὰρ οἱ μὲν οἴονται δεῖν οὕτω τοὺς νόμους ἀγορεύειν, οἱ δὲ καὶ χρῶνται καὶ κωλύουσιν ἔξω τοῦ πράγματος λέγειν, καθάπερ καὶ ἐν Ἀρείῳ πάγῳ, ὀρθῶς τοῦτο νομίζοντες⁹</p>	<p>uns pensam que as leis deveriam impor uma tal conduta, outros aplicam tal prin- cípio e impedem que se fale fora do as- sunto, como acontece no Areópago, cor- retamente assim considerando.</p>
--	---

Esse espaço de liberdade foi explorado por um discurso que, da Antiguidade em diante, conviveu com o jurídico, por muito tempo de forma pacífica, depois crescentemente de forma polêmica: o discurso retórico. Isso porque o sistema jurídico, em sua qualidade de sistema de valores,¹⁰ realizando apreciações diversas sobre que espaço preencher de imperativos categóricos e que espaço deixar livre aos imperativos hipotéticos, diante de uma viragem valorativa (cf., *infra*, item 7), passou a transformar em deveres e sujeições o que antes eram faculdades e imunidades que haviam sustentado todo o desen-

⁹ ARISTOTELE. *Retórica*. Ed. e Trad. Marco Dorati. Milano: Mondadori, 1996, 1, 1, 1354a, p. 4.

¹⁰ Na lição de CANARIS, “o sistema, devendo exprimir a unidade aglutinadora das normas singulares não pode, pelo que lhe toca, consistir apenas em normas; antes deve apoiar-se nos valores que existem por detrás delas ou que nelas estejam compreendidos” (C.-W. CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema* [2ª edição, 1982]. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 41.).

volvimento da retórica judiciária. Trata-se de processo a que aludiremos aqui como juridicização da retórica. Muito do que se tornou jurídico nasceu como liberdade na retórica – inclusive a impugnação especificada dos fatos.

5. Embate entre valor verdade e valor liberdade no nascimento da retórica

A retórica nasce acoplada ao direito e, mais especificamente, ao processo judicial.¹¹ Transmitindo lição dada por ARISTÓTELES em obra hoje perdida, CÍCERO (106-43 a.C.), em sua história da retórica em forma de diálogo, o *Brutus*, de 46 a.C., conta que os primeiros a desenvolver uma técnica oratória foram dois sicilianos em razão de controvérsias novas que passaram a ser submetidas aos tribunais, no século V a.C.:¹²

Itaque, ait Aristoteles, cum sublatis in Sicilia tyrannis res privatae longo intervallo iudiciis repeterentur, tum primum, quod esset acuta illa gens et controversiae nata, artem et praecepta Siculos Coracem et Tisiam conscripsisse—nam antea neminem solitum via nec arte, sed accurate tamen et describe plerosque dicere —; scriptasque fuisse et paratas a Protagora rerum illustrium disputationes, quae nunc communes appellantur loci.¹³

Então, diz Aristóteles, quando, tendo sido depostos os tiranos na Sicília, os assuntos privados, após um longo intervalo, foram novamente submetidos aos tribunais, pela primeira vez então, porque aquele povo era atilado e nascido para a controvérsia, os sicilianos Córax e Tísias escreveram uma técnica e preceitos – pois antes ninguém tivera o costume de falar de acordo com um método ou com técnica, embora a maioria falasse de modo acurado e ordenado –; Protágoras escreveu e publicou arrazoados de assuntos ilustres, que hoje são chamados lugares comuns.

Quando, nos decênios centrais do século, os mestres sicilianos introduzem a τέχνη ῥητορικὴ (técnica, ou arte, retórica) em Atenas, a partir de onde ela se difundirá de fato para o Ocidente, sobretudo pelo intermédio de Roma, a polémica se instaura, em face do

¹¹ Cf., com muitas referências, C. COOPER. Forensic oratory. In: I. WORTHINGTON (ed.). *A Companion to Greek Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007, p. 203-19.

¹² Para um panorama, cf. M. GAGARIN. Background and Origins: oratory and rhetoric before the sophists. In: I. WORTHINGTON (ed.), *A Companion to Greek Rhetoric*, op. cit., p. 27-36. Cf., também, G. A. KENNEDY. The Earliest Rhetorical Handbooks. *The American Journal of Philology*, n. 80 (2), p. 169-78, 1959.

¹³ CÍCERON. *Brutus*. Ed. e Trad. Jules Martha. 3.ed. Paris: Les Belles Lettres, 1960, XII, 46, p. 16.

desenvolvimento contemporâneo – em grande parte alimentado pelo conflito com a retórica, que ajuda a moldá-la no próprio contraste – da filosofia. Os diálogos platônicos são a fonte principal para a compreensão desse fenômeno de embate.

Refutando (a personagem) GÓRGIAS,¹⁴ em célebre diálogo platônico que deve datar de c. 380 a.C., (a personagem) SÓCRATES caracteriza a retórica como forma de sugerir uma opinião aos tribunais, e não de ensinar sobre o justo e o injusto:

<p>ἡ ῥητορικὴ ἄρα, ὡς ἔοικεν, πειθοῦς δημιουργός ἐστιν πιστευτικῆς ἀλλ’ οὐ διδασκαλικῆς περὶ τὸ δίκαιόν τε καὶ ἄδικον. (...) οὐδ’ ἄρα διδασκαλικὸς ὁ ῥήτωρ ἐστὶν δικαστηρίων τε καὶ τῶν ἄλλων ὄχλων δικαίων τε πέρι καὶ ἀδίκων, ἀλλὰ πιστικὸς μόνον.¹⁵</p>	<p>A retórica, assim, seria a realizadora da persuasão baseada na crença e não do ensino sobre o justo e o injusto. (...) De tal modo que o orador não ensina aos tribunais e às outras assembleias o justo e o injusto, mas lhes sugere uma opinião, e nada além disso.</p>
---	--

A retórica é, assim, para PLATÃO, indiferente à verdade, pouco lhe importando a realidade das coisas:

<p>οἶμαι, ὦ Γοργία, καὶ σὲ ἔμπειρον εἶναι πολλῶν λόγων καὶ καθεωρακένας ἐν αὐτοῖς τὸ τοιόνδε, ὅτι οὐ ῥαδίως δύνανται περὶ ὧν ἂν ἐπιχειρήσωσιν διαλέγεσθαι διορισάμενοι πρὸς ἀλλήλους καὶ μαθόντες καὶ διδάξαντες ἑαυτούς, οὕτω διαλύεσθαι τὰς συνουσίας, ἀλλ’ ἐὰν περὶ τοῦ ἀμφισβητήσωσιν καὶ μὴ φῆ ὁ ἕτερος τὸν ἕτερον ὀρθῶς λέγειν ἢ μὴ σαφῶς, χαλεπαίνουσί τε καὶ κατὰ φθόνον οἴονται τὸν ἑαυτῶν λέγειν, φιλονικοῦντας ἀλλ’ οὐ ζητοῦντας τὸ προκείμενον ἐν τῷ λόγῳ.¹⁶</p>	<p>Eu imagino, Górgias, que tenhas assistido, como eu, a muitas discussões e que tenhas percebido como é raro que os dois adversários comecem por definir exatamente o assunto de sua discussão, e depois se separem depois de se haverem instruído e esclarecido reciprocamente: no lugar disso, se estão em desacordo e se um deles percebe que o outro se engana ou não é claro, eles se irritam, acusam o adversário, e sua discussão é mais um embate que uma perquirição de um problema.</p>
---	--

¹⁴ Trata-se do grande e longevo orador siciliano, que “viajou pelo mundo grego, ensinando e proferindo discursos, especialmente em Atenas, onde se tornou uma figura conhecida” (J. A. E. BONS. *Gorgias the Sophist and Early Rhetoric*. In: I. WORTHINGTON (ed.), *A Companion to Greek Rhetoric*, *op. cit.*, p. 37-46, aqui p. 39.)

¹⁵ PLATON. *Oeuvres complètes*: tome III, 2^e partie, *Gorgias – Menon*. Ed. e trad. Alfred Croiset. 2.ed. Paris: Les Belles Lettres, 1935, 454e-455a, p. 120.

¹⁶ IDEM, *Ibidem*, 457c-457d, p. 123.

<p>αὐτὰ μὲν τὰ πράγματα οὐδὲν δεῖ αὐτὴν εἰδέναι ὅπως ἔχει, μηχανὴν δέ τινα πειθοῦς ἠύρηκέναι ὥστε φαίνεσθαι τοῖς οὐκ εἰδόσι μᾶλλον εἰδέναι τῶν εἰδόντων.¹⁷</p>	<p>A retórica não tem necessidade de conhecer a realidade das coisas; basta-lhe um certo procedimento de persuasão que ela inventou, para que pareça, diante dos ignorantes, mais sábia que os sábios.</p>
---	--

Na obra platônica, essa tensão se torna particularmente aguda, já que a caracterização da retórica se encontra inserida em discurso que se quer o avesso dela, discurso que pode ser pensado de acordo com a imagem – também platônica – de caça à verdade.¹⁸ É por isso que, no *Górgias*, mais à frente, SÓCRATES recrimina POLOS por adotar, no diálogo que estão entretendo, diálogo filosófico, argumentos que se usam nos tribunais, mas que não servem para a descoberta da verdade:

<p>ὦ μακάριε, ῥητορικῶς γάρ με ἐπιχειρεῖς ἐλέγχειν, ὥσπερ οἱ ἐν τοῖς δικαστηρίοις ἠγούμενοι ἐλέγχειν. καὶ γὰρ ἐκεῖ οἱ ἕτεροι τοὺς ἐτέρους δοκοῦσιν ἐλέγχειν, ἐπειδὴ τῶν λόγων ὧν ἂν λέγωσι μάρτυρας πολλοὺς παρέχονται καὶ εὐδοκίμους, ὁ δὲ τάναντία λέγων ἕνα τινὰ παρέχηται ἢ μηδένα. οὗτος δὲ ὁ ἔλεγχος οὐδενὸς ἄξιός ἐστιν πρὸς τὴν ἀλήθειαν.¹⁹</p>	<p>Ó caríssimo, tu buscas me refutar por procedimentos retóricos, como aqueles que ocorrem diante dos tribunais. Lá, um orador crê refutar o seu adversário quando ele pode produzir a seu favor muitos e ponderosos testemunhos, enquanto o outro tem um só ou nenhum. Mas esse tipo de demonstração é sem valor para descobrir a verdade.</p>
--	---

Contrapõe-se, assim, a retórica judiciária ao diálogo filosófico, baseado em perguntas e respostas – logo em uma situação dialógica, e não em um discurso monolítico²⁰

¹⁷ IDEM, *Ibidem*, 459b-459c, p. 125-26.

¹⁸ De acordo com formulação do diálogo *Sofista*, provavelmente de c. 360 a.C.: “Vamos, cabe a nós agora não mais soltar a presa. Ei-la, bem emaranhada nas teias em que a razão sabe prender essas presas. A nossa também não mais escapará, ao menos disso.” ἄγε δὴ, νῦν ἡμέτερον ἔργον ἤδη τὸν θῆρα μηκέτ’ ἀνεῖναι: σχεδὸν γὰρ αὐτὸν περιειλήφामεν ἐν ἀμφιβληστροῦ τι τῶν ἐν τοῖς λόγοις περὶ τὰ τοιαῦτα ὀργάνων, ὥστε οὐκέτ’ ἐκφεύξεται τόδε γε. (PLATON. *Oeuvres complètes*: tome VIII, 3^e partie, Le Sophiste. Ed. e trad. Auguste Diès. Paris: Les Belles Lettres, 1963, 235a-235b, p. 332.)

¹⁹ PLATON, *Oeuvres complètes*: tome III, 2^e partie, *op. cit.*, 471e-472a, p. 144.

²⁰ Como dissera SÓCRATES a GÓRGIAS, em fala metalinguística: “Consentiras, Górgias, com perseguir a conversa como começamos, por perguntas e respostas, guardando para outra ocasião essa amplitude do discurso pela qual Polos havia começado? Mas seja fiel à tua promessa e queira responder às minhas questões com brevidade” ἄρ’ οὖν ἐθελήσῃς ἂν, ὦ Γοργία, ὥσπερ νῦν διαλεγόμεθα, διατελέσαι τὸ μὲν ἐρωτῶν, τὸ δ’ ἀποκρινόμενος, τὸ δὲ μῆκος τῶν λόγων τοῦτο, οἷον καὶ πῶλος ἤρξατο, εἰς αὐθις ἀποθέσθαι; ἀλλ’

–, e a própria dinâmica das perguntas e respostas, pela qual os argumentos são propostos e refutados sucessivamente, é um exercício de purificação (κάθαρσις) em direção à descoberta da verdade. Conforme a personagem do ESTRANGEIRO no *Sofista*:

<p>διὰ ταῦτα δὴ πάντα ἡμῖν, ὦ Θεαίτητε, καὶ τὸν ἔλεγχον λεκτέον ὡς ἄρα μέγιστη καὶ κυριωτάτη τῶν καθάρσεων ἐστὶ, καὶ τὸν ἀνέλεγκτον αὖ νομιστέον, ἂν καὶ τυγχάνῃ βασιλεὺς ὁ μέγας ὢν, τὰ μέγιστα ἀκάθαρτον ὄντα, ἀπαιδευτόν τε καὶ αἰσχρὸν γεγονέναι ταῦτα ἢ καθαρώτατον καὶ κάλλιστον ἔπρεπε τὸν ὄντως ἐσόμενον εὐδαίμονα εἶναι.²¹</p>	<p>Eis então tantas razões para nós, Teeteto, declararmos que a refutação é aquilo que há de mais importante e de mais eficaz no que tange à purificação, e para acreditar também que manter-se à margem dessa provação, é, ainda que se fosse o Grande Rei, manter-se impuro com as maiores sujeiras e guardar a falta de educação e a feiura naquelas partes de si mesmo em que a maior pureza, a mais perfeita beleza são requeridas a quem queira alcançar a suprema felicidade.</p>
--	--

De um lado, nos discursos monolíticos dos adversários no tribunal, está a valorização do agonismo, já que, nas palavras de DEBRA HAWHEE, “levar a sério a emergência da retórica... requer uma reconfiguração da retórica como um encontro agonístico”;²² do outro, em uma situação dialógica em que argumento se opõe a argumento, está a preeminência de uma perseguição da verdade que é, ela mesma, manifestação de um ideal de justiça, conforme esclarece a personagem de SÓCRATES no diálogo *Teeteto*, provavelmente de c. 370 a.C.:

<p>ὅτι σὺ εἰ μὲν ἔχεις ἐξ ἀρχῆς ἀμφισβητεῖν, ἀμφισβῆται λόγῳ ἀντιδιεξεληθόν: εἰ δὲ δι' ἐρωτήσεων βούλει, δι' ἐρωτήσεων: οὐδὲ γὰρ τοῦτο φευκτέον, ἀλλὰ πάντων</p>	<p>Se queres retomar a discussão de seu começo para contrariá-la, contradiga-a examinando em detalhe o discurso. Se preferes o método interrogativo, que seja por</p>
--	---

ὄπερ ὑπισχνῆ, μὴ ψεύση, ἀλλὰ ἐθέλησον κατὰ βραχὺ τὸ ἐρωτώμενον ἀποκρίνεσθαι. (PLATON, *Oeuvres complètes*: tome III, 2^e partie, *op. cit.*, 449b, p. 111).

²¹ PLATON, *Oeuvres complètes*: tome III, 2^e partie, *op. cit.*, 471e-472a, p. 144.

²² D. HAWHEE. *Bodily Arts: rhetoric and athletics in Ancient Greece*. Austin: University of Texas Press, 2004, p. 16. No mesmo sentido se pronunciou NANCY WORMAN: “na realidade, ninguém ainda expôs a extensão em que a historiografia relativa à oratória clássica reflete (muito acriticamente) a falta de reconhecimento dos teóricos antigos relativamente ao agonismo da retórica e à sua fisicalidade performativa.” (N. WORMAN. *Fighting words: status, stature and verbal contest in archaic poetry*. In: E. GUNDERSON (ed.). *The Cambridge Companion to Ancient Rhetoric*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 27-42, aqui p. 30.)

μάλιστα διωκτέον τῷ νοῦν ἔχοντι. ποίει ’ μέντοι οὕτως: μὴ ἀδίκει ἐν τῷ ἐρωτᾶν. καὶ γὰρ πολλὴ ἀλογία ἀρετῆς φάσκοντα ἐπιμελεῖσθαι μηδὲν ἀλλ’ ἢ ἀδικοῦντα ἐν λόγοις διατελεῖν. ἀδικεῖν δ’ ἐστὶν ἐν τῷ τοιούτῳ, ὅταν τις μὴ χωρὶς μὲν ὡς ἀγωνιζόμενος τὰς διατριβὰς ποιῆται, χωρὶς δὲ διαλεγόμενος, καὶ ἐν μὲν τῷ παίξει τε καὶ σφάλλῃ καθ’ ὅσον ἂν δύνηται, ἐν δὲ τῷ διαλέγεσθαι σπουδάξῃ τε καὶ ἐπανορθοῖ τὸν προσδιαλεγόμενον, ἐκεῖνα μόνον αὐτῷ ἐνδεικνύμενος’ τὰ σφάλματα, ἃ αὐτὸς ὑφ’ ἑαυτοῦ καὶ τῶν προτέρων συνουσιῶν παρεκέκρουστο.²³

interrogações: é o método, mais que os outros, em que é impossível fugir; ele é, ao contrário, o melhor a perseguir para quem tem bom senso. Observe, nesse caso, esta regra: não conduzir tuas interrogações em espírito de injustiça. É grande, com efeito, a falta de razão, para quem se propõe um homem preocupado com a virtude, de não se ocupar em seus discursos senão em promover a injustiça. Ora, comete-se injustiça em tal matéria quando não se pratica separadamente a disputa oratória, de um lado, e a discussão dialogada, de outro; lá, jogando e abatendo o adversário sempre que se pode; mas, no diálogo, com ardor sério, pondo o adversário de pé, opondo a ele apenas as quedas devidas ou a seus próprios erros ou à prática equivocada de lições anteriores.

A ideia de que o diálogo filosófico, comprometido com a justiça e com a verdade, opera uma refutação purificadora, contrariando o discurso do parceiro do diálogo – com quem se criam laços de amizade²⁴ – de forma detalhada, mas justa, ao passo que a retórica judiciária, comprometida com o agonismo e aproveitando a liberdade de fala, aniquila o discurso do adversário da forma mais conveniente possível, apenas limitadamente poderia ser vista como a origem do debate sobre a impugnação especificada dos fatos no processo; ela é, mais que isso, o enquadramento primeiro em que tensões latentes no campo da retórica se manifestam na história ocidental. É em meio a essas tensões, processadas por séculos de escritos de arte retórica (retórica propriamente dita) e de discursos forenses (oratória judiciária), que a impugnação especificada nasce, primeiro como imperativo hipotético, depois, por meio da apropriação feita pelo direito, como imperativo categórico.²⁵

²³ PLATON. *Oeuvres complètes*: tome VIII, 2^e partie, Théétète. Ed. e trad. Auguste Diès. Paris: Les Belles Lettres, 1965, 167d-168a, p. 195-196.

²⁴ IDEM, *Ibidem*, 146a, p. 162.

²⁵ NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO bem apreendeu a relevância da oratória e da retórica para a compreensão da história do processo e destacou as *Istitutiones oratorias* (cf., *infra*, item 6.2), de QUINTILIANO,

6. O predomínio do valor liberdade e a tradição retórica clássica

A retórica, pintada por PLATÃO com cores fortes, frequentemente às raias de ser antagonista da virtude, surge, no entanto, na avaliação de MÉDÉRIC DUFOUR, descolando-se da moral: “ela deve ser apta a concluir nos dois sentidos contrários, de modo que a regra não é o imoralismo, inversão da moral recebida, mas o amoralismo, indiferença provisória relativamente ao imperativo [moral].”²⁶

6.1. Retórica aristotélica e direito romano

É nesse quadro que, na qualidade de estratégia possível, a refutação ponto por ponto do discurso do adversário em um debate judicial vem claramente formulada na *Retórica* de ARISTÓTELES. Um dos entimemas próprios à retórica judiciária, para a refutação dos argumentos do oponente, é justamente essa contraposição de argumento a argumento:

Os entimemas são, como os silogismos – ambos invenções do próprio ARISTÓTELES –, técnicas do pensamento dedutivo; no lugar de seus correspondentes nobres na lógica, os entimemas não partem, no entanto, de premissas necessárias e conhecidas para chegar a conclusões necessárias e desconhecidas, mas antes de premissas prováveis ou aceitas para chegar a conclusões cuja adesão se busca.²⁷

<p>ἄλλος ἐλεγκτικός, τὸ τὰ ἀνομολογούμενα σκοπεῖν, εἴ τι ἀνομολογούμενον ἐκ τόπων καὶ χρόνων καὶ πράξεων καὶ λόγων, χωρὶς μὲν ἐπὶ τοῦ ἀμφισβητοῦντος, οἷον “καὶ φησὶ μὲν φιλεῖν ὑμᾶς, συνώμοσεν δὲ τοῖς τριάκοντα”, χωρὶς δ’ ἐπ’ αὐτοῦ, “καὶ φησὶ</p>	<p>Outro [lugar de entimema], refutativo, consiste em examinar as contradições, isto é, se houver alguma contradição nas datas, nas ações ou nas palavras. De um lado, aplica-se ao adversário, por exemplo: “Dizes nos amar, mas juraste junto com os</p>
---	--

como “o livro de maior riqueza em matéria processual em todo esse período [Antiguidade Clássica]” (N. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. *Evolución de la doctrina procesal*. In: _____; *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*: tomo 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 293-331, aqui p. 296).

²⁶ M. DUFOUR. Introduction. In: ARISTOTE. *Rhétorique*: tome premier, livre I. Ed. Médéric Dufour. Paris: Les Belles Lettres, 1932, p. 5-25, aqui 13.

²⁷ Sobre a lógica aristotélica, cf.: G. ANAGNOSTOPOULOS (ed.). *A Companion to Aristotle*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009, p. 29-122; R. SMITH. Logic. In: J. BARNES (ed.). *The Cambridge Companion to Aristotle*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 27-65.

μὲν εἶναι με φιλόδικον, οὐκ ἔχει δὲ ἀποδείξει δεδικασμένον οὐδεμίαν δίκην”, χωρὶς δ’ ἐπ’ αὐτοῦ καὶ τοῦ ἀμφισβητοῦντος, “καὶ οὗτος μὲν οὐ δεδάνεικε πάποτε οὐδέν, ἐγὼ δὲ καὶ πολλοὺς λέλυμαι ὑμῶν”.²⁸

trinta.” De outro, aplica-se ao orador, por exemplo: “Dizes que eu amo ajuizar processos, mas não podes provar que eu tenha jamais ajuizado um processo.” De outro ainda, seja ao orador, seja ao adversário, por exemplo: “Ele nunca emprestou dinheiro, mas eu paguei o resgate para muitos de vós.”

εὐδοκιμεῖ δὲ μᾶλλον τῶν ἐνθυμημάτων τὰ ἐλεγκτικὰ τῶν ἀποδεικτικῶν διὰ τὸ συναγωγὴν μὲν ἐναντίων εἶναι ἐν μικρῷ τὸ ἐλεγκτικὸν ἐνθύμημα, παρ’ ἄλληλα δὲ φανερὰ εἶναι τῷ ἀκροατῇ μᾶλλον.²⁹

Os entimemas refutativos têm mais sucesso que os demonstrativos, pois o entimema refutativo opõe de forma estreita os contrários, e, postas uma ao lado das outras, as coisas aparecem de forma mais evidente para o ouvinte.

A técnica é eficiente em vários momentos do discurso, por exemplo no epílogo, segundo recomenda ARISTÓTELES ao tratar especificamente dessa parte da estrutura discursiva:

A teoria da partição do discurso oratório (τάξις) parece ter sido o foco dos primeiros tratados retóricos. ARISTÓTELES critica as divisões excessivas, entendendo que apenas duas são estritamente necessárias, a narração e a argumentação (de que se origina a nossa contraposição entre fatos e direito), mas admite um discurso estruturado em quatro partes: exórdio, narração, argumentação e epílogo (*Retórica*, III, 13, 1414b). Essa quadripartição do discurso é a divisão canônica que se impôs na tradição retórica, embora divisões com mais partes sejam encontradas.³⁰

ἀρχὴ δὲ διότι ἂν ὑπέσχετο ἀποδέδωκεν, ὥστε ἅ τε καὶ δι’ ὃ λεκτέον. λέγεται δὲ ἐξ ἀντιπαραβολῆς τοῦ ἐναντίου. παραβάλλειν δὲ ἢ ὅσα περὶ τὸ αὐτὸ ἄμφο

O ponto de partida é afirmar ter cumprido o que se havia prometido e, por consequência, deve-se dizer do que se tratava e por qual motivo. Pode-se fazer também [o

²⁸ ARISTOTELE, *Retorica*, op. cit., 1400a, p. 260.

²⁹ IDEM, *Ibidem*, op. cit., 1400b, p. 264.

³⁰ Cf. M. de BRAUW. The Parts of the Speech. In: WORTHINGTON (ed.), *A Companion to Greek Rhetoric*, op. cit., p. 187-202.

εἶπον, ἢ μὴ καταντικρὺ (“ἀλλ’ οὗτος μὲν τάδε περὶ τούτου, ἐγὼ δὲ ταδί, καὶ διὰ ταῦτα”) , ἢ ἐξ εἰρωνείας (οἶον “οὗτος γὰρ τάδ’ εἶπεν, ἐγὼ δὲ ταδί”, καὶ “τί ἂν ἐποίει, εἰ τάδε ἔδειξεν, ἀλλὰ μὴ ταδί”) , ἢ ἐξ ἐρωτήσεως (“τί οὖν δέδεικται;” ἢ “οὗτος τί ἔδειξεν;”). ἢ δὴ οὕτως ἢ ἐκ παραβολῆς ἢ κατὰ φύσιν ὡς ἐλέχθη, οὕτως τὰ αὐτοῦ, καὶ πάλιν, ἐὰν βούλη, χωρὶς τὰ τοῦ ἐναντίου λόγου.³¹

epílogo] partindo da comparação com o caso do adversário: confrontar, isto é, o que ambos disseram a respeito da mesma coisa ou sem confronto direto (“Ele sustenta tal coisa a propósito de tal ponto, enquanto eu digo esta outra coisa e por estes motivos), ou com ironia (por exemplo: “Ele disse essas coisas, eu estas outras. E o que teria ocorrido se ele tivesse demonstrado isso em vez daquilo?”) ou ainda como uma interrogação (“O que não ficou demonstrado?”; “O que ele conseguiu demonstrar?”). Pode-se retomar assim, com a comparação, ou ainda segundo a ordem natural em que os argumentos foram expostos: primeiro os próprios e depois, ainda, caso se queira, os do adversário, separadamente.

Construir o próprio discurso reportando os pontos do discurso do adversário e os refutando, está assim, indubitavelmente, no horizonte da retórica aristotélica, mas o final do último trecho acima transcrito evidencia que se trata de técnica inteiramente sujeita à escolha do orador, que a emprega se quiser. Por certo, o complemento necessário desse desenvolvimento é a existência de um modelo de processo que deixa amplo espaço de liberdade para a conduta livre, e agonística, das partes.

Em Roma, que recebeu a tradição da retórica grega de modo muito intenso na virada do séc. II para o I a.C.,³² o fenômeno pode ser estudado com certa precisão, devido aos testemunhos supérstites, mais abundantes que na Grécia.

Não é no direito processual romano arcaico e clássico que se encontrará uma regulação jurídica para o conteúdo da resposta do réu (sobre os períodos pós-clássico e justinianeu, cf., *infra*, item 7.1). No período das *legis actiones*, depois de uma troca de

³¹ ARISTOTELE, *Retorica*, op. cit., 1419b-1420a, p. 380.

³² Cf. S. C. STROUP. Greek Rhetoric Meets Rome: expansion, resistance, acculturation. In: W. DOMINIK; J. HALL (ed.). *A Companion to Roman Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007, p. 23-37.

pronúncias rituais preconcebidas, as partes compareciam diante do juiz e narravam a causa primeiro de forma breve, depois se pronunciavam de modo completo, segundo os testemunhos concordantes da Lei das Doze Tábuas e de GAIO:

<i>Rem ubi pacunt, orato.</i>	Quando [as partes] fazem a paz, anunciar-se-á.
<i>Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coniciunto.</i>	Se não fazem a paz, far-se-á uma breve explicação ³⁴ da causa, na assembléia ou no mercado, antes do meio dia.
<i>Com peroranto ambo praesentes.</i>	Então, ambos os presentes exponham [a causa] completamente. ³⁵
<i>Post meridiem praesenti litem addicito.</i>	Depois do meio-dia, [o juiz] julgará a disputa ³⁶ em favor do que está presente.
<i>Si ambo praesentes, sol occasus suprema tempestas esto.</i> ³³	Se ambos estiverem presentes, o pôr-do-sol será o último termo.
 <i>Deinde, cum ad iudicem uenerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breue coatio.</i> ³⁷	 Então, quando as partes chegavam diante do juiz, antes de exporem inteiramente a causa diante dele, costumavam expor o litígio de forma breve e quase indiciária; o que se chamava <i>collectio causae</i> , como uma coarctação de sua causa em modo conciso.

Veja-se que os termos são concordantes,³⁸ notadamente a ideia de que as partes, diante do juiz, expõem completamente a causa (*peroranto, perorarent*). As restrições são externas, relativas à bilateralidade (ambos devem falar) e ao tempo do discurso (duas

³³ *Remains of Old Latin*: III, Lucilius, Laws of the Twelve Tables. Ed. e Trad. E. H. Warmington. London/Cambridge, Ma: William Heinemann/Harvard University Press, 1941 (Coleção *The Loeb Classical Library*, volume 329, editada por L. A. Post e E. H. Warmington), I, 6-9, p. 428 e 430.

³⁴ Para esse sentido de *causam conicio*, citando como exemplo exatamente o trecho em questão, cf. P. G. W. GLARE (ed.). *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 407.

³⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 1349. Cf., também: M. KASER; K. HACKL. *Das römische Zivilprozessrecht* [1966]. 2.ed. München: C.H. Beck, 1996, p. 117, n. 16.

³⁶ Sobre o termo *addicere*, cf. H. LÉVY-BRUHL. *Recherches sur les actions de la loi*. Paris: Sirey, 1960, p. 208-210.

³⁷ GAIUS. *Institutes*. Ed. e Trad. Julien Reinach. Paris: Les Belles Lettres, 2003, IV, 15, p. 134-135.

³⁸ Há dúvida, entretanto, se *causam coniciunto* se refere à mesma realidade a que se refere Gaio falando em *collectio causae*. Cf. KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 116.

exposições, uma breve e uma completa), não à forma mesma de construção do discurso. A ideia de *peroro*, *perorare*, conforme indicam alguns testemunhos, parece ter conteúdo volitivo, isto é, trata-se de discorrer até o ponto em que o orador julgue ter falado o quanto queria.³⁹ Como bem notou LÉVY-BRUHL, a *peroratio* é “o pronunciamento oral das alegações, com todos os desenvolvimentos julgados necessários, ... [e] os debates poderiam continuar durante muitos dias.”⁴⁰

Tampouco no procedimento formular pesava sobre as alegações das partes a injunção de se desenvolver com constrictões argumentativas.

Na fase *in iure*, as partes colaboravam para desenhar a fórmula; de acordo com LEOPOLD WENGER, “as partes desenvolviam o procedimento diante do pretor com liberdade de palavras, tanto entre elas como com o magistrado judiciário.”⁴¹ A apresentação dos fatos da causa atende apenas ao imperativo de desenhar a fórmula de modo a que o juiz conheça os termos em que deverá fundamentar sua decisão. GAIO distingue as fórmulas *in quibus de iure quaeritur* (“nas quais se trata de direito”),⁴² das fórmulas *in factum conceptas* (“concebidas no fato”).⁴³ As primeiras remetem a previsões do *ius civile*,⁴⁴ ao passo que as segundas remetem ao *ius honorarium*;⁴⁵ nestas, segundo KASER e HACKL, o magistrado “repete o suposto de fato [presente no Edito] com todos os seus elementos no modelo da fórmula, como quintessência das condições sob as quais o juiz deve julgar o réu.”⁴⁶ A fórmula contém, no entanto, um suposto de fato extremamente conciso, interessando ao réu, nos debates que levam à fórmula definitiva, introduzir alguma exceção (*exceptio*) que lhe aproveite.⁴⁷

³⁹ Assim, por exemplo, na narrativa de Cornélio Nepos sobre o caso em que Fócio foi acusado de traição: *qua de re ne perorandi quidem ei data est facultas. Inde iudicio legitimis quibusdam confectis damnatus, traditus est undecimiris, quibus ad supplicium more Atheniensium publice damnati tradi solent* (“A respeito disso, não lhe foi dada a faculdade de apresentar de modo completo a sua causa. Depois de um juízo breve, ele foi condenado e entregue aos onze, a quem, de acordo com o costume ateniense, os condenados por crime público costumam ser conduzidos.”) CORNÉLIUS NEPOS. *Oeuvres*. Ed. e Trad. Anne-Marie Guillemin. Paris: Les Belles Lettres, 1923, XX, 4, 2, p. 123

⁴⁰ LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, *op. cit.*, p. 207.

⁴¹ L. WENGER. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. Trad. Otis Harrison Fisk. New York: Veritas, 1940, § 13, p. 133.

⁴² GAIUS, *Institutes*, *op. cit.*, IV, 45, p. 151.

⁴³ IDEM, *Ibidem*, IV, 46, p. 151.

⁴⁴ KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 327.

⁴⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 329.

⁴⁶ IDEM, *Ibidem*.

⁴⁷ WENGER, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, *op. cit.*, § 13, p. 135-36.

Na fase *apud iudicem*, lembra WENGER, “dava-se o principal campo de ação do orador,”⁴⁸ que expunha a causa, pelo autor e pelo réu, com ampla liberdade. Como notam KASER e HACKL, diante do juiz, os oradores apresentavam a causa buscando convencer os juízes “menos por meios jurídicos que por propaganda com meios psicológicos,”⁴⁹ de modo que o rico desenvolvimento da retórica – e logo as alegações das partes – “está além do direito processual,”⁵⁰ com o que se há de concordar se por direito processual, como é o caso na obra de KASER e HACKL, entendem-se aquelas regras que necessariamente deveriam conduzir o processo. Afinal, como lembra BONFANTE, no procedimento formular, “o juiz não é instrumento de busca da verdade, mas de sua constatação, ou melhor, da constatação de uma verdade simbólica e, de todo modo, formal.”⁵¹

As alegações, tão logo aberta a fase *apud iudicem*, dão-se “seja em forma de discurso efetivamente (*perorationes*), seja em forma de um vivaz e contínuo debate,”⁵² e aqui, como nas provas, reina “um regime de ampla liberdade.”⁵³ Dispomos do testemunho interessante do gramático romano AULO GÉLIO (c. 125-180 d.C.),⁵⁴ que, desde que começara a atuar como *iudex*, estudou conscienciosamente, mas constatou que os livros não ajudam o juiz “nas circumloções dos assuntos e no revolver ambíguo das argumentações diversas (*in... negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diversarum circumstantia*);”⁵⁵ em um caso particularmente difícil, resolve consultar-se com o filósofo FAVORINO (c. 80-c. 160 d.C.), que reconhece a complexidade do assunto, caracterizando as dificuldades do juiz, bem antes da sentença, diante do que “é dito diante dele a cada momento de forma confusa e multifária (*quae apud eum in praesens confuse varieque dicuntur*).”⁵⁶

A essa conjugação entre liberdade argumentativa das partes no curso do processo judicial e amplo desenvolvimento da retórica judiciária, vista como relevante plataforma

⁴⁸ IDEM, *Ibidem*, § 18, p. 194.

⁴⁹ KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 360.

⁵⁰ IDEM, *Ibidem*.

⁵¹ P. BONFANTE. *Storia del diritto romano*: volume primo. 4.ed. Torino: UTET, 1934, p. 452.

⁵² IDEM, *Ibidem*, p. 449

⁵³ IDEM, *Ibidem*, p. 451.

⁵⁴ O interesse desse texto para o estudo do processo civil romano foi reconhecido por: V. SCIALOJA. *Procedimiento civil romano*: ejercicio y defensa de los derechos. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEJA, 1954, p. 247-51.

⁵⁵ AULU-GELLE. *Les Nuits Attiques*: III, livres XIV à XX. Ed. e Trad. Maurice Mignon. Paris: Librairie Garnier Frères, 1934, XIV, 2, p. 18.

⁵⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 22.

para os postulantes ao *cursus honorum*,⁵⁷ devemos o processamento de muitas ideias relativas à atuação das partes em juízo que, em época posterior, sofreriam um processo de juridicização.

6.2. A retórica clássica romana

Os primeiros manuais retóricos romanos datam da década de 80 a.C.. O mais antigo deles, escrito por um anônimo por longo tempo identificado com CÍCERO, é a *Retórica a Herênio* (86-82 a.C.), cuja principal contribuição para a retórica judiciária é ser o primeiro a transmitir a doutrina de HERMÁGORAS (séculos II-I a.C.), nativo de Rodes e depois professor em Roma, a respeito dos “estados de causa” (*constitutiones, quaestiones, capita* ou *status causae*).⁵⁸ Trata-se de teoria ligada à *inuentio* e destinada a orientar a contraposição entre argumentos, identificando os pontos em que repousava a controvérsia, instaurada pela oposição do réu às alegações do autor. Por isso, Cícero pôde, em seu *Sobre a invenção*, pouco posterior à *Retórica a Herênio*, definir os estados de causa como “a repulsa da tese da acusação, em geral e em qualquer de suas partes” (*constitutio et ipsa et pars eius quaelibet intentionis depulsio est*).⁵⁹ Trata-se, logo, de teoria que põe em evidência, na escolha do material, o contexto contraditório próprio à oratória forense, formado por acusação e resposta. Nesse contexto, há uma notável proliferação de interesse pelo modo de formulação dos argumentos do réu.

A inuentio é uma das três atividades principais do orador: *inuentio* (encontrar – nos repertórios de argumentos – os argumentos que servem ao discurso, isto é, escolhê-los); *dispositio* (ordenar os argumentos escolhidos na ordem mais efetiva); *elocutio* (encontrar as palavras e os ornamentos verbais mais aptos à persuasão).⁶⁰

Nessa tarefa de escolher os argumentos, a teoria dos estados de causa, tal qual recebida pelos romanos,⁶¹ entendia que “o estado de causa é o cotejo entre a primeira exposição do defensor

⁵⁷ Cf., sobre o ponto, M. C. ALEXANDER. Oratory, Rhetoric, and Politics in the Republic. In: DOMINIK, HALL (ed.), *A Companion to Roman Rhetoric*, op. cit., p. 98-108, especialmente p. 105-06.

⁵⁸ Cf. R. NADEAU. Classical Systems of Stases in Greek: Hermagoras to Hermogenes. *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, Durham, n. 2 (1), p. 53-71, 1959. Entre os romanos, a exposição de Quintiliano é particularmente completa: QUINTILIEN. *Institution Oratoire*: tomo II, livres II et III. Ed. e Trad. Jean Cousin. Paris: Les Belles Lettres, 1976, III, VI, p. 160-88.

⁵⁹ CÍCÉRON. *De l'invention*. Ed. e Trad. Guy Achard. Paris: Les Belles Lettres, 2018, I, X, 13, p. 68.

⁶⁰ Cf.: H. LAUSBERG. *Elementos de Retórica Literária*. 6.ed. Trad. R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 91-93. A elas, os tratados romanos acrescem a *memoria* e a *pronuntiatio*, embora com menos atenção.

⁶¹ Sobre essa recepção, cf.: A. C. BRAET. Variationen zur Statuslehre von Hermagoras bei Cicero. *Rhetorica: a Journal of the History of Rhetoric*, n. 7(3), p. 239-59, 1989.

e a acusação da outra parte (*constitutio est prima deprecatio cum accusatoris insimulatione conjuncta*).⁶²

Os três estados são brevemente caracterizados por CÍCERO em 46 a.C., no diálogo *Orator*: “todo debate judiciário ou político consiste em descobrir se a coisa é, o que ela é e de que qualidade ela é; se ela é, descobre-se por indícios; o que ela é, por definições; de que qualidade ela é, pelos polos do bem e do mal” (*[n]am quoniam, quicquid est quod in controuersia aut in contentione uersetur, in eo aut sitne aut quid sit aut quale sit quaeritur; sitne, signis; quid sit, definitionibus; quale sit, recti prauisque partibus*).⁶³ A *Retórica a Herênio* nomeia-os (*constitutiones*) *coniecturalis*, *legitima* e *juridicialis*, que mais bem se traduziriam por conjectural (ou de fato), legal (ou de direito) e moral (ou de equidade).

Esse interesse se verifica desde logo nos tratados retóricos. A própria *Retórica a Herênio* desenvolve a ideia de que haja correspondência entre o que diz o autor e o que diz o réu:

<p><i>Item uerendum est ne de alia re dicatur, cum alia de re controuersia sit; inque ejusmodi uitio considerandum est ne aut ad rem addatur quid aut quippiam de re detrahatur, aut tota causa mutata in aliam causam deriuetur (...) Item considerandum est ne aliud accusatoris criminatio contineat, aliud defensoris purgatio purget, quod saepe consulto multi ab reo faciunt angustiis causae coacti; ut si quis, cum accusetur ambitu magistratum petisse, ab imperatoribus saepe numero apud exercitum donis militaribus se dicat notaum esse. Hoc si diligenter in oratione aduerariorum obseruauerimus, saepe deprehendemus eos de ea re quod dicant non habere.</i>⁶⁴</p>	<p>Deve-se evitar ainda, quando a controvérsia é relativa a uma questão, que não se fale sobre outra; a esse respeito, deve-se atentar para não dizer nada de inútil, para nada omitir ou ainda para não se desviar da causa, de modo que ela se torne outra inteiramente (...) Ainda é preciso tomar cuidado para que a denúncia do acusador não contenha uma coisa e a defesa do defensor outra, o que frequentemente muitos oradores fazem de propósito quando falam pelo réu, coarctados pelas dificuldades da causa; como se alguém, por exemplo, sendo acusado de suborno na busca de uma magistratura, respondesse que, no exército, os generais lhe deram muitas recompensas. Se, nos discursos dos nossos adversários, nós atentarmos para esse</p>
--	--

⁶² *Rhétorique à Hérennius*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Librairie Garnier Frères, 1932, I, XI, 18, p. 22.

⁶³ CÍCERON. *L'Orateur – Du meilleur genre d'orateurs*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Les Belles Lettres, 1921, XIV, 45, p. 19-20.

⁶⁴ *Rhétorique à Herennius*, *op. cit.*, II, XXVII, 43, p. 88.

ponto, nós os surpreenderemos frequentemente não tendo nada que dizer sobre a causa.

Há uma nítida valorização da aderência do discurso do réu ao discurso do autor, um argumento se contrapondo ao outro, mas isso no âmbito de um discurso que aconselha, especialmente para que seja possível, quando se está do outro lado, tirar proveito de quem não respeita essa aderência, até porque, em outro ponto da obra, o autor, ao falar da figura da *occultatio*, trata de casos em que convém não dizer certas coisas claramente, para que elas não sejam refutadas com facilidade.⁶⁵

Em suas obras retóricas, informadas pela teoria dos estados da causa e muito respeitosa à lógica silogística aristotélica, na modalidade dos entimemas retóricos, CÍCERO chega ao ponto de erigir a refutação em uma nova partição do discurso, seja de modo autônomo (*reprehensio*, no *Sobre a invenção*),⁶⁶ seja transformando a argumentação (*confirmatio*) em uma partição subdividida (*confirmatio et reprehensio*, nas *Partitiones oratoriae*).⁶⁷ Em uma afirmação condensada, CÍCERO indica o alto valor argumentativo de uma refutação ponto por ponto do que disse o adversário:

*Aut totum est negandum quod in argumentatione adversarius sumpserit, si fictum aut falsum esse possis docere, aut redarguenda ea quae pro verisimilibus sumpta sint: primum dubia sumpta esse pro certis, deinde etiam in perspicue falsis eadem posse dici, tum ex eis quae sumpserit non effici quod velit. Incidere autem oportet singula: sic universa frangentur.*⁶⁸

Deve-se ou negar tudo o que o adversário incluir em sua argumentação, se podes mostrar que é fabricado ou falso ou refutar aquilo que é tomado como verossímil: primeiro, [o adversário] tomou coisas dúbias como certas, depois se pode dizer o mesmo até nas coisas evidentemente falsas, e enfim, a partir do que ele argumentou, não se pode concluir o que ele quer. Convém combater as coisas uma a uma: assim o todo desmoronará.

⁶⁵ IDEM, *Ibidem*, IV, XXVII, 37, p. 212.

⁶⁶ CÍCÉRON, *De l'invention*, op. cit., I, XIV, 19, p. 75.

⁶⁷ CÍCÉRON, *Divisions de l'Art Oratoire – Topiques*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Les Belles Lettres, 1990, IX, 33, p. 15.

⁶⁸ CÍCÉRON, *Divisions de l'Art Oratoire*, op. cit., XII, 44, p. 18-19, grifos nossos na tradução.

O rétor QUINTILIANO (c. 35-c. 100 d.C), escrevendo sua monumental *Educação do orador* (c. 95 d.C.) por volta de um século e meio após CÍCERO, adota tom claramente pragmático a respeito das diferentes operações realizadas pelo orador, já que o objetivo do orador “não é apenas instruir; a eloquência vale sobretudo para comover (*non enim solum oratoris est docere, sed plus eloquentia circa mouendum ualet*)”.⁶⁹ Diante dessa compreensão, a forma de refutar os argumentos do adversário obedece apenas ao imperativo da conveniência, como fica evidente, exemplificativamente, nas seguintes passagens, que lidam com o problema da escolha entre uma refutação feita ponto por ponto, a partir do discurso do autor, e uma refutação feita de modo genérico:

*Videndum etiam, simul nobis plura aggregi-
dienda sint an amolienda singula. Plura
simul invadimus, si aut tam infirma sunt,
ut pariter impelli possint, aut tam molesta,
ut pedem conferre cum singulis non expe-
diat; tum enim toto corpore obnitendum
et, ut sic dixerim, directa fronte pugnan-
dum est.*⁷⁰

Deve-se examinar também se nós devemos atacar muitos argumentos do adversário de uma vez ou refutá-los um a um. Nós tomamos um a um se eles são fracos o bastante para ser destruídos simultaneamente ou se são tão incômodos que não convenha nos medir contra cada um; então, devemos nos aplicar contra o todo e, por assim dizer, lutar de frente.

*Itaque propositio quoque secundum hanc
utilitatem accommodabitur, ut ea nunc
singula ostendamus, nunc complectamur
universa. Nam interim quod pluribus
collegit adversarius, sat est semel propo-
nere; ut, si multas causas faciendi, quod
arguit, reo dicet accusator fuisse, nos, non
enumeratis singulis, semel hoc in totum
negemus, quia non, quisquis causam faci-
endi sceleris habuit, et fecerit. Saepius ta-
men accusatori congerere argumenta, reo
dissolvere expedit.*⁷¹

Então, a apresentação da refutação será regulada de acordo com as exigências do momento; nós deveremos às vezes avançar os argumentos isoladamente, às vezes agrupá-los todos juntos. Pois, às vezes, basta concentrar em uma única proposição aquilo que o adversário retirou a várias fontes; por exemplo, se o acusador diz que o réu teve muitas razões para cometer o ato incriminado, nós deveremos, sem retomar ponto por ponto, negar tudo em bloco, pois ter tido razões para cometer um crime não implica tê-lo cometido.

⁶⁹ QUINTILIEN. *Institution Oratoire*: tome III, livres IV et V. Ed. e Trad. Jean Cousin. Paris: Les Belles Lettres, 1976, IV, 5, 6, p. 85.

⁷⁰ IDEM, *Ibidem*, V, 13, 11, p. 186.

⁷¹ IDEM, *Ibidem*, V, 13, 13-15, p. 186-87.

Mais frequentemente, no entanto, interessa à acusação acumular argumentos, e ao réu refutá-los separadamente.

Afinal, para QUINTILIANO, “os métodos de defesa não são submetidos a uma lei única nem a uma regra fixa: é preciso considerar, em cada caso, de acordo com as circunstâncias, o que pode ser útil (*neque enim una est lex defensionis certumque praescriptum: pro re, pro tempore intuenda quae prosint*).”⁷² Fica evidenciado assim que, no seio de um procedimento judicial em que as alegações das partes não sofriam limitação legal de forma, tratava-se de preparar a defesa em bases exclusivamente estratégicas. Mesmo a teoria dos estados de causa, que promove uma espécie de focalização do discurso defensivo, guiava-se por um cálculo, e não por necessidade.

Completam a visão sobre o ensinamento dos rétores algumas poucas obras que aproximam da sala de aula oratória. Trata-se de trabalhos como o de SÊNECA RÉTOR (54 a.C.-c. 39 d.C.), que, em suas *Controversiae* e *Suasoriae*, apresenta uma recordação dos exercícios escolares de que participou: a apresentação de um caso hipotético, sobre o qual os alunos desenvolviam discursos opostos (*declamationes*), relativos seja ao gênero judiciário (*controversiae*), seja ao gênero político (*suasoriae*).⁷³

Há amplo espaço para recordações de oradores: OTHO IUNIUS, que “costumava se sair bem em controvérsias difíceis, aquelas em que era necessário um meio termo entre o silêncio e a sustentação aberta (*solebat difficiles controversias belle dicere, eas in quibus inter silentium et (apertam) actionem medio temperamento opus erat*)”;⁷⁴ CESTIUS estava entre aqueles que “misturavam acusação e defesa (*permiscuerunt accusationem ac defensionem*)”,⁷⁵ mas SÊNECA adverte que “isso nem sempre aproveita: especialmente aquele cuja causa é mais fraca não encontra qualquer utilidade em pôr as causas lado a lado; pode-se dissimular melhor os pontos fracos quando não são comparados (*hoc non semper expedit: utique ei, qui imbecillio rem partem habet, non est utile comminus congrédi; facilius latent quae non comparantur*)”.⁷⁶

Em obra semelhante, ainda que mais sintética e fragmentária, um rétor certamente do círculo de QUINTILIANO permite observações semelhantes, por exemplo ao alertar para a importância

⁷² IDEM, *Ibidem*, IV, 2, 84, p. 62.

⁷³ Cf., sobre esse contexto: C. STEEL. *Roman Oratory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 45ss.

⁷⁴ SÊNEQUE LE RHÉTEUR. *Controverses et suasoires*: tome premier. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Garnier Frères, 1902, II, 1, 33, p. 135.

⁷⁵ SÊNEQUE LE RHÉTEUR. *Controverses et suasoires*: tome deuxième. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Garnier Frères, 1902, VII, 5, 7, p. 60.

⁷⁶ IDEM, *Ibidem*.

da *dispositio* e ponderar as implicações de excluir pontos difíceis: “E certamente declamadores podem deixar de lado os pontos mais difíceis da controvérsia, talvez com razão: mas é quase o próprio da divisão o mostrar o esqueleto e articulações da controvérsia, e, segundo eu penso, a declamação deve fazer o mesmo. (*Et sane asperiores in controversia partes fortasse recte declamatores relinquant: divisio paene hoc proprium habet, ostendere ossa et nervos controversiae, et, secundum meum quidem iudicium idem praestare declamatio debet.*)”.⁷⁷

Para além dos manuais retóricos, o aprofundado interesse dos rétores e oradores romanos no discurso defensivo se evidencia em testemunhos relativos à própria prática forense. Interessam-nos particularmente as epístolas de PLÍNIO, O JOVEM (61-113 d.C.), que fora aluno de QUINTILIANO,⁷⁸ orador afamado que frequentemente comentava com seus correspondentes os processos de que participara ou a que assistira.⁷⁹

Escrevendo certa feita a respeito de RÉGULO, colega com quem se desentendia frequentemente, PLÍNIO relata que aquele contrastou as formas pelas quais cada um dos oradores se opunha aos argumentos do opositor:

<p><i>Dixit aliquando mihi Regulus, cum simul adessemus: 'Tu omnia quae sunt in causa putas exsequenda; ego iugulum statim video, hunc premo.' Premit sane quod elegit, sed in eligendo frequenter errat. Respondi posse fieri, ut genu esset aut talus, ubi ille iugulum putaret. At ego, inquam, qui iugulum perspicere non possum, omnia pertempto, omnia experior, πάντα δὲ νικήω.</i>⁸⁰</p>	<p>Certa vez, disse-me Régulo, quando defendíamos a mesma parte: ‘Tu julgas dever examinar inteiramente todos os pontos da causa; eu vejo imediatamente a jugular e a aperto.’ Ele aperta certamente o que ele escolhe, mas, escolhendo, frequentemente erra. Eu respondi que poderia ocorrer de o que ele julgava ser a jugular ser o joelho ou o calcanhar. Mas respondi que, não conseguindo achar a jugular, tento tudo completamente, toco</p>
---	---

⁷⁷ [QUINTILIAN.] *The Lesser Declamations*: volume 1. Ed. e Trad. D. R. Shackleton Bailey. Cambridge, Ma/London: Harvard University Press, 2006, 270, 2, p. 217.

⁷⁸ PLINE LE JEUNE. *Lettres*: tome III, livres VII-IX. 2.ed. Ed. e Trad. Anne-Marie Guillemin. Paris: Les Belles Lettres, 1959, p. 178-79.

⁷⁹ Cf. D. T. OLIVER. Roman Law as Illustrated in Pliny’s Letters. *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, n. 4 (2), p. 153-63, 1931. Para um comentário detalhado das cartas, cf. A. N. SHERWIN-WHITE. *The Letters of Pliny: a historical and social commentary*. Oxford: The Clarendon Press, 1966.

⁸⁰ PLINE LE JEUNE. *Lettres*: tome I^{er}, livres I-III. 4.ed. Ed. e Trad. Anne-Marie Guillemin. Paris: Les Belles Lettres, 1961, I, 20, 13-14, p. 41-42.

em tudo, viro toda pedra [πάντα λίθον κινῶ].

Plínio defende, assim, a superioridade de uma argumentação detalhada, ponto a ponto, em face de outra que se concentre em um único ponto que pareça melhor; mas a sanção da conduta de RÉGULO que desaprova é meramente fática – fica mais fácil errar a mão e perder a causa.

Em duas cartas excepcionais, PLÍNIO nos aproxima sobremaneira de nosso assunto e permite um último olhar para o que, na Antiguidade Clássica, aparecia como imperativo hipotético de impugnar especificadamente os argumentos da parte contrária. A primeira dessas cartas relata um processo a que PLÍNIO assistiu aconselhando o imperador, que presidiu ao julgamento, e em que a atenção do escritor foi chamada justamente pela forma das alegações:

*Egit uterque pro se, egit autem carptim et κατὰ κεφάλαιον, quo genere veritas statim ostenditur. Protulit Bruttianus testamentum suum, quod Atticini manu scriptum esse dicebat; hoc enim et arcana familiaritas et querendi de eo, quem sic amasset, necessitas indicabatur. Enumeravit crimina foeda manifesta; quae ille cum diluere non posset, ita regessit, ut dum defenditur turpis, dum accusat sceleratus probaretur. Corrupto enim scribae servo interceptat commentarios interceptideratque, ac per summum nefas utebatur adversus amicum crimine suo.*⁸¹

Cada uma das partes fez as alegações por si mesma, mas discursou pontualmente e κατὰ κεφάλαιον, modo pelo qual a verdade se evidencia imediatamente. Brutiano mostrou seu testamento que ele dizia ser escrito pela mão de Aticínio; esse fato provava o vínculo estreito entre eles e a necessidade de litigar com alguém que tanto quis bem. Ele enumerou em seguida os crimes vergonhosos, evidentes; crimes que o outro, não podendo dissolver, retorquiu com tal ímpeto, que, ao se defender, mostrou-se torpe, e ao acusar [Brutini-ano], mostrou-se vil. Tendo corrompido o escravo de um secretário, interceptara registros, dos quais cortara partes e – cúmulo da imoralidade – usava a sua vileza contra um amigo.

⁸¹ PLINE LE JEUNE. *Lettres*: tome II, livres IV-VI. 2.ed. Ed. e Trad. Anne-Marie Guillemin. Paris: Les Belles Lettres, 1962, VI, 22, 2-4, p. 128-29.

O uso da expressão *κατὰ κεφάλαιον* aqui (literalmente, “por cabeça”, isto é, por capítulo, por seção principal, em latim *per capita*), em conjunto com o advérbio *carptim*,⁸² é notável. Segundo um comentador, “os rétores chamavam *κεφάλαια* o resumo dos argumentos e os meios sobre os quais se apoiava uma causa. Defender uma causa *κατὰ κεφάλαιον* era expor sumariamente os meios de defesa.”⁸³

Posteriormente, JOHN CROOK⁸⁴ e SHERWIN WHITE⁸⁵ afirmaram tratar-se de referência a procedimento instaurado pelo imperador NERO (37-68 d.C.), que, “muito provavelmente por sugestão de Sêneca... abandonou a *actio* contínua e adotou uma inquirição ponto por ponto.”⁸⁶ Fundamentam-se em testemunho do historiador SUETÔNIO (69-141 d.C.), amigo de PLÍNIO,⁸⁷ que assim caracterizou a atividade jurisdicional desenvolvida por NERO:

<p><i>In iuris dictione postulatoribus nisi sequenti die ac per libellos non temere respondit. Cognoscendi morem eum tenuit, ut continuis actionibus omissis singillatim quaeque per vices ageret. Quotiens autem ad consultandum secederet, neque in commune quicquam neque propalam deliberabat, sed</i></p>	<p>Em suas funções judiciárias, respondia às partes⁸⁹ apenas no dia seguinte, e por libelos, sem açodamento, ao ouvir a causa. Observou o costume de, tendo suprimido os discursos contínuos, ouvir um a um, alternadamente, cada ponto. Sempre que se retirava para deliberar, no entanto, ele não opinava nada nem em comum nem</p>
--	--

⁸² Trata-se de advérbio tomado ao vocabulário rural (*carpo*, colher), significando literalmente, assim, “colhidamente”, ou, em sentido abstrato, escolhidamente, seletamente. Cf.: “Mas, retornado ao ponto em que, tendo começado o esforço, uma ambição ruim me detivera, eu decidi registrar por extenso os feitos do povo romano, de modo seletivo, conforme eles pareciam dignos de memória, especialmente porque meu espírito estava livre de esperança, de medo e de facciosismo (*sed, a quo incepto studioque me ambitio mala detinuerat, eodem regressus statui res gestas populi Romani carptim, ut quaeque memoria digna videbantur, perscribere, eo magis, quod mihi a spe, metu, partibus rei publicae animus liber erat.*)” (SALLUSTE. *Catilina – Jugurtha – Fragments des Histoires*. 5.ed. Ed. e Trad. Alfred Ernout. Paris: Les Belles Lettres, 1962, *Bellum Catilinae*, 4, p. 58.); “Responderás que aquilo que foi tomado por uma escolha não pode agradar tanto quanto o íntegro, o que foi começado tanto quanto o que foi realizado. Eu sei. E assim serão por mim julgadas como coisas começadas, serão examinadas como partes, e, na minha escrivania, aguardarão a tua última lima. (*Respondebis non posse perinde carptim ut contexta, perinde incohata placere ut effecta. Scio. Itaque et a me aestimabuntur ut coepta, spectabuntur ut membra, extremamque limam tuam opperientur in scrinio nostro.*)” (PLINE LE JEUNE, *Lettres*: tome III, *op. cit.*, VIII, 4, 7, p. 55.)

⁸³ *Lettres de Pline le Jeune suivies du Panégyrique de Trajan*. Paris: Ernest Flammarion, s/d., p. 171, n. 1.

⁸⁴ J. A. CROOK. *Consilium principis: imperial councils and counsellors from Augustan to Diocletian*. Cambridge: Cambridge University Press, 1955, p. 111-12.

⁸⁵ SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny, op. cit.*, p. 382.

⁸⁶ CROOK, *Consilium principis, op. cit.*, p. 112.

⁸⁷ Em uma carta, por exemplo, PLÍNIO intercede junto a seu amigo BEBIUS HISPANUS para tentar facilitar a compra de uma propriedade rural para Suetônio: PLINE LE JEUNE, *Lettres*: tome I^{er}, *op. cit.*, I, 24, p. 50. As cartas I, 18; III, 8; V, 10 e IX, 34 lhe são dirigidas por PLÍNIO. Sobre a relação, cf. PLINE LE JEUNE, *Lettres*: tome III, *op. cit.*, p. 183.

⁸⁹ Para o sentido de *postulare*, cf. KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht, op. cit.*, p. 232-33.

<i>conscriptas ab uno quoque sententias tacitus ac secreto legens, quod ipsi libuisset perinde atque pluribus idem Uideretur pronuntiabat.</i> ⁸⁸	em público, mas, lendo as argumentações escritas de cada parte, em privado, ele decidia o que lhe parecia melhor, e assim também parecia a muitos.
--	--

A referência é, sem dúvida, relevante, tanto o mais porque indica que, em contextos específicos, no âmbito da *cognitio extra ordinem* clássica, poderia haver ingerência sobre a forma da alegação, e isso exatamente no sentido de promover um confronto ponto por ponto entre argumentos das partes. KASER e HACKL entendem que NERO teria, de acordo com esse texto, “substituído [na jurisdição do *princeps*] o até então comum tratamento de todo o tema do processo como uma unidade, com discursos unitários das partes (ou advogados), por uma perquirição ponto por ponto.”⁹⁰ No entanto, conforme os mesmos autores advertem, “os *principes*, em seus julgamentos, em órgãos específicos, não seguiram princípios firmes e consistentes.”⁹¹ É possível, assim, que, em casos de todo excepcionais, houvesse imperativos categóricos relativos à forma de alegação das partes, mas se trata de situações aparentemente sem continuidade histórica na Antiguidade Clássica.

ANNE-MARIE GUILLEMIN, comentando ainda o sentido de *κατὰ κεφάλαιον*, sugeriu que se trataria “talvez do modo de discurso empregado na [epístola] 9.4.”⁹² Ora, trata-se de outra carta de excepcional interesse, reproduzida na íntegra a seguir, na verdade um pequeno bilhete que acompanha discurso que PLÍNIO envia para que seu amigo MACRINO leia:

<i>Vererer ne immodicam orationem putares, quam cum hac epistula accipies, nisi esset generis eius ut saepe incipere saepe desinere videatur, nam singulis criminibus singulae velut causae continentur. Poteris ergo, undecumque coeperis ubicumque desieris, quae deinceps sequen-</i>	Talvez reputes que o discurso que receberás com esta carta seria longo demais, se ele não fosse composto de modo que pareça frequentemente começar e frequentemente acabar, pois, a cada seção da acusação, correspondem causas específicas. Poderás, assim, começar onde quiseres e parar onde quiseres, continuar
--	---

⁸⁸ SUÉTONE. *Vies des Douze Césars*: tome 2, Tibère, Caligula, Claude, Néron. Ed. e trad. Henri Ailloud. Paris: Les Belles Lettres, 1957, Nero, 15, 1-3, p. 161-62.

⁹⁰ KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 449.

⁹¹ IDEM, *Ibidem*, p. 460.

⁹² PLINE LE JEUNE, *Lettres*: tome II, op. cit., p. 128, n. 3.

<p><i>tur et quasi incipientia legere et quasi cohaerentia, meque in universitate longissimum, brevissimum in partibus iudicare.</i>⁹³</p>	<p>como se principiasses uma nova leitura ou como se ela fosse uma continuação, e me julgar longuíssimo no todo e brevíssimo nas partes.</p>
---	--

Embora não tenhamos o discurso para verificar mais concretamente o que PLÍNIO pretendia dizer, fica claro que ele escreveu discurso judicial dividido em seções, respondendo, em cada uma delas, a um dos pontos levantados pela acusação. Parece-nos, no entanto – é a hipótese que propomos – que a expressão *κατὰ κεφάλαιον* se ilumina sobremaneira se, considerando o vínculo atestado de PLÍNIO com QUINTILIANO, atentamos para referência na obra do rétor, à luz das considerações já expendidas nesta seção.

Ao abrir sua ampla explanação da teoria dos estados da causa, QUINTILIANO diz que elas são chamadas por muitos nomes: “aquilo que nós chamamos ‘estados [de causa]’, outros ‘aquilo que aparece da questão’, Teodoro chama ‘cabeça’, isto é, *κεφάλαιον γενικώτατον* (*Quod nos statum, id quidam constitutionem vocant, alii quaestionem, alii quod ex quaestione appareat, Theodorus caput [id est κεφάλαιον γενικώτατον]*.”⁹⁴ Trata-se, assim, das mais relevantes (*γενικώτατον*: superlativo do adjetivo *γενικός*, no acusativo singular, isto é, principal, primeiro, originário) seções (*κεφάλαιον*, conforme já vimos), *principalia capita*, poderíamos glosar.⁹⁵ Tratar os assuntos *κατὰ κεφάλαιον*, assim, parece ser tratá-los de acordo com um modelo específico: o dos estados de causa, método popular entre os rétores romanos, e notadamente daqueles que atuavam na esteira de QUINTILIANO,⁹⁶ destinado a promover de forma mais evidente o contraste entre os argumentos de

⁹³ PLINE LE JEUNE, *Lettres*: tome III, *op. cit.*, IX, 4, 1-2, p. 94-95.

⁹⁴ QUINTILIEN. *Institution oratoire*: tome II, livres II et III. Ed. e Trad. Jean Cousin. Paris: Les Belles Lettres, 1976. III, 6, 1, p. 160

⁹⁵ QUINTILIANO, em outra seção, referindo-se ao epílogo (*peroratio*), usa outro termo cognato de *κεφάλαιον* que ajuda a iluminar esta discussão: “Vinha em seguida o epílogo, que alguns chamam coroamento, outros conclusão. Sua técnica é dúplice, se ela se ativer aos fatos ou aos afetos. Repetir e agrupar os fatos, o que os gregos chamam *ἀνακεφαλαίωσις*, e alguns latinos chamam enumeração [*enumeratio*], refresca a memória do juiz, põe imediatamente diante de seus olhos toda a causa e faz valer, pela própria massa, o que, tomado individualmente, faria menos efeito. (*Peroratio sequebatur, quam cumulum quidam, conclusionem alii vocant. Eius duplex ratio est, posita aut in rebus aut in adfectibus. Rerum repetitio et congregatio, quae Graece dicitur ἀνακεφαλαίωσις, a quibusdam Latinorum enumeratio, et memoriam iudicis reficit et totam simul causam ponit ante oculos, et, etiam si per singula minus moverat, turba valet.*)” (QUINTILIEN. *Institution Oratoire*: tome IV, livres VI et VII. Ed. e Trad. Jean Cousin. Paris: Les Belles Lettres, 1977, VI, 1, p. 7.)

⁹⁶ Investigação aprofundada em J. COUSIN. *Études sur Quintilien I*: contribution à la recherche des sources de l’*Institution Oratoire*. Amsterdam: P. SCHNIPPERS N. V., 1967, p. 176-90.

autor e réu e, como o próprio PLÍNIO indica na carta em comentário, “modo pelo qual a verdade se evidencia imediatamente (*quo genere veritas statim ostenditur*).⁹⁷”

É essencial, no entanto, guardar-se de todo anacronismo. PLÍNIO não é um perquiridor de verdades, nem atua sob a injunção de que sua atividade seja limitada pelo objetivo primacial de se conformar à descoberta da verdade. A sua adesão à teoria dos estados da causa servia fundamentalmente à sua conveniência na pugna oratória, assim como lhe podia assistir o simples e puro silêncio, como no caso que, segundo relata, rendeu-lhe os mais estrondosos aplausos de sua carreira, um segundo processo que a mãe movera contra os supostos assassinos de seu filho com alegação de haver novas provas:

Accepi enim non minus interdum oratorium esse tacere quam dicere. (...) Aderat matri Iulius Africanus, nepos illius oratoris, quo audito Passienus Crispus dixit: 'Bene mehercule, bene; sed quo tam bene?' Huius nepos, iuvenis ingeniosus sed non parum callidus, cum multa dixisset assignatumque tempus impletset, 'Rogo' inquit, 'Suburane, permittas mihi unum verbum adicere.' Tum ego, cum omnes me ut diu responsurum intuerentur, 'Respondissem' inquam 'si unum illud verbum Africanus adiecisset, in quo non dubito omnia nova fuisse.' Non facile me repeto tantum assensum agendo consecutum, quantum tunc non agendo.⁹⁸

Eu aprendi, pois, que, às vezes, não é menos cabível ao orador calar que falar. (...) Assistia à mãe Júlio Africano, neto do famoso orador de quem Passieno Crispo diz: ‘Perfeito! Mas por que com tanta perfeição?’ Seu neto, jovem de talento, mas ainda pouco experiente, tendo dito muitas coisas e usado todo o seu tempo, disse: ‘Eu peço, Suburano, permitir-me mais uma palavra.’ [Suburano recusou.] Então eu, como acreditavam que responderia longamente, disse: ‘Eu responderia ao discurso, se Africano tivesse adicionado aquela uma palavra que, sem dúvida alguma, conteria todos os fatos novos que ele deveria trazer.’ Eu não me lembro de ter recebido tantos aplausos discursando por uma causa quanto dessa vez, sem discursar.

*

⁹⁷ PLINE LE JEUNE, *Lettres*: tome II, *op. cit.*, VI, 22, 2-4, p. 128-29.

⁹⁸ PLINE LE JEUNE, *Lettres*: tome III, *op. cit.*, VII, 6, 7 e 11-13, p. 13-14.

A exploração das fontes romanas que discorrem sobre as alegações das partes, e mais particularmente sobre a especificação dos argumentos no discurso de defesa, apresentam um quadro interessante, estruturalmente definido pela liberdade de que gozavam as partes ou seus advogados para apresentar suas alegações como entendessem ser mais vantajoso. Nesse contexto, no entanto, a teoria dos estados da causa, cuja penetração em Roma remonta aos primeiros testemunhos retóricos e oratórios de que dispomos, parece ter imprimido uma marca forte, consistente numa peculiar atenção para com o discurso de defesa – a *refutatio* –, idealmente centrada em uma oposição, ponto por ponto, aos argumentos do autor, separados em *capita* relativos aos fatos, ao direito e à equidade. Em contexto excepcional, é possível mesmo que alegações que atendessem a esse ideal fossem transmudadas em deveres das partes, algo que, no entanto, não parece ter prosperado em larga escala. Seria necessária uma reconfiguração do sistema jurídico, a partir de uma viragem valorativa, para que se concebesse, de forma estruturada, continuada e consequente, dever desse jaez.

7. A nova axiologia do valor verdade e o processo romano-canônico

7.1. Publicização do processo e cristianização da retórica

Dois movimentos convergentes parecem responsáveis por alterar definitivamente o panorama que acabamos de examinar, encetando o processo de juridicização da retórica (cr., *supra*, item 4), isto é, a transformação de preceitos retóricos relativos às condutas processuais em normas jurídicas incidentes sobre aquelas condutas: de um lado, a publicização do processo em época pós-clássica; de outro, a apropriação da retórica pelos escritores cristãos, para quem a aderência do discurso à verdade é postulado inafastável.

A interpenetração entre cristianismo e direito pós-clássico é muito complexa, e não haveria como tratá-la aqui. Exemplificativamente, WENGER nota que, “na época do Império Cristão, e completamente com Justiniano, a ideia da responsabilidade religiosa dos juízes se impõe;”⁹⁹ aludindo ao direito como um todo, MARIO BRETONI assenta que os valores cristãos da *humanitas* e da *philantropia* são o “fundamento de uma disciplina nova.”¹⁰⁰ No caso do processo, essas estimulantes ideias mereceriam ponderação mais cuidadosa do que podemos oferecer neste contexto.

⁹⁹ WENGER, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, op. cit., § 25, p. 260, n. 11.

¹⁰⁰ M. BRETONI. *Storia del Diritto Romano*. Roma/Bari: Laterza, 2012, p. 394.

Na época pós-clássica e, sobretudo, justinianeia, a forma do processo, a partir de elementos colhidos às variegadas *cognitiones extra ordinem* clássicas,¹⁰¹ sofre notáveis alterações, sob o signo do controle estatal do procedimento, traduzindo-se “em uma substancial *publicização do processo*, como jamais houvera na história do processo privado romano.”¹⁰² Nesse novo modelo, o juiz é provocado pelo autor, que, em seu *libellus conventionis*, expõe sumariamente a causa que deseja ver julgada e requer a citação do réu. A resposta do réu também se dá em um *libellus*, conhecido por *libellus contradictorius*, *libellus responsionis*, ἀντιβιβλιον, ἀντίρρησις ou λίβελλοι ἀντίρρητικοί.¹⁰³ Diante do juiz, as partes expõem, por meio dos advogados, sua causa (*post narrationem propositam et contradictionem obiectam*, “depois de feita a narração e contra ela lançada a contradicção”, C. 3, 1, 14, 4; *cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*, “quando o juiz começar a ouvir a causa do negócio pela narração”, C. 3, 9, 1); fazer-se-ão então as provas, entre as quais as *interrogationes*, e o juiz proferirá a sentença.

Restam poucos *libelli*, e em estado fragmentário, mas, em um deles, que parece representar o caso mais comum, em vez de responder propriamente às alegações, os réus apenas afirmam concordar com a prolação da sentença no tribunal (διάγνωσις ἐν τῷ δικαστηρίῳ) e indicam que arguirão sua causa contra o adversário (δικάσασθαι πρὸς τὸν ἀντίδικον) (Pap. Oxy. 1881, datado de 427);¹⁰⁴ em outro, único assim conservado, o réu, abandonado pela mulher, expõe com vagar a sua argumentação (Pap. Cairo Masp. 67295, cujo modelo data de 491-93).¹⁰⁵ Como este último testemunho deixa ver, havia clara-

¹⁰¹ Cf., em geral, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 433-514.

¹⁰² A. BISCARDI. Cenni sulla procedura giustiniana ‘per libellos’. In: IDEM. *Aspetti del fenomeno processuale nell’esperienza giuridica romana*. 2.ed. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1978, p. 307-313, aqui p. 310, grifos do autor.

¹⁰³ Cf. discussão sobre a terminologia e referências de alguns *libelli contradictorii* supérstites em KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 573, n. 26. Cf., mais amplamente, P. COLLINET. *La procédure par libelle*. Paris: Sirey, 1932.

¹⁰⁴ B. P. GRENNFELL; A. HUNT; H. I. BELL. *The Oxyrrhynchus Papyri*: volume 16. London: Egypt Exploration Society, 1924. Cf., sobre esse libelo, P. COLLINET. Les P. Oxy. 1876-1882 et la procédure par libelle avant Justinien. *Revue de droit français et étranger*, Paris, n. 3, p. 720-25, 1924. O papiro pode ser visualizado em alta resolução no seguinte endereço eletrônico: < <http://www.papyrology.ox.ac.uk/POxy/> > Consultado em: 30 jul. 2018. O texto está convenientemente transcrito em: < http://papyri.info/ddbdp/p.oxy;16;1881?rows=3&start=51&fl=id%2Ctitle&fq=series_led_path%3AP.Oxy.%3B16%3B*%3B*&sort=series+asc%2Cvolume+asc%2Citem+asc&p=52&t=220 > Consultado em: 30 jul. 2018.

¹⁰⁵ J. MASPERO. *Papyrus Grecs d’Époque Byzantine*: tome troisième, nos 67279-67359. Le Caire: Imprimerie de l’Institut Français d’Archéologie Orientale, 1916 (Coleção *Catalogue Général des Antiquités Égyptiennes du Musée du Caire*, sob a organização do Service des Antiquités de l’Égypte), p. 49-54.

mente espaço para uma abordagem retórica: “também nesses atos preparatórios encontram-se indícios de uma influência da retórica na prática judiciária;”¹⁰⁶ o Pap. Cairo Masp. 67295 mostra, “por seu estilo distintivo, sua dependência relativamente à técnica oratória profissional.”¹⁰⁷

WENGER nota a polêmica em torno do conteúdo da reposta e conclui que “uma reposta genuína, a respeito do mérito da causa, com as consequências daí decorrentes, antes do início do procedimento, não era obrigatória, mas acontecia; legalmente necessária era apenas uma declaração de que se admitia ou se negava.”¹⁰⁸ Conforme aponta STEINWENTER, resulta daí que, no procedimento *per libellos* também, “a *narratio* (διήγησις) e a *contradictio* (ἀντίρρησις), como discursos orais, compõem a parte principal da determinação da lide [*Streitsbefestigung*].”¹⁰⁹ Um testemunho como o Pap. Cairo Masp. 67295 indica, assim, pela voluntária antecipação da argumentação de mérito, a que ponto esses discursos poderiam dar azo a escolhas de formulação, em continuidade com a tradição retórica clássica.

Mas essa própria tradição retórica está se transformando profundamente e se renovando. O que parece próprio da transposição da tradição retórica ao mundo cristão tardo-antigo¹¹⁰ e medieval é a sua aclimatação a um sistema axiológico que conferia centralidade à noção de verdade. A primeira atitude foi, ao menos explicitamente, de desconfiança dos cristãos relativamente à retórica, e isso justamente porque tratar-se-ia de forma de esconder a verdade, levando à conclusão de que “quanto menos polido um discurso, tanto mais brilhante é o raciocínio.”¹¹¹ O caso do *Apologeticus*, de TERTULIANO (c. 160-225), é notável, crítica implacável à oratória romana.¹¹²

¹⁰⁶ A. STEINWENTER. Die Litiskontestation im Libellprozesse. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abtheilung*, Wien, n. 50 (1), p. 184-211, 1930, aqui p. 206.

¹⁰⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 207.

¹⁰⁸ WENGER, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, *op. cit.*, § 26, p. 278, n. 26.

¹⁰⁹ STEINWENTER, Die Litiskontestation im Libellprozesse, *op. cit.*, p. 206.

¹¹⁰ As interações entre retórica greco-romana e cristianismo são tão evidentes quanto difíceis de ser precisadas. Para um panorama geral dos dois primeiros séculos, cf. T. PENNER; C. V. STICHELE. *Rhetorical Practice and Performance in Early Christianity*. In: GUNDERSON, *The Cambridge Companion to Ancient Rhetoric*, *op. cit.*, p. 245-60.

¹¹¹ A. D. SIMPSON. A Christian Argument Against Rhetoric. *The Classical Weekly*, Baltimore, n. 32 (20), p. 232-33, 1943, aqui p. 233, comentando o diálogo *Octavius*, de Marcos Minúcio Félix, escrito em 197 d.C..

¹¹² Tertuliano havia sido professor de Retórica antes de se converter ao cristianismo, e, como muitos dos textos polêmicos dessa época, critica a retórica, mas se constrói em diálogo com os preceitos dessa tradição. Cf. P. KERESZTES. Tertullian's *Apologeticus*: a historical and literary study. *Latomus*, Bruxelles, n. 25 (1), p. 124-33, 1966.

Nos termos de JOHN WARD, no entanto, o livro IV do *De doctrina christiana*, de SANTO AGOSTINHO (354-430), “introduz um novo tipo de tensão entre ‘verdade’ e ‘retoricidade,’ preparando assim o terreno para a retórica medieval de formas potencialmente muito distintas do campo em que aquela tradição operava.”¹¹³ Na dicção expressiva do filósofo ROLAND BARTHES, trata-se de “fixar o lugar da palavra no homem, na natureza, na criação[;] a palavra não é então... um veículo, um instrumento, a mediação de *outra coisa*... a palavra não é expressão, mas imediatamente construção.”¹¹⁴

De fato, o livro IV do *De doctrina christiana*, que, em 426, AGOSTINHO adicionou aos outros três, concluídos em 397, é um testemunho privilegiado, “a única discussão extensa da retórica de um ponto de vista cristão por um autor da Antiguidade.”¹¹⁵ A premissa de que parte o Bispo de Hipona é a de que, se a retórica pode ser usada para o bem e para o mal, a verdade deve combater por ela municiada, e não com menos instrumentos que a mentira:

*Cum ergo sit in medio posita facultas eloquii, quae ad persuadenda seu prava seu recta valet plurimum, cur non bonorum studio comparatur, ut militet veritati, si eam mali ad obtinendas perversas vanasque causas in usus iniquitatis et erroris usurpant?*¹¹⁶

Como está posta no centro [de nosso argumento] a atividade oratória, que muita força tem para persuadir seja às coisas boas seja às coisas más, por que não se faz de modo que, com o esforço dos homens bons, ela lute pela verdade, já que dela se servem os maus para ganhar causas perversas e vãs, a serviço da iniquidade e do erro?

A retórica vira, assim, uma arma em favor do “campeador da fé verdadeira e vencedor do erro” (*defensor rectae fidei ac debellator erroris*).¹¹⁷ Isso porque há uma nítida relação de hierarquia pela qual a retórica se subordina à busca da verdade:

¹¹³ J. O. WARD. Roman Rhetoric and Its Afterlife. In: DOMINIK, HALL (ed.), *A Companion to Roman Rhetoric*, op. cit., p. 354-66, aqui p. 355-56.

¹¹⁴ R. BARTHES. L’ancienne rhétorique: aide-mémoire. *Communications*, Paris, n. 16, p. 172-229, 1970, aqui p. 186.

¹¹⁵ G. A. KENNEDY. *A New History of Classical Rhetoric*. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 267.

¹¹⁶ SANT’AGOSTINO. *La dottrina cristiana*. Ed. e Trad. Vincenzo Tarulli. Roma: Città Nuova, 1992, IV, 2.3, p. 204.

¹¹⁷ IDEM, *Ibidem*, IV, 4.6, p. 206.

<p><i>Sed qui utrumque non potest, dicat sapienter quod non dicit eloquenter, potius quam dicat eloquenter quod dicit insipienter.</i>¹¹⁸</p>	<p>Mas quem não consegue obter as duas coisas, diga com sabedoria o que não diz com eloquência, antes que diga com eloquência o que diz sem sabedoria.</p>
--	--

O pouco que sabemos, no entanto, da contínua apropriação da retórica pelos cristãos, na passagem da Antiguidade para a Idade Média, dá-se em matéria de parenética, de modo que uma investigação interessada na transformação do gênero judiciário e de suas interações com a regulação jurídica do processo fica comprometida.¹¹⁹ Por isso, faz-se necessário operar um salto temporal para época mais bem documentada. O que importa acentuar, no entanto, é que é nesse cadinho obscuro, em que a publicização do processo e o advento de uma retórica cristã foram decisivos, que se gestou uma nova axiologia jurídica, centrada na ideia de verdade, com extensas implicações para o assunto que nos ocupa.

De acordo com HEINRICH BRUNNER, em extenso estudo sobre a história do direito germânico, notificado o réu pelo autor, este insta aquele a responder à ação, o que as fontes francas chamam de *tanganare*: “o *tangano* preme o réu a uma resposta em sentido técnico.”¹²⁰ Essa resposta é apenas relativa a se o réu confessa ou rejeita o pedido do autor. Se o réu rejeita o pedido do autor, “então sua contestação precisa negar a ação palavra por palavra. A *Lex Ripuaria* deixa entender uma resposta desse tipo sob a expressão de *alsaccia*, que lhe é característica, que se deixa compreender linguisticamente como controvérsia (*Bestreitung*) completa.”¹²¹ O discurso defensivo é bastante formalizado, e os esclarecimentos de acordo com fórmulas pré-concebidas.¹²²

No entanto, as dúvidas são muitas, sendo o material não apenas fragmentário, mas também muito complexo relativamente às camadas históricas de que é composto. A *Lex Ripuaria*, por exemplo, que é o testemunho central para BRUNNER no pormenor que aqui nos importa, não

¹¹⁸ IDEM, *Ibidem*, IV, 28.61, p. 276.

¹¹⁹ Cf., exemplificativamente: G. PARTOENS; A. DUPONT; S. BOODTS (ed.). *Praedicatio Patrum: studies on preaching in Late Antique North Africa*. Turnhout: Brepols, 2017; R. W. BISHOP; J. LEEMAN; H. TAMAS (ed.). *Preaching after Easter: Mid-Pentecost, Ascension and Pentecost in Late Antiquity*. Leyden: Brill, 2016.

¹²⁰ H. BRUNNER. *Deutsche Rechtsgeschichte: Zweiter Band*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1892, §99, p. 345-46.

¹²¹ IDEM, *Ibidem*, p. 346.

¹²² IDEM, *Ibidem*, p. 347.

apenas depende de uma complexa reconstrução etimológica do termo *alsaccia*,¹²³ mas também, nos termos de FRANCESCO CALASSO, “chegou-nos em uma redação da época carolíngia, que se revela claramente como remanejamento de redações mais antigas.”¹²⁴

No caso específico do direito visigótico, os conhecimentos relativos ao discurso defensivo do réu são pífios. Do Código de Eurico (antes de 480 d.C.), rei entre 466 e 484, o primeiro corpo legal de que se tem notícia, sobraram poucos fragmentos em um palimpsesto (manuscrito Paris, BNF, lat. 12161),¹²⁵ além de algumas *leges* introduzidas, como *antiquae*, no posterior *Liber iudiciorum*, ou *lex visigothorum* (c. 654). Segundo a hipótese de ALVARO D’ORS,¹²⁶ o primeiro livro daquele Código teria sido dedicado ao processo (*de iudiciis*), mas o pouco que pode ser reconstruído parece dizer respeito a provas.

No próprio *Liber Iudiciorum* – de cujas 578 leis, 324 advêm do anterior *Codex Revisus* (ou Código de Leovigildo, que reinou entre 569 e 586), que, por sua vez, aproveitara elementos do referido Código de Eurico –, o ponto culminante da evolução do direito visigótico, o curto título I (*de iudicibus et iudicatis*) do livro II (*de negotiis causarum*), contando trinta e duas breves leis relativas ao processo, há pouquíssimos elementos relativos ao procedimento, e as injunções são, em sua vasta maioria, dirigidas não às partes, mas ao juiz. A lei mais relevante relativamente às alegações das partes é a de número 23, atribuída ao Rei Quindasvinto (rei de 642 a 653), com a epígrafe “como o juiz deve fazer o julgamento (*iudex qualiter faciat iudicatum*)”, segundo a qual, em caso de assunto de maior importância, “na presença de ambas as partes, discutido o assunto (*praesentibus utrosque partibus... discussa re*)”,¹²⁷ o juiz deve produzir dois escritos idênticos. Nas causas de menor importância, se o réu confessar, não será necessário ao autor fazer prova; se o réu se furtar a comparecer, ele não poderá oferecer depois testemunhas.¹²⁸

Como se vê, é muito escasso o que se pode tirar dessas disposições. Não parece adequado adotar a ideia de que o que não está expressamente regulado nas fontes que nos sobraram remete necessariamente ao terreno do indiferente jurídico, espaço de mais ampla liberdade de conduta. Afinal, não estamos diante de códigos modernos com a intenção de esquadriñar o conjunto do comportamento dos sujeitos em juízo.¹²⁹ Como anotou RAOUL CHARLES VAN

¹²³ IDEM, *Ibidem*, p. 346, n. 25.

¹²⁴ F. CALASSO. *Medio Evo del Diritto: I – le fonti*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 112, n. 11.

¹²⁵ O manuscrito está inteiramente acessível online. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b52506880r.r=12161?rk=150215;2>> Acesso em: 17 ago. 2018.

¹²⁶ A. D’ORS (ed.). *El Código de Eurico*. 2.ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2014, p. 56.

¹²⁷ *Fuero juzgo en latin y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códices, por la Real Academia Española*. Madrid: Ibarra, 1815, l. 2, t. 1, l. 23, p. 13-14.

¹²⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 14.

¹²⁹ Nas palavras expressivas do historiador CHRIS WICKHAM: “Na sociedade alto-medieval, em que um aparato coercitivo era muito mais simples [do que em Roma], e (em muitos lugares) casos julgados eventualmente supérstites não fazem qualquer referência à lei, a lei não podia ser nada mais do que teoria social, uma teoria que certamente derivava da sociedade que o legislador mais bem conhecia, mas que nem lá teria sido uma descrição direta da prática.” (C. WICKHAM. *Framing the Early Middle Ages: Europe and the Mediterranean, 400-800*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 384.)

CAENEGEM, naquela quadra histórica, “a experiência, a observação e a memória eram as fontes principais para se aprender e transmitir as regras processuais, não o estudo de tratados e atos legislativos.”¹³⁰ Ademais, todo o movimento legislativo visigótico ocorre em um ambiente de contatos complexos entre o direito romano e o germânico, havendo quem entenda que, nas fontes mais antigas, se estaria mais próximo do direito germânico visigótico e quem, como D’ORS, afirme que “os elementos germânicos se infiltram progressivamente no direito visigótico, profundamente romanizado na época dos reis de Toulouse [como Eurico].”¹³¹

7.2. Uma referência: a *Summa de ordine iudicario*, de Gratia Aretino (após 1237)

Não há perfeita unidade de forma processual na Europa medieval.¹³² Há, antes, várias modalidades de processo, e, mesmo no interior do processo romano-canônico, espécie de centro de gravidade para os outros ritos que vai tomando forma no *Decretum Gratiani* (c. 1150),¹³³ nas *Quinque compilationes antiquae* (1191-1227)¹³⁴ e no Livro II das *Decretales* de GREGÓRIO IX (1234),¹³⁵ há espaço para razoável variação de procedimento, muitas vezes reconhecidas pelos escritores dos *ordines iudicarii*, manuais que explicavam o procedimento judicial, ou de obras mais particularizadas, dedicadas a algum aspecto do procedimento, como os *libelli instructionis advocatorum, de actionum, de exceptionibus*, etc..¹³⁶ No entanto, esse centro de gravidade, a que está ligada a existência mesma de textos sobre o assunto a partir do século XI, permite uma aproximação.¹³⁷

¹³⁰ R. C. VAN CAENEGEM. Chapter 2: European Civil Procedure. In: M. CAPPELLETTI (ed.). *Civil Procedure*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1982, p. 1-115, aqui p. 8 (Coleção *International Encyclopedia of Comparative Law*, organizada pela International Association of Legal Science, volume 16).

¹³¹ IDEM, *Ibidem*, p. 11.

¹³² É justamente por isso que GEORG WILHELM WETZELL colocou-se por tarefa extrair o sistema que se podia se identificar nas fontes do processo medieval, sob a crença da existência de um “vínculo interior” em meio à diversidade: G. W. WETZELL. *System des ordentlichen Civilprocesses*. 2.ed. Leipzig: Bernhard Tauschnitz, 1865, aqui p. 26.

¹³³ E. L. RICHTER (ed.). *Corpus Iuris Canonici: pars prior, Decretum Magistri Gratiani*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1922.

¹³⁴ E. FRIEDBERG (ed.). *Quinque Compilationes Antiquae, necnon Collectio Canonum Lipsiensis*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1882.

¹³⁵ E. L. RICHTER (ed.). *Corpus Iuris Canonici: pars secunda, Decretalium Collectiones*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1922.

¹³⁶ Sobre essa literatura, em geral, cf.: L. FOWLER-MAGERL. *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum: from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century*. Turnout: Brepols, 1994 (Coleção *Typologie des sources du moyen âge occidental*, volume 63); K. W. NÖRR. Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess. In: H. COING (ed.). *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte: Band I, Mittelalter*. München: C.H. Beck, 1973, p. 383-397; W. LITEWSKI. *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach dem älteren ordines iudicarii*. Krakow: Jagiellonian University Press, 1999, 2 v.. Seguimos, no geral, salvo indicação em contrário, as referências de data, local de origem e autoria fornecidas por NÖRR.

¹³⁷ Na visão de VAN CAENEGEM, “tratava-se [o processo romano-canônico] de uma possessão europeia. Seus criadores claramente distinguem entre os elementos essenciais e os detalhes e viam o procedimento

O relato detalhado de GRATIA ARETINO (que escreveu sua *Summa de ordine iudicario* depois de 1237) oferece um ponto de apoio relevante, já que se localiza temporalmente ao término do período de compilação das regras atinentes ao processo romano-canônico e uma vez que pretende completar, e não meramente copiar, os seus predecessores.¹³⁸ Trata-se de uma espécie de patamar histórico da evolução, em que se condensam diversas linhas de força. Em um primeiro momento, vamos nos centrar em um dos atos processuais minuciosamente descritos por ARETINO, para depois recuar com o objetivo de localizar esse ato no todo do desenrolar do processo.

Trata-se das *allegationes*, que se seguem à atividade probatória, ato processual pouco ou não tratado pelos escritos anteriores. Segundo ARETINO, finda a instrução, o juiz concede prazo às partes “para que, tendo falado as testemunhas e tendo sido introduzidas as demais provas, façam suas alegações na causa (*ut veniant super dictis testium et aliis probationibus inductis in causa allegare*).”¹³⁹ No dia determinado, as partes comparecem diante do juiz, com cópias dos autos, para que primeiro o advogado do autor, depois o advogado do réu “comece, com máxima diligência a tecer sua alegação (*incipiat cum summa diligentia ordiri allegationem suam*).”¹⁴⁰ Essa *allegatio* é um discurso formulado pelo advogado diante dos demais sujeitos do processo e que precede imediatamente a prolação da sentença definitiva (*sententia diffinitiva*). Segue-se, no tratado, uma indicação minuciosa de como o discurso deve ser proferido, com exemplo de parte do conteúdo das *allegationes*.

Em primeiro lugar, o advogado do autor deve se dirigir aos juízes suplicando e exortando:

<p><i>supplicet pro benevolentia et audientia captanda, et pro iustitia observanda, suggerendo eis, quod via regia incedant, non declinantes ad dextram neque ad sinistram, et quod Deum prae oculis suis</i></p>	<p>suplique para captar a benevolência e a atenção e para que a justiça seja observada, sugerindo-lhes que trilhem um caminho reto, sem se inclinar para a direita ou para a esquerda, e que tenham Deus</p>
---	--

como um sistema coeso, baseado em conceitos bem-definidos e em princípios gerais” (CAENEGEM, Chapter 2: European Civil Procedure, *op. cit.*, p. 22).

¹³⁸ “Esse escrito... merece já ser louvado, pois o autor, diferentemente de muitos de seus contemporâneos, não pretende apenas copiar os seus predecessores, que cita elogiosamente no prefácio, mas completá-los.” (A. von BETHMANN-HOLLWEG. *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*: Dritter Band, vom zwölften bis fünfzehnten Jahrhundert. Bonn: Adolph Marcus, 1874, p. 133.)

¹³⁹ Gratiae Aretini de iudicario ordine. In: *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*. Ed. Friedrich Bergmann. Göttingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 1842, p. 317-384, aqui p. 374.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 374.

<p><i>habeant, ius suum cuique tribuant et suam iustitiam cuique integram illibataeque custodiant.</i>¹⁴¹</p>	<p>diante de seus olhos, que deem a cada um o que é seu de direito e que guardem para cada um a sua justiça íntegra e ilibada.</p>
--	--

Na sequência, deve ir direto aos fatos (*veniat ad factum*), recitando o *libellum*, petição escrita que fora anteriormente oferecida no processo. Deve então argumentar (*suam intentionem fundare*), verificando se a outra parte confessou algo, expondo o seu direito, seus privilégios, apresentando suas provas e os testemunhos produzidos em seu favor. Enfim, “deve pedir que sua causa termine por sentença” (*petat causam suam per sententiam terminari.*)¹⁴² Não há dúvidas de que essas instruções seguem o esquema clássico de quadripartição do discurso oratório em exórdio, narração, argumentação e epílogo (cf., *supra*, item 6).¹⁴³ Autores coetâneos chegam a fornecer uma plêiade de modelos para diferentes partes do discurso, a começar pelo exórdio,¹⁴⁴ mas sem se restringir a ele.¹⁴⁵

O próprio ARETINO apresenta na sequência um modelo para o conjunto do discurso do advogado do réu¹⁴⁶, e depois para a réplica do advogado do autor.¹⁴⁷ O processo medieval alberga, assim, uma atividade de construção de discursos cuja matriz é a tradição retórica, a partir de categorias definidas em época clássica, vale dizer, no seio do

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 374-375.

¹⁴² *Ibidem*, p. 375.

¹⁴³ Vejam-se, exemplificativamente, dois trechos da *Retórica a Herênio* relativos ao exórdio: “São dois os gêneros de exórdios: o *principium*, chamado *prohemium* em grego, e a *insinuatio*, que é chamada *epodos*. Trata-se de um *principium* quando nós imediatamente tornamos o espírito do ouvinte pronto para ouvir. Ele é assim empregado para que possamos ter os ouvintes atentos, dóceis e bem-dispostos (*Exordiorum duo sunt genera: principium, quod Graece prohemium appellatur, et insinuatio, quae epodos nominatur. Principium est cum statim auditoris animum nobis idoneum reddimus ad audiendum. Id ita sumitur, ut attentos, ut dociles, ut benivolos auditores habere possimus*)” (*Rhétorique à Herennius, op. cit.*, I, 6, p. 6 e 8); “Podemos tornar os ouvintes bem-dispostos de quatro maneiras: com base na nossa pessoa, na de nossos adversários, na dos ouvintes e nos próprios fatos. (...) Colhe-se a boa disposição dos ouvintes dizemos que os seus julgamentos se dão de forma forte sábia, ponderada e nobre e se expusermos o que pensamos deles e qual julgamento esperamos deles (*Benivolos auditores facere quattuor modis possumus: ab nostra, ab adversariorum nostrorum, ab auditorum persona, et ab rebus ipsis. (...) Ab auditorum persona benivolentia colligitur, si res eorum fortiter, sapienter, mansuete, magnifice judicatas proferemus, et si, quae de iis existimatio, quae iudicii expectatio sit, aperiemus*)” (*Ibidem*, I, 7-8, p. 8-10). Os valores são outros, mas Gratia Aretino sugere justamente que se principie o discurso tornando os juízes benévolos e atentos e, para isso, recomenda que se apele às virtudes que devem guiar a conduta dos julgadores. Ou seja, há nítida continuidade entre os preceitos formulados na tradição retórica clássica e (ao menos estas) prescrições para a atuação dos sujeitos no processo judicial romano-canônico.

¹⁴⁴ Der ordo iudiciarius des Aegidius de Fuscarariis. In: Ludwig WAHRMUND (ed.). *Quellen zur Geschichte der römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*: III. Band. I. Heft (Halbband). Innsbruck: Verlag der Wagnerschen K. K. Universitäts-Buchhandlung, 1916, p. 259ss.

¹⁴⁵ *Ibidem*, *passim*.

¹⁴⁶ Gratiae Aretini de iudiciario ordine, *op. cit.*, p. 375-76

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 376-78.

processo romano-canônico, abre-se um nicho para reedição da figura do orador antigo, como índice de uma relevante genealogia. Para além disso, contudo, há uma diferença substancial, na medida em que esse discurso, expressão de liberdade emoldurada, não se encontra no centro do procedimento, mas na margem, após longa atividade fortemente regulada.

O desenrolar do processo é inteiramente marcado por prescrições jurídicas de conduta: “vejamos como isso deve se fazer de modo lícito (*videamus, hoc qualiter de iure fiat*)”¹⁴⁸. Ele está ritmado em três tempos: antes da *litis contestatio*, depois da *litis contestatio* e depois da *sententia diffinitiva*.¹⁴⁹ Trata-se da estrutura fundamental que se encontra nos demais *ordines* e que, como fica patente, guarda estreita dependência para com o processo de época justinianeia (cf., *supra*, item 7.1).

Em primeiro lugar, o autor, em pessoa ou por meio de um procurador, vai ao juiz competente e lhe oferece um *libellum quaerimoniae*, expondo com simplicidade o fato e pedindo para que o réu seja citado, o que se dá por um *nuntium*, por carta ou mesmo diretamente pelo juiz. As partes devem então se apresentar diante do juiz, no prazo por ele determinado, sempre na forma prescrita: “falta ver, de que modo, no prazo peremptório, as partes devem se apresentar (*restat videre, qualiter in termino peremptorio partes se debent praesentare*)”;¹⁵⁰ como já em época pós-clássica, há efetivo dever de comparecimento.¹⁵¹ O advogado do autor lê o libelo diante do juiz e do réu, que pode confessar, responder de imediato, contestando, ou alegar exceções contra o autor; neste último caso, o juiz determina um prazo para tanto. Não prosperando as exceções ou não sendo elas opostas, passar-se-á ao juízo propriamente dito, que se inicia pela *litis contestatio*.

A *litis contestatio* se dá com nova leitura do libelo pelo advogado do autor, que pede ao juiz que obrigue o réu a responder.¹⁵² O réu deve verificar cuidadosamente, com

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 323.

¹⁴⁹ “Tendo tratado brevemente da primeira parcela, que se estende até a *litis contestatio*, passemos rapidamente à segunda, que se estende da *litis contestatio* até a sentença definitiva (*Prima igitur particula breviter expedita, quae usque ad litis contestationem protrahitur, ad secundam, quae a lite contestata usque ad diffinitivam sententiam extenditur, velociter accedamus*)”, *Ibidem*, p. 357.

¹⁵⁰ Gratiae Aretini de iudiciario ordine, *op. cit.*, p. 338.

¹⁵¹ WENGER, *Institutions of the Roman Law of Civil Procedure*, *op. cit.*, § 26, II, p. 279-81.

¹⁵² A referência ao modelo pós-clássico é explícita, e diversos tratados se referem ao *Codex*, por exemplo, no *ordo Scientiam*, na França, na década de 1230, carregado de referências ao *Codex*, ao *Decretum Gratiani* e às recentes *Decretales*, nele chamadas *Extra*. Cf., por exemplo, a referência ao *Codex* (3, 9, 1) em matéria de *litis contestatio*: Der ordo iudicarius ‘Scientiam’. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter*: II. Band, I. Heft. Innsbruck: Wagnerischen K. K. Universitäts-Buchhandlung, 1913, XVIII, p. 38-39.

a ajuda de um notário, se sua cópia do libelo confere com o original. Se não houver discrepância, deve responder:

<p><i>reus vero respiciat diligenter, quae ab eo petuntur, et si sint, quae petuntur ab ipso, quorum aliquod sit verum et aliquod falsum, verum confiteatur et falsum neget de meo consilio.</i>¹⁵³</p>	<p>o réu então examine com diligência o que é pedido dele, e, se houver, nas coisas que dele são pedidas, algumas verdadeiras e outras falsas, que ele confesse o que é verdadeiro e negue o falso, segundo meu conselho.</p>
--	---

Dá-se então propriamente a *litis contestatio*, pela fórmula pronunciada pelo réu: “contestando a lide, eu nego o que está contido no libelo (*litem contestando nego in libello posita*)”,¹⁵⁴ ou outras similares. Como explica ELIO MAZZACANE, no processo romano-canônico, *litis contestatio* indica “aquele momento essencial do litígio consistente no persistir do autor em sua demanda e na repulsa dela pelo réu, em que, pela troca de alegações opostas, confirmavam-se as razões da disputa,”¹⁵⁵ tudo isso, no entanto, “devia ser feito solenemente e com intenção litigiosa.”¹⁵⁶

Seguem-se os juramentos – de diversos tipos –, segundo ainda aqui o modelo pós-clássico,¹⁵⁷ especialmente *de calumnia* e *de veritate dicenda*, para os quais há fórmulas, destinadas a garantir a credibilidade do que as partes afirmarão. Chega-se assim às *positiones*, que são as afirmações do autor a respeito de seu direito, que devem obedecer a critérios específicos de formulação (“por meio de afirmações”, *per verba affirmativa*),¹⁵⁸ geralmente por meio de reiteradas afirmações iniciadas por “alego que...” (*pono quod*). O juiz admite ou inadmite as diferentes *positiones*. Há aquelas *positiones* a que o réu deve responder (pois não é obrigado a responder ao que não se relaciona com a causa ou ao que é formulado como negativa explícita ou implícita), ato processual a que se dá o nome de *responsio*, podendo confessar ou negar, mas sempre com clareza:

¹⁵³ Gratiae Aretini de iudiciario ordine, *op. cit.*, p. 357.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 358.

¹⁵⁵ E. MAZZACANE. *La litis contestatio nel processo civile canonico*. Napoli: Jovene, 1954, p. 19.

¹⁵⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 20.

¹⁵⁷ Segundo WENGER, “combinado com o antigo *iusiurandum ‘in iudicio’*, há um novo juramento compulsório relativo aos fatos, que qualquer parte pode propor à outra.” (WENGER, *Institutions of the Roman Law of Civil Procedure*, *op. cit.*, §27, II.3, p. 286.

¹⁵⁸ Gratiae Aretini de iudiciario ordine, *op. cit.*, p. 361.

<i>iudex enim ad hoc adlaboret semper, ut sit certus ex responsione rei; alioquin quodmodo sententiam poterit ferre certam?</i> ¹⁵⁹	o juiz então sempre se empenhe para que adquira clareza com a resposta do réu; de outro modo, como ele poderia pronunciar uma sentença certa?
--	---

KOHLER, em obra clássica sobre o processo civil, julga que aquilo que chama de “princípio da congruência das alegações das partes (*Prinzip der Congruenz der Parteivorträge*)” teve origem justamente nas *positiones* do processo canônico,¹⁶⁰ sede, portanto, da bilateralidade entendida como imperativo jurídico para o desenrolar do processo. Feitas as *positiones* e as *responsiones*, o autor entrega ao juiz os artigos (*articulos*), em que se contêm os pontos que deseja provar. Novamente, os pontos são destrinchados um a um e se segue a atividade probatória, minuciosamente regulada, a que, como já se viu, sucedem-se as *allegationes* e a sentença. A última fase do processo comporta a prolação da sentença e a eventual oposição a ela, por meio da *appellatio*.

A conformação da *narratio* é objeto de intensa regulação, em diversos dos atos processuais já aludidos, mormente no *libellum*, nas *positiones* e nos *articuli*. Assim, segundo o *ordo Quia iudiciorum*, de 1182-85, o autor deve formular a ação de forma racional e específica, evitando que o réu possa ser enredado por confusão: “a ação deve ser apresentada de maneira racional, isto é, especificada, e não de forma geral. (...) A apresentação da ação deve ser idêntica a essa regra, para que seja clara; de outro modo, ela conduziria o réu ao engano, isto é, a um labirinto e à armadilha do erro e à perdição e ao perigo de seu direito, se ele for compelido a responder a uma ação menos completamente apresentada (*edi debet actio rationabiliter, i.e. specialiter, non generaliter. (...) Huic legis constitutioni similis debet esse actionis editio, ut sit manifesta, alioquin per obscuritatem duceret reum in captionem i.e. labyrinthum et in laqueum erroris et detrimenti et in periculum iuris sui, si minus plene edita actione compelleretur respondere.*)”¹⁶¹ Restringe-se, assim, o campo de liberdade que reinava no relato dos fatos preceituado nas *artes rhetoricae*; os fatos passam a ser enfrentados segundo imperativos categóricos.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 366.

¹⁶⁰ J. KOHLER. *Der Prozess als Rechtsverhältniss*. Mannheim: Franz Vahlen, 1888, p. 46-47. Nos termos de VAN CAENEGEM, “[o] procedimento das *positiones*, uma invenção medieval, servia ao propósito de indicar as questões que estavam realmente em discussão, sobre as quais o juiz poderia então concentrar sua investigação” (CAENEGEM, Chapter 2: European Civil Procedure, *op. cit.*, p. 18).

¹⁶¹ *Der ordo iudiciarius des Codex Bambergensis*. Ed. Johann Friedrich Ritter von Schulte. Wien: Karl Gerold’s Sohn, 1872, p. 7.

Talvez o aspecto mais característico de um tratado como este – e os demais *ordines iudicarii* medievais – seja refratário a um resumo. Trata-se da regulação minuciosa das condutas dos sujeitos do processo, que vêm formuladas como normas jurídicas, e, mais especificamente, como imperativos cuja não-realização enseja o emprego de meios coercitivos ou sancionatórios por parte do juiz. Toda essa atividade é discursiva, mas muito descentrada, em contraposição à estruturação de um discurso retórico com começo, meio e fim, como no momento específico das *allegationes*.

A despeito do testemunho que tem valor de indício das *allegationes*, parece assim que a mais relevante forma de apropriação da retórica no processo romano-canônico está em uma triagem, ao longo de todos os atos processuais, de uma plêiade de condutas possíveis (muitas das quais desenvolvidas na tradição das *artes rhetoricae*, conforme vimos), que passam pela peneira do valor verdade e, uma vez escolhidas, transformam-se em condutas necessárias justamente porque promovem o fim escolhido pelo sistema (e não pela parte), isto é, a descoberta, ou revelação, da verdade. Afinal, conforme afirma o tratado *De edendo*, de data incerta, mas possivelmente do começo do século XII, e de todo modo o mais antigo exemplar de *ordo iudiciarius*:¹⁶² “o dever do juiz é decidir, após ouvidos os méritos da causa e investigada diligentemente a verdade (*iudicis igitur officium est, auditis causarum meritis et diligenter perquisita veritate pronunciare*).”¹⁶³

7.3. O dever de responder com clareza no processo romano-canônico

É a supremacia do valor daquilo que é verdadeiro que encontramos, assim, no centro dos textos medievais que transmitem os imperativos de realização do processo judicial. Esse valor ganha força normativa por meio das decisões papais. Assim, escrevendo, em 1206, ao Bispo de Piacenza, INOCÊNCIO III (papa de 1198 a 1216) determina que seja realizada uma inquirição muito diligente e que o resultado lhe seja transmitido de modo fiel:

<i>ac eos diligenter examinare procures, et de singulis circumstantiis prudenter inquirens, de causis videlicet, personis,</i>	e fazе-os examinar diligentemente, e, perguntando com prudência sobre cada uma das circunstâncias, relativas, isto é,
--	---

¹⁶² NÖRR, Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess, *op. cit.*, p. 387.

¹⁶³ *Incerti auctoris ordo iudiciorum (Ulpianus de edendo)*. Ed. Gustav Haenel. Leipzig: Sumptibus I. C. Hinrichsii, 1838, p. 41.

<p><i>loco, tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama et certitudine, cuncta plene ac curiose conscribas, et ea fideliter sub tuo sigillo transmittas</i> ¹⁶⁴</p>	<p>às causas, às pessoas, ao lugar, ao tempo, à visão, à audição, ao conhecimento, à credulidade, ao renome e à certeza, põe tudo por escrito de forma completa e atenta, e então envia o relato fielmente com teu selo.</p>
---	--

A marca da teoria dos estados de causa aqui é nítida, pela acumulação de perguntas, todas elas relativas ao estado conjectural. QUINTILIANO listara diferentes categorias que compunham as perguntas do estado conjectural, as dez categorias aristotélicas (essência, qualidade, quantidade, relação, lugar, tempo, ação, paixão, posse, estado) bem como divisões em nove categorias, tais quais formuladas por outros autores.¹⁶⁵ É exatamente a divisões dessa natureza do estado conjectural que a injunção de INOCÊNCIO III alude.

Alteração em tudo relevante é a da supressão dos estados jurídico e moral; no processo romano-canônico, o que importa na dinâmica contraditória, são as alegações de fato.

GREGÓRIO IX (papa de 1227 a 1241), poucos anos depois, ordena que se proceda a uma nova oitiva de testemunha, também em favor da descoberta da verdade:

<p><i>Melfitensi et Rubensi episcopis dedimus in mandatis, ut super his diligenter veritatem inquirerent. (...) Verum quia apertis attestationibus L. et G. super simonia ita deposuere confuse, quod ex dictis eorum non potest veritas declarari: mandamus, quatenus examinetis eos iterum diligenter, et tam eorum quam aliorum, quod receperitis, testificata, sub sigillis vestris nobis fideliter referatis.</i> ¹⁶⁶</p>	<p>Incumbimos, por mandato, os bispos de Molfetta e de Ruvo, para que investigassem diligentemente a verdade sobre essas coisas (...) Com efeito, pois que L. e G. depuseram, em seus testemunhos públicos, de forma confusa a respeito da simonia, não se pode declarar a verdade a partir de suas falas: mandamos que os examineis novamente de forma diligente, na maior extensão possível, e os testemunhos que obtiverdes deles, como de outros, transmitais-nos fielmente com o vosso selo.</p>
---	---

¹⁶⁴ RICHTER (ed.), *Corpus Iuris Canonici: pars secunda, op. cit.*, II, 20, 37, col. 331.

¹⁶⁵ QUINTILIEN, *Institution Oratoire: tome II, op. cit.*, III, 6, 23-28, p. 166-68.

¹⁶⁶ RICHTER (ed.), *Corpus Iuris Canonici: pars secunda, op. cit.*, II, 20, 53, col. 340.

A ponderosa axiologia sobre a qual se sustenta o processo romano-canônico não deve, no entanto, levar à simplificação histórica inconsequente, projetando visão romantizada de um passado consensual sobre uma realidade complexa e multifária.

A despeito da forte difusão da referida axiologia, a ponto de se estruturar em vértice do sistema jurídico, encontramos curiosa exceção no tratado anônimo francês *Rhetorica ecclesiastica*, da década de 1160, “escrito em Hildesheim usando categorias tomadas à retórica carolíngia”;¹⁶⁷ segundo NÖRR, “devido à ligação entre retórica e direito, ele fica fora dos limites dos *ordines* eruditos ‘modernos’.”¹⁶⁸ Nesse texto, cuja base são lugares-comuns – exemplos, e não entimemas, no entanto – retirados às Escrituras e úteis para a *inuentio* oratória, adota-se um tom partidário, animado ainda por um espírito agonista: “por fim, seja o próprio réu instruído, com quais remédios ele poderá dar força à sua causa se ela é fraca (*ultimo loco ipse reus instruetur, quibus remediis causam suam, si debilis sit, roborare possit*).”¹⁶⁹

Ainda mais agonística é a *Summa Aurea*, de GUILIEMUS DE DROGHEDA, escrita em Oxford entre 1239 e 1245 e infelizmente incompleta. O autor fornece inúmeras dicas práticas para os advogados do autor e do réu, de que são exemplos atrasar a causa, elogiar o juiz, tentar uma composição se o caso é fraco, mover outros processos contra o autor para pressioná-lo.¹⁷⁰ Entre tais cautelas, está a de que a parte não deve avançar seus argumentos antes do tempo, de modo a “instruir seu adversário, que poderá assim se precaver contra o que será usado contra ele, pois dardos previstos ferem menos (*ne instruat suum adversarium, qui possit praevidere sibi super hiis contra eum, quia iacula praevisa minus laedunt*).”¹⁷¹ GUILIEMUS chega ao ponto de oferecer uma listagem de palavras ambíguas que, se identificadas no discurso do autor pelo réu, podem aniquilar (*eneruare*) a primeira proposição da ação.¹⁷²

Quando se fala, assim, da axiologia do sistema jurídico, necessariamente se está falando em uma abstração, útil para a compreensão dos fenômenos, mas que não pode resultar na completa obliteração das contradições inerentes a toda formação social.

É o mesmo valor que informa a compreensão da conduta do réu. Desse modo, a um réu que não respondeu aos pontos que foram levantados contra ele, o Papa ALEXANDRE III (papa de 1159 a 1181) ordena que responda:

¹⁶⁷ FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁸ NÖRR, Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess, *op. cit.*, p. 388.

¹⁶⁹ Die *Rhetorica Ecclesiastica*. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter*: I. Band, IV. Heft. Innsbruck: Verlag der Wagner’schen Universitäts-Buchhandlung, 1906, p. 88.

¹⁷⁰ Die *Summa Aurea* des Wilhelmus de Drogheda. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter*: II. Band, II. Heft, Innsbruck: Verlag der Wagner’schen Universitäts-Buchhandlung, 1914, II, 2, p. 86ss.

¹⁷¹ *Ibidem*, XCIII, p. 90.

¹⁷² *Ibidem*, p. 259ss.

<p>...fraternitati uestrae per apostolica scripta precipiendo mandamus, quatinus actione, quam aduersus predictos abbatem et fratres intenditis, proposita et responsione facta eisdem abbati et fratribus coram predictis iudicibus in continenti respondeatis, ut causa uestra et ipsorum uicissim postmodum audiri debeat et terminari.¹⁷³</p>	<p>...determinamos a vossa fraternidade, ordenando por um <i>scriptum</i> apostólico, que, tendo sido proposta a ação que moveis contra os já mencionados abade e irmãos, e tendo respondido os mesmos abade e irmãos, imediatamente respondais aos já mencionados juízes, para que a vossa causa e então a deles seja então ouvida e finalizada.</p>
--	---

No que tange ao ato ou aos atos processuais em que se materializava esse dever de responder, é mister acautelar-se, nuançando a generalização própria a relatos de um *ordo* completo e bem desenvolvido como o de GRATIA ARETINO (*supra*, item 7.2).¹⁷⁴ Na já referida *Summa aurea*, escrita em Oxford entre 1239 e 1245, GUILIEMUS DE DROGHEDA principia por afirmar que o contraditório entre autor e réu poderia se dar por meio das *positiones*, de que oferece inclusive um modelo,¹⁷⁵ comentando, no entanto, que “essas *positiones* não são usadas na Inglaterra e, por isso, não insisto no assunto (*[h]ae positiones non sunt usitatae in Anglia et propter hoc eis non insisto*).”¹⁷⁶ O autor então abre uma alternativa: “a *positio* pode ocorrer de outro modo: uma interrogação feita pelo juiz e uma resposta da parte com juramento de credibilidade (*Posset dici et alio modo positio: a iudice facta interrogatio et partis super facto credulitatis responsio*).”¹⁷⁷ A esses dois modelos, ele sobrepõe a (*litis*) *contestatio*, que, assim, aparece concretamente como mais uma forma de realizar o contraditório: “E assim [a *interrogatio*] difere da

¹⁷³ FRIEDBERG (ed.), *Quinque Compilationes Antiquae, op. cit.*, Compilatio Prima, II, 4, 3, p. 13-14.

¹⁷⁴ Segundo FOWLER-MAGERL: “Embora o autor de um *ordo* possa ter dado foro determinado em mente, sua descrição do procedimento tem validade geral. Um *ordo* difere nesse sentido de um *stylus*, que é a descrição do procedimento apropriado a um tribunal específico (FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii, op. cit.*, p. 16).

¹⁷⁵ “CLXXII. Sobre as *positiones* do autor. Deve-se, pois, primeiramente, verificar o que é a *positio*. E a *positio* é a exposição, com julgamento de credibilidade, a respeito da contestação do fato. Por *positio* não se faz a [*litis*-]contestação, como as *Decretais, de litis contestatione*, capítulo único (X.II.5.1). E faz-se com juramento, pois o autor diz: ‘Eu alego que a coisa tal é miunha. Também alego que comprei de Tício. Ainda alego que acreditei que era propriedade dele. Ainda alego que eu a comprei de boa-fé. Ainda algo que paguei o preço. Ainda alego que ele me transmitiu a posse da coisa. (...)’ (CLXXII. *De positionibus actoris. Videndum est ergo primo, quid sit positio. Et est positio circa contestationem facti recitatio cum credulitate. Per positionem non fit contestatio, ut Extra, de litis contestatione, c. unico (X.II.5.1). Et fit cum sacramento, quia dicit actor: Pono, quod res me talis est. Item pono, quod emi a Titio. Item pono, quod credidi, ipsum esse dominium. Item pono, quod bona fide emi eam. Item pono, quod numeravi pretium. Item pono, quod tradidit mihi possessionem rei. (...)*)” (Die *Summa Aurea* des Wilhelmus de Drogheda, *op. cit.*, p. 202)

¹⁷⁶ *Ibidem*, CLXXII, p. 202.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 203.

contestatio, que se faz a partir da narração de uma parte e da resposta da outra, como no *Codex, de litis contestatione*, l.1, C.III, 9, 1 (*Et sic differt a contestatione, quae fit a narratione partis et ex responsione alterius, ut C. de litis contestatione, l. una, C.III.9.1*).¹⁷⁸

Um testemunho como esses, rente à prática, induz à constante suspeita a respeito do potencial de divergência entre o que se processava nos juízos e o que se coligia em *ordines* com base em textos antigos dotados de autoridade e sujeitos à interpretação. Nos termos precisos de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA:

[A] tradição textual clássica do direito europeu, embora pareça imobilista e conservadora, só formalmente o é. Porque, embora as referências invoquem incessantemente os mesmos textos, estes recebem, também incessantemente, novos conteúdos, pensados ou impensados.¹⁷⁹

Nas próprias *Decretales*, retirada tal e qual de missiva de GREGÓRIO IX, vinha enunciada a regra seguinte – imenso grão-de-sal às frequentes remissões dos *ordines* a *Codex*, 3, 9, 1, cuja formulação é justamente visada por esse preceito (cf., *supra*, item 7.1):

<p><i>Non per positiones et responsiones, sed per petitionem in iure propositam et responsionem secutam fit litis contestatio, qua omissa nullus est processus.</i>¹⁸⁰</p>	<p>Não por <i>positiones</i> e respostas, mas por uma petição entregue em juízo e por uma resposta subsequente é que se faz a <i>litis contestatio</i>, que, caso omitida, torna nulo o processo.</p>
---	---

Posta essa premissa, resta claro, de todo modo, que responder não é (mais) uma mera conduta que atende ao interesse que a parte tem em se sagrar vencedora, mas um dever processual. O tratado *In principio*, escrito em Reims ou em Amiens em 1171, desenvolve o ponto, relativamente à hipótese de o réu não comparecer para se defender; nesse caso, ele não é condenado pura e simplesmente, com alguma presunção processual

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 203.

¹⁷⁹ A. M. HESPANHA. *O Direito dos Letrados no Império Português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 117.

¹⁸⁰ RICHTER (ed.), *Corpus Iuris Canonici: pars secunda, op. cit.*, II, 5, 1, col. 257.

de verdade, mas pode inclusive ganhar a ação, a sanção não sendo uma declaração incompatível com a verdade dos fatos, mas a condenação a pagar as despesas processuais:

<p><i>Si plene instructus est iudex, ut jam non sit dubium, pro qua parte ferre debeat sententiam, pronuntiabit pro actore, si merita causae ejus hoc exigant. Quod si in contrarium suadet ratio, sicut habetur in legibus, absentiam rei suppleat praesentia dei; et pro reo licet absente debet dari sententia, sed non sine poena. Condenabit enim eum iudex in expensis petitoris.</i>¹⁸¹</p>	<p>Se o juiz estiver plenamente instruído, de modo que já não haja dúvida a respeito de por que parte ele deve proferir a sentença, ele decidirá pelo autor se o mérito de sua causa o exigir; mas se a reflexão o persuadir no sentido contrário, de acordo com o que se encontra nas leis, que a presença de Deus supra a ausência do réu; e deve pronunciar a sentença pelo réu, ainda que ausente, mas não sem uma pena. O juiz o condenará pois nas despesas do petítório.</p>
---	---

Note-se, de passagem, que é justamente pelas múltiplas dificuldades que a presunção gera em um sistema que toma a verdade como vértice que o problema das “presunções” tanto interessa ao processo romano-canônico, ocupando dezesseis capítulos no título *De praesumptionibus* das *Decretales*.

Mais que isso – e aqui está a grande inovação do processo romano-canônico no ponto que nos importa –, o réu não pode responder genericamente ou de forma pouco clara. Ele deve antes trazer todos os esclarecimentos possíveis para que não haja dúvida sobre sua posição relativamente ao que alega o autor. De acordo com o *ordo Si quis uult*, escrito entre 1210-15 para os tribunais eclesiásticos em Bolonha:

<p><i>Videtur tamen, quod praecise compellendus sit dicere, vel, quod credat verum esse id, quod interrogat actor, vel, quod non esse verum credat: quod non intelligitur ille respondere, qui interrogantem in dubio relinquit.</i>¹⁸²</p>	<p>Observe-se, no entanto, que deve ser compelido a responder precisamente ou que acredita ser verdade o que pergunta o autor ou que não acredita ser verdade: pois não se entende ter respondido aquele que deixa o interrogador em dúvida.</p>
--	--

¹⁸¹ Ordo judiciarius. In: F. KUNSTMANN. Ueber den ältesten Ordo judiciarius. *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, München, n. 2, 1855, p. 10-29, aqui p. 21.

¹⁸² Damasi summa de ordine judiciario. In: A. WUNDERLICH. *Anecdota quae processum civilem spectant*. Göttingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 1841, p. 27-120, aqui p. 77.

Note-se que a sanção é coercitiva – o juiz compele à resposta –, não se aplicando a ideia de uma sanção que não consegue se substituir aos atos de linguagem, por respeito à autodeterminação última da vontade, como no processo moderno (cf., *supra*, item 3.2). No ordo *Scientiam*, da década de 1230, do mesmo modo:

<p><i>Clara et luculenta debet esse interrogatio et responsio, et si litigator obscure respondeat et incertum confiteatur, compellendus est a iudice, ut certum confiteatur.</i>¹⁸³</p>	<p>A interrogação e a resposta devem ser claras e luminosas, e se o litigante responde algo de modo obscuro e confessa algo incerto, ele deve ser compelido pelo juiz, para que confesse coisa certa.</p>
--	---

Incisivamente, preceitua AEGIDIUS DE FUSCARARIIS, escrevendo em 1260-66:

<p><i>Sed hodie tenetur respondere ad quemlibet articulum per se, qui continetur in positione.</i>¹⁸⁴</p>	<p>Mas hoje é obrigado a responder a qualquer artigo individualmente que esteja contido nas <i>positiones</i>.</p>
--	--

Indicações como essas podem ser encontradas ao longo de toda essa rica documentação,¹⁸⁵ mas a popularíssima *Summa minorum*, escrita em Paris pelo cônego ARNULFO, pouco após 1245,¹⁸⁶ esmerou-se, ainda que oscile entre uma adesão plena à perquirição da verdade, como sempre nos textos de força normativa como as decretais, e um cálculo de conveniência, como vimos ser o caso de alguns *ordines* específicos. Nesse documento, há, primeiramente, uma injunção geral, independente dos atos processuais de realização do contraditório:

<p><i>Et quia generalitas parit obscuritatem, debet actor ita specificare et designare</i></p>	<p>E, pois que a generalidade dá nascimento à obscuridade, o autor deve especificar e designar aquilo que pede, para que o réu</p>
--	--

¹⁸³ Der ordo iudiciarius ‘Scientiam’, *op. cit.*, XXVII, p. 45.

¹⁸⁴ Der ordo iudiciarius des Aegidius de Fuscarariis, *op. cit.*, p. 98.

¹⁸⁵ Além dos casos já citados, cf. Tancredi Bononiensis ordo iudiciarius. In: *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, *op. cit.*, p. 87-314, aqui p. 209; Der Ordo iudiciorum des Martinus de Fano. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter*. I. Band, VII. Heft, Innsbruck: Verlag der Wagner’schen Universitäts-Buchhandlung, 1906, p. 9.

¹⁸⁶ FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, *op. cit.*, p. 70. Deste tratado, escrito para os estudantes da Universidade de Paris, restam mais de 40 manuscritos, especialmente da França e da Inglaterra, mas também da Espanha e da Itália (IDEM, *Ibidem*).

<i>illud, quod petit, ut reus possit recte respondere et iudex certam sententiam proferre...</i> ¹⁸⁷	possa responder claramente, e o juiz, proferir uma sentença certa...
---	--

Na *litis contestatio*, continua o texto, há espaço para um cálculo de conveniência, mas há um modelo claro para a distinção dos fatos caso o réu veja afirmações verdadeiras e outras falsas no libelo do autor. Trata-se de ponto com maior liberdade, até em contraposição às *positiones* que depois se seguirão:

<i>Verumptamen debet bene cavere sibi reus, quomodo respondeat, quia si in petitione actoris vel in narratione facti sit aliquid concedendum et aliquid intermittendum, non debet totum negare, quia posset esse sibi contrarius in positionibus.</i> ¹⁸⁸	Mas deve com efeito o réu muito se precaver a respeito de como responderá, pois se, na petição do autor ou na narração do fato houver algo que deva conceder e algo que deva deixar de lado, ele não deve negar tudo, pois isso lhe pode ser contrário nas <i>positiones</i> .
--	--

Nas *positiones*, enfim, de que a *Summa* dá alguns exemplos, e em que, como vimos, incide diretamente a coerção do juiz, o modelo é de resposta especificada, ponto por ponto, de que se apresenta um trecho para exemplificação:

<i>Ponit talis contra M., quod (M) debitor suus est, quia mutuavit ei centum ex aliqua causa. Item ponit, quod M. est maior XXV. annis. Item, quod est sanae mentis. Item ponit, quod tu constituisti te debitorum pro illo in istis centum. Item ponit, quod tu es maior XXV. annis.</i>	Alega tal contra M., que (M) é seu devedor, pois tomou-lhe emprestado cem por determinada causa. Alega ainda que M. é maior de 25 anos de idade. [Alega] ainda que [M.] tem a mente sã. Alega ainda que tu te fizeste fiador dele por essa dívida de cem. Alega ainda que és maior de 25 anos.
(...)	(...)
<i>Item reus ponit, quod talis M. solvit ei centum. Item ponit quod tu fecisti pactum de non petendo. Item ponit, quod tu dolo</i>	Alega então o réu que o tal M. lhe pagou os cem. Alega ainda que celebraste um acordo de não cobrar. Alega ainda que o

¹⁸⁷ Die Summa Minorum des Magister Arnulphus. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter*: I. Band, II. Heft, II, 2, XII, Innsbruck: Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, 1905, p. 15

¹⁸⁸ *Ibidem*, XXXI, p. 30

<i>induxisti eum uel per metum ad haec promittenda. Item ponit, quod ipse est minor XXV. annis (...).</i> ¹⁸⁹	induziste com dolo ou por coação a prometê-lo. Alega ainda que é, ele próprio, menor de 25 anos (...).
--	--

*

Chega-se, assim, a um novo sistema processual, em que se pode, talvez pela primeira vez, falar em um dever de impugnação especificada dos fatos no processo. Operou-se uma juridicização da retórica, movida pela transformação axiológica que erigiu o valor verdade em relevante ponto de amarração do sistema processual, transformando um artifício retórico, o de responder *κατὰ κεφάλαιον*, em dever processual para o réu. Nos próximos itens deste capítulo, desenhado esse fenômeno histórico de grande impacto, passaremos a considerar a sorte dessa viragem no direito luso e depois brasileiro – e em um razoável entretempo, luso-brasileiro – de que a ordem processual vigente é ainda hoje tributária.

8. O *ius proprium*, com especial atenção para o processo português

O desenvolvimento do dever de impugnação especificada dos fatos no processo romano-canônico (*utrumque ius, utraque lex*) é um dos elementos no complexo desenvolvimento do *ius commune* europeu, a partir da segunda porção do período medieval. Ao mesmo tempo, como lembra MARIO BELLOMO, “toda a Europa vivia sob uma ampla variedade de normas jurídicas locais heterogêneas,”¹⁹⁰ a que se pode dar o nome, por contraposição, de *ius proprium*. Entre *ius commune* e *ius proprium*, antes que se impusesse a unidade normativa própria do Estado moderno, desenvolveu-se, segundo FRANCESCO CALASSO, “um trabalho que não pode evitar recordar a figuração de Jhering da ‘luta pelo direito’..., fato histórico... que está no centro, como veremos, da civilização jurídica... europeia.”¹⁹¹

¹⁸⁹ *Ibidem*, XXXVI, p. 36

¹⁹⁰ M. BELLOMO. *The Common Legal Past of Europe: 1000-1800*. Trad. Lydia G. Cochrane. Washington, DC: The Catholic University of America Press, 1995, p. 78.

¹⁹¹ F. CALASSO. *Medio Evo del Diritto: I, le fonti*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 453-54.

No que diz respeito particularmente ao processo judicial, o influxo das normas do *ius commune* sobre os diversos *iura propria* europeus é decisivo,¹⁹² e não se pode entender senão como expressão desse influxo a importante fortuna que a discussão sobre a juridicização da impugnação ponto por ponto dos fatos alegados pelo autor teve nos diferentes ordenamentos particulares da Europa tardo-medieval e moderna.

ADOLPHE TARDIF, em estudo sobre as diversas regras relativas à defesa nos costumes feudais, constatou a penetração do dever de impugnação especificada no *ius proprium*:

No processo feudal, ela [a resposta] deveria seguir rigorosamente os termos da ação e contestar palavra por palavra as palavras do autor. (...) Os julgamentos de Jerusalém [Reino Latino de Jerusalém], que, em muitos pontos, conservam as antigas regras feudais, prescrevem desmentir o adversário palavra por palavra (*mout a mout*). O mesmo se encontra nos costumes anglo-normandos.¹⁹³

A situação é sem dúvida nuançada. Assim, no *Très Ancien Coutumier de Normandie* (1200-45), relata-se uma consulta que foi feita ao senescal:

<p>1. <i>Questio mota fuit coram senescallo, quod placitatores, male juris ordinem evertentes, populum innocentem in curia militum ponebant in misericordia militis et in emendatione curie, in hoc modo quod, si aliquis reptatus fuisset super aliqua re, et accusatus per singula verba ad singula verba reptantis non respondisset, et disraisnare et motam purgare non obtulisset, in misericordia esset domini curie.</i></p> <p>2. <i>De hoc dicit senescal[l]us quod, si aliquis accusatus fuerit, [sine] consilio et in</i></p>	<p>1. Levou-se a questão diante do senescal de que os autores, subvertendo negativamente a ordem do direito, levavam pessoas inocentes à corte dos cavaleiros, pondo-as à mercê dos cavaleiros e sob o poder da corte, de modo que, se alguém fosse demandado a respeito de algo, e o acusado não respondesse contestando palavra por palavra e não se oferecesse para provar e purgar a demanda, estaria à mercê do senhor da corte.</p>
--	---

¹⁹² Como diz JOÃO MENDES JUNIOR sobre o processo civil luso-brasileiro, que aqui nos interessa mais de perto, “[a] forma extrínseca do nosso processo é toda tirada do Direito Canonico e dos glosadores” (J. MENDES JR. *Direito Judiciário Brasileiro*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1910, p. 217.)

¹⁹³ A. TARDIF. *La procédure civile et criminelle aux XIII^e et XIV^e siècles, ou procédure de transition*. Paris: Alphonse Picard/L. Larose & Focel, 1885, p. 70.

continenti omnia negaverit, bene respondet, sed, si de illis, de quibus accusatus fuerit, consilium petat de loco suo recedens, consilio habito, bene debet, ad singula verba accusantis respondere et ea rememorare, vel in emendatione curie remanebit. Et si respondeat: 'Ego pernego per eadem verba, per que me reptatis,' nec tamen ea expresse notaverit, bene et sicut negans iudicium curie expectabit. Sic negans, offert jam disraisnare, et bene respondet, licet expresse non dixerit se disraisnare.

3. *Ille vero qui reptatus est [et] ad singula verba respondet reptantis et se inde offert disraisnare, [bonus] placitor est, quia commune est in laica curia ita respondentes et negantes se disraisnare, si accusans testes habuerit.*¹⁹⁴

2. A respeito disso, disse o senescal que, se alguém for acusado, e sem se aconselhar e imediatamente negar tudo [isto é, não respondendo palavra por palavra a cada coisa que foi dita]¹⁹⁵, terá respondido bem, mas, se, a respeito daquelas coisas de que for acusado, aconselhar-se, deslocando-se de onde está, então, tendo se aconselhado, deve responder bem, palavra por palavra do acusador, e se lembrar delas, ou permanecerá sob o poder da corte. E se responder 'Eu nego inteiramente por cada palavra de que me acusastes,' sem indicá-las expressamente, esperará o julgamento da corte bem como quem tenha negado. Se assim nega, já se oferece para a prova e responderá bem, ainda que não diga expressamente que provará.

3. Aquele de fato que é demandado e responde, contestando, palavra por palavra e então se oferece para fazer prova, é bom litigante em juízo, pois é comum, na corte laica, que assim respondendo e negando se faça prova,¹⁹⁶ se o acusador tiver testemunha.

Conforme se depreende, há uma nítida valorização da resposta palavra por palavra, caracterizadora do bom litigante, mas há margem para a negação genérica, diante de

¹⁹⁴ E.-J. TARDIF. *Coutumiers de Normandie: première partie, le très ancien coutumier de Normandie*. Rouen: Imprimerie de Espérance Gagniard, 1881, p. 53-54.

¹⁹⁵ É o complemento dessa parte do texto em uma versão do mesmo costumeiro em dialeto normando: *il respont bien, jà soit ce que il ne respont pas mot à mot à chascune parole*. (M. A. J. MARNIER. *Établissements et coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie, au XIII^e siècle: 1207-1245*, d'après le manuscrit F.2 de la Bibliothèque Sainte-Geneviève. Paris: Techener, 1839, 45.)

¹⁹⁶ Esclarecendo esse ponto, a versão normanda tem: "pois é coisa habitual na corte leiga que aquele que assim responde e nega faça prova por seu juramento, se aquele que o acusa tem testemunha (*gar ce est commune chose en cort laie, que cil qui einssi respont et nie, se desresne par son serment, se cil qui le recete a tesmong*).” (MARNIER, *Établissements et coutumes, op. cit.*, p. 46)

uma situação prática, isto é, a da presença de pessoas simples em juízo que poderiam ficar prejudicadas em face de um procedimento pensado para homens com melhores condições de levar adiante seu caso. Sem dúvida, o contexto típico do processo romano-canônico era menos desigual.

Nos *Coutumes de Beauvaisis*, compilados por PHILIPPE DE BEAUMANOIR (c. 1247-1296), no fim do século XIII, embora de modo algo vago, a consequência de um ponto da demanda não ser debatido é mais grave, pois não se permite então que se faça prova, e as afirmações não contestadas vão admitidas como verdadeiras:

<p>243. <i>Toutes les demandes et toutes les defenses que li defenderes met contre ce qui li est demandé, et toutes les resons que li demanderes met avant pour destruire les resons au defendeur que l'en apele replicacions doivent estre prouees quand eles sont niees de l'averse partie. Et s'ele n'est prouee ele ne vaut riens, ainçois est esteinte aussi comme s'ele n'eust onques esté dite.</i></p> <p>244. <i>Toutes resons qui sont proposees en jugement, soit du demandeur, soit du defendeur, qui ne sont debatues de l'averse partie par fere niance ou par dire resons encontre, par quoi eles ne doivent pas valoir, sont tenues pour vraies et pour aprouees; et doit l'en rendre jugement seur les resons qui sont dites puis qu'eles ne sont debatues de partie.</i>¹⁹⁷</p>	<p>244. Todas as alegações do autor e todas as defesas que o réu contrapõe ao que lhe é pedido, e todos os pontos que o autor avança para destruir os pontos do réu, que chamamos réplica, devem ser provados quando são negados pela parte contrária. E, se o ponto não é provado, ele não vale nada, de modo que o ponto vai então extinto, como se nunca tivesse sido dito.</p> <p>244. Todas os pontos que são propostos para julgamento, seja pelo autor, seja pelo réu, que não são debatidos pela parte contrária negando ou apresentando pontos contrários, razão que lhes tira todo valor, são tidos por verdadeiros e por provados; e o julgamento deve ser feito de acordo com os pontos tal qual afirmados, já que não foram debatidos pela outra parte.</p>
--	--

Trata-se, em suma, de processo rico de absorção e adaptação de um imperativo gestado no *ius commune* pelos diversos *iura propria* europeus. Um dos pontos altos dessa

¹⁹⁷ P. de BEAUMANOIR. *Coutumes de Beauvaisis*: tome premier. Ed. Am. Salmon. Paris: Alphonse Picard et Fils, 1899, p. 125.

absorção, até pela acumulação de advérbios com que se designa a necessidade de resposta especificada pelo réu (*ausdrücklich, klärlich, in specie, und insonderheit antworten*), é dado por *constitutio* relativa ao processo judicial promulgada na Saxônia em 1572:

X. Von der Litis-Contestation

(...) *So ordnen und constituiren Wir: Dass, in den Rechtfertigungen, der Beklagte, auf alle und iede Punct und Stück, und derselbigen Narration und Conclusion ausdrücklich, klärlich, in specie, und insonderheit antworten, und den Krieg also durch Specification befestigen; und da solches, vom Beklagten, verbliebe, dass wider ihn, als einen Contumacen, so den Krieg ganz nicht, oder ie nicht vollkömlich contestiret, erkannt und gesprochen werden soll.*¹⁹⁸

X. Sobre a *litis contestatio*

(...) Então Nós dispomos e determinamos: Que, nas suas razões, o réu responda a respeito de cada ponto e parte, e que a sua narração, bem como a sua conclusão, sejam expressas, claras, específicas e particulares, e que o litígio assim se consolide pela especificação; e restando algo sobre o que o réu não tenha contestado absolutamente ou não o tenha contestado de forma perfeita, conhecer-se-á e julgar-se-á, nesse ponto, contra ele, como um contumaz.

Foge, no entanto, aos nossos propósitos, traçar todo o complexo panorama europeu à época de convivência entre *ius commune* e *ius proprium*. Interessar-nos-á agora investigar mais particularmente como esse problema foi processado no *ius proprium* português, palco de gestação da tradição jurídica de que sai nosso atual direito legislado.

8.1. Dos forais à legislação de AFONSO III

Os forais portugueses, ricos embora em matéria processual, oferecem magros esclarecimentos sobre os atos postulatórios, mais preocupados com questões relativas à organização administrativa da justiça, ao direito probatório e aos atos executivos.¹⁹⁹ No que

¹⁹⁸ J. C. LÜNIG (ed.). *Codex Augusteus oder neuvermehrtes Corpus Juris Saxonici*. Leipzig: Johann Friedrich Gleditschens seel. Sohn, 1724, col. 77.

¹⁹⁹ Sobre os forais, genericamente, cf. A. HERCULANO. *História de Portugal*: desde o começo da monarquia até o fim do reinado de Afonso III. 8.ed. Lisboa/Rio de Janeiro: Bertrand/Paulo de Azevedo, s/d, 8 volumes, especialmente os tomos VII e VIII; H. da GAMA BARROS. *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*. 2.ed. dirigida por Torquato de Sousa Soares. Lisboa, Sá da Costa, 1945-54, 11 volumes, especialmente tomo XI, p. 35 e ss.; J. MATTOSO; A. de SOUSA. *A monarquia feudal: 1096-1480*. Lisboa: Estampa, 1997 (Coleção *História de Portugal*, dirigida por José Mattoso, volume 2),

diz respeito à resposta do réu, destacam-se alguns pontos, mais indicativos que substanciais.

O foral de Constantim de Panoias, de 1096, que encabeça um grupo de uma dúzia de forais escritos até 1268, que o tomam por modelo, explica que – no caso do processo penal, a ação penal parecendo ser designada pelo termo *calumpnia* – o réu apenas responderá na presença do acusador:

<i>Et istas calumpnias non respondeat sine rancuroso et rancuroso non valeat suam cherimoniam sine testimonium bonorum hominorum.</i> ²⁰⁰	E não responda [o réu] a essas acusações sem o acusador, e o acusador não possa fazer valer seu pleito sem o testemunho de homens bons.
--	---

Esse mesmo foral, referindo-se, na sequência, ao gado – à moda de muitos forais, que acumulam previsões normativas sem separação de matéria –, introduz uma ideia importante, a de um julgamento justo:

<i>Et vestro ganadum qui fuerit ad pascendum nemo in illo mittat manum suam per male sine iusto iudicio.</i> ²⁰¹	E ninguém se aproprie do vosso gado que estiver apascentando, de forma injurídica, sem um julgamento justo.
---	---

Talvez seja essa ideia de julgamento justo que o foral de Thomar, de 1174, encabeçando grupo de meia dúzia de outros forais, busca assentar nos atos postulatórios de um julgamento cível, por meio da vinculação da resposta do réu ao direito (*per directum*):

<i>Siquis ab aliquo aliquid quesierit ante justicias respondeat et ante comendatorum domus per directum.</i> ²⁰²	Se alguém a outrem demandar alguma coisa diante da justiça, responda diante do comendador da casa de acordo com o direito.
---	--

Pode ser que a expressão *per directum* remeta ao conteúdo da resposta, se atentarmos para a formulação da mesma frase em outro foral da família, o foral de Torres Novas,

p. 169-98; N. J. E. GOMES DA SILVA. *História do direito português: fontes de direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, p. 163-67.

²⁰⁰ A. HERCULANO (ed.). *Portugaliae Monumenta Historica: tomo II, leges et consuetudines*. Lisboa: Typis Academicis, 1856, p. 352.

²⁰¹ IDEM, *Ibidem*, p. 352.

²⁰² IDEM, *Ibidem*, p. 400.

de 1190, em tradução vernácula que data do século XIV: “E se algum demandou alguma cousa doutro deue responder perdante a justiça *com seu deryto*.”²⁰³ No entanto, o próprio foral de Thomar havia sido vertido para o vernáculo no século XIII, e o trecho recebera a seguinte redação: “Se alguem a outro demandar alguma cousa ante justiças responda e ante o encomendador da casa *per direito*.”²⁰⁴ É possível também, assim, que a formulação se refira à forma da resposta, pelo que se entenderia *per directum* como “na forma prescrita pelo direito”. Infelizmente, como já dito, a documentação é escassa.

É apenas nos testemunhos, quase idênticos, dos costumes e foros de Castello-Bom (1188-1230) e de Alfaiates (1188-1230), que surgem indicações mais precisas. Referindo-se brevemente à ordem do juízo, esses forais determinam que o réu deverá confessar ou negar o pedido do autor:

<p><i>Et per tota petition cognoscat aut neguet, et si non quesier cognoscer ó negar, mittat bestiam: et cada tercio die mittat bestiam usque cognoscat aut neguet.</i>²⁰⁵</p>	<p>E, relativamente a todo o pedido, reconheça ou negue, e, se não quiser reconhecer ou negar, confisque uma cabeça de gado: e a cada três dias, confisque uma cabeça de gado, até que reconheça ou negue.</p>
---	--

Fica evidente, assim, a existência de um verdadeiro dever de responder, mesmo que não se afirme aqui ainda se há um dever de responder de forma especificada, ponto por ponto. Os mesmos forais, contudo, ao exemplificarem uma resposta em uma demanda que tem por objeto coisa móvel, deixam entender o tipo de atitude que têm em mente:

<p><i>Toto homine a qui auer mobile demandauerint et dixerit – torto mihi demandas – iuret alter qui demandat quod suum fuit et non uendidit illud neque dedit ulli, et respondeat ille qui tenuerit, et si dixerit dare otor, det illum ad viiii dies, et el otor iuret que propter hoc lo otorget que lo uendidit aud que lo dedit aut que fuit fiador de illo, si lo preguntaren: et si adsi</i></p>	<p>Quando qualquer homem a quem se reclama um bem móvel responder “pedes a mim sem direito”, que aquele jure que reclama aquilo que era seu e não vendeu nem deu a ninguém, e responda então aquele que está com a coisa, e, se disser que trará a juízo aquele de quem comprou o bem, que tenha nove dias, e o que lhe vendeu que jure que pôs o bem à venda</p>
---	---

²⁰³ IDEM, *Ibidem*, p. 478, grifos nossos.

²⁰⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 400, grifos nossos.

²⁰⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 774 e 820.

<p><i>non fecerit, per hi cadat et det fiador que ualia habeat de la peticion duplata.</i>²⁰⁶</p>	<p>porque lhe foi vendido, dado ou foi fiador, se lhe perguntarem: e se não o fizer, que perca esse argumento e dê um fiador que tenha o valor do dobro do pedido.</p>
--	--

Pela distinção entre a afirmação do réu contra o autor (*torto mihi demandas*) e a resposta que ele dá depois de o autor jurar que a coisa era sua, parece justificado concluir que a resposta quando o réu nega (*cognoscat aut neguet*) o pedido do autor, é uma resposta particularizada.

Se forais como os de Castello-Bom e de Alfaiates já mostram, assim, um influxo dos imperativos gestados no processo romano-canônico,²⁰⁷ é fundamentalmente por obra da corte real e, mais especificamente, no reinado de AFONSO III (1248-79),²⁰⁸ que se dá uma grande renovação processual no reino português.²⁰⁹ Nos dizeres de ALEXANDRE HERCULANO, “[u]ma grande parte das posturas, estabelecimentos e costumes escriptos que delle nos restam versam sobre a ordem dos pleitos.”²¹⁰ Mais que isso, “[n]ão é tanto a promulgação authentica do direito que parece urgente: busca-se antes estabelecer regras sobre o modo da sua aplicação.”²¹¹

Sobre o encadeamento específico dos atos do processo à época de AFONSO III, os testemunhos não são abundantes. Excepcional é uma partição dos *preytos* em *IX tempos*, à moda de alguns *ordines* do processo romano-canônico.²¹² Aí aprendemos que, comparecendo a juízo,

²⁰⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 769 e 815.

²⁰⁷ Ainda útil sobre a penetração do direito romano-canônico em Portugal: J. P. RIBEIRO. Memória sobre o assumpto proposto pela Academia Real das Sciencias de Lisboa no anno de 1791, qual seja a época da introdução do Direito das Decretaes em Portugal, e o influxo que o mesmo teve na Legislação Portugueza. In: *Memorias de Litteratura Portugueza Publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*: tomo VI. Lisboa: Na Typographia da Mesma Academia, 1796, p. 5-34.

²⁰⁸ Segundo JOSÉ GOMES CÂMARA: “O processo civil ou ordem dos juízos, segundo a nomenclatura dos primórdios de seu mecanismo, como quer que se denomine, pode-se considerar iniciado no reinado de Afonso III.” (J. G. B. CÂMARA. *Subsídios para a história do direito pátrio*: tomo III, 1822-1889. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1966, p. 84.)

²⁰⁹ A datação mais precisa dessas leis não é matéria simples. Segundo JOSÉ MATTOSO e ARMINDO DE SOUSA, entretanto, seria possível chegar a uma redução da incerteza cronológica: “A partir de 1265, no plano judicial, [Afonso III] aperfeiçoa e desenvolve as suas atribuições, dotando o tribunal régio de um corpo de magistrados em quem delega a faculdade de decidir pelo menos os casos correntes. Além disso, cria um corpo de leis processuais que regulam os mecanismos da justiça. Só algumas destas leis estão datadas; situam-se entre 1266 e 1275, o que pode significar que pertencem também a este período as numerosas leis menores não datadas (que podem ser simples normas criadas pelos clérigos da corte e não leis propriamente ditas).” (MATTOSO & SOUSA, *A monarquia feudal*, *op. cit.*, p. 123.)

²¹⁰ HERCULANO (ed.), *Portugaliae Monumenta Historica*: tomo II, *op. cit.*, p. 183.

²¹¹ IDEM, *Ibidem*.

²¹² Sobre essa espécie de *ordines*, cf. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii*, *op. cit.*, p. 70-71, que considera essa divisão um expediente mnemônico.

o réu deve oferecer suas exceções e defesas ordenadamente (tempo terceiro), e só depois – deve-se entender, da *litis contestatio* – “começa o pleyto.” Tem-se então o tempo quarto: “deuemos catar que o pleyto se começe por demanda feyta en juyzo e por resposta dereytamente feyta a demanda: e deuemos a ssaber que por tal guisa quer que ome responda ou negando ou ortugando compece o pleyto en o que diz a ley que o juiz non ha y mais que fazer poys cognosce a demanda entendese que o juiz nom deue mais ouuir o preyto pero deueo iuygar.”

Na sequência, o tempo quinto é dedicado aos juramentos de calúnia e de verdade, o sexto às provas, das quais se tratam apenas da testemunhal, o sétimo aos arrazoados das partes sobre as provas, quando também podem apresentar documentos, o oitavo, se o juiz quiser, a perguntas às partes, e o nono à sentença. Veja-se que há uma forte homologia com o processo romano-canônico (exceções, *litis contestatio*, juramentos, *interrogationes*, etc.), mas aqui tampouco há clareza a respeito da forma do discurso defensivo, especialmente no tempo quarto, que, dada a referida homologia, seria o momento de apresentação da mais substancial resposta do réu.²¹³

É do reinado de AFONSO III que data a seguinte ordenação, com diferentes fórmulas pelas quais *a lide he contestada* por negação, isto é, não confessando, mas negando a intenção do autor:

Estas son as palauras per que a demanda he contestada per negaçõn ‘non chodeuo’, ‘non cho conosco’, ‘non staua hy’, ‘nom me nembra’, ‘nom sey que dizes’, ‘staua hy alguem?’, ‘non staua naquel logo que dizes’.²¹⁴

Parece se tratar aqui de fórmula para a *litis contestatio* propriamente dita, isto é, para manifestar a oposição à pretensão do autor, e não fórmula relativa à resposta ao libelo do autor, que se seguiria. Que há propriamente dever de resposta parece claro, segundo ordenação que esclarece que o réu apenas é *theudo* responder ao que está na citação, o que implica que ele não precisa falar sobre outros pontos, mas evidentemente que, sobre o que lá está, dever existe:

Costume he e des hi he dereyto que sse alguum he çitado assy como deue e lhi ade na demanda mais que anda na çitaçom nom he theudo de rresponder aaquelo que lhi adem de mais ca anda na çitaçom.²¹⁵

²¹³ IDEM, *Ibidem*, p. 330-32.

²¹⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 285.

²¹⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 300.

Para a resposta ao libelo – “se non for en pequenos preytos ou en outros casos que manda a lee,”²¹⁶ em que aparentemente o procedimento era apenas oral – onde mais amplamente se desenvolvia a defesa do réu e onde se poderia manifestar um dever não apenas de impugnar, mas de impugnar especificadamente o quanto alegado pelo autor, a mais esclarecedora ordenação de AFONSO III tem por título, em um dos manuscritos, “como o demandador e o demandado devem dizer totalas rrazoes que ouverem;” ela está exarada nos seguintes termos:

De costume que como quer que nom declare a çitaçom totalas rrazoens que perteençem aa demanda que as possa o demandador declarar ante aquele juiz que deu a çitaçom e que deue ouuir o preyto. En outra parte he costume que depois que a demanda he feita e o demandado ha prazo pera rresponder a ela *sse o demandado diz que nom he theudo a rresponder deue a dizer totalas rrazoens que ha por ssy en cada huum passo*. En outra parte deuelhi a responder a todos ou tam solamente aa-queles a que lhi o ssobreiuz mandar rresponder. E outrossy o demandador deue a dizer totalas rrazoens que ha por ssy cada passo do preyto assi como quer desfazer a procuraçom quanto he en ela que nom deue ualer per algumas rrazoens. E sse quer outras cousas contra o defendedor ou sse quer dizer aa ssa pessoa do procurador per algumas rrazoens que nom deue sseer procurador. *E também o demandador come o demandado deuem a dizer todas as rrazoens que por ssy ouuerem en cada hum desses passos ataa çima do preyto*. Esto he uerdade se lho demandar a parte e en outra guisa nom.²¹⁷

Essa ordenação deixa claro que, quando se manifesta em júízo após o prazo que lhe é concedido para resposta, o réu deve responder apresentado os argumentos a seu favor relativamente a cada ponto (“passo”) da demanda do autor. Parece seguro afirmar, assim, a despeito de não haver clareza, nos textos subsistentes, a respeito de qual sanção se aplicaria ao réu caso descumprisse com o dever referido, que o processo português, tal qual praticado na corte de AFONSO III, absorvera do processo romano-canônico o dever

²¹⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 331.

²¹⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 304, grifos nossos.

de impugnação especificada dos fatos. O *ius commune* havia aqui se imposto ao *ius proprium*.

AFONSO X, conhecido como “O SÁBIO” (rei de 1252 a 1284), rei de Castela contemporâneo de AFONSO III de Portugal, e que se tornaria sogro e suserano deste em 1253,²¹⁸ foi responsável por obra legislativa de primeira importância, o *Cuerpo de las Leyes*, posteriormente conhecido por *Siete Partidas* (1256-65), primeira síntese monumental do direito romano, canônico e local realizada com o objetivo de unificar juridicamente o Reino de Castela.²¹⁹ A terceira partida é dedicada à administração da justiça e traz informações relevantes sobre a conduta do réu no processo.

Entronando a verdade como eixo fundamental da conduta das partes, as *Siete Partidas* esclarecem que o réu deve imediatamente conceder o que lhe pede o autor se o pedido é verdadeiro (l. 3, t. 3, l. 7).²²⁰ No entanto – e é o conteúdo da litiscontestação, moldada segundo o modelo romano-canônico e, em última análise, pós-clássico –, “se, por ventura, entender que a demanda que fazem não é verdadeira, deve negá-la de plano, dizendo que não é como dito na demanda, e que não deve dar nem fazer o que pedem (*si por aventura entendiere, que la demanda quel fazen, non es verdadera, deuela negar de llano, diziendo, que non es assi como ellos ponen en su demanda, e que non les deue dar, nin fazer lo que piden*)” (l. 3, t. 3, l. 7).²²¹ É ao responder assim que começa o *pleyto*, por perguntas e respostas, “o que se chama em latim *lis contestata*, que quer dizer lide ferida por palavras (*a que dizen en latin lis contestata, que quiere tanto decir como lid ferida de palabras*)” (l. 3, t. 3, l. 7).²²²

As exceções não são tratadas de forma tão ampla quanto nos *ordines iudicarii*, aludidas simplesmente com o título genérico de *defensas*. O procedimento parece bastante flexível, e é na própria contestação da lide que pode ou não haver uma resposta fundamentada. Note-se que a negação geral não é vedada, o centro da perquirição se encontrando nas perguntas posteriormente feitas pelo juiz às partes (*posiciones*) (l. 3, t. 12), após os juramentos (*juradas*) (l. 3, t. 11). Na litiscontestação, segundo as *Siete Partidas*: “Se o autor fizer muitas alegações por escrito ou oralmente, o réu deve responder precisamente a cada uma delas apartadamente; a não ser, isto é, que as queira confessar ou negar todas em bloco. Assim, pode o réu responder, se quiser negar a demanda, deste modo, assim dizendo: ‘As coisas que não afirmadas no pedido do meu contendor, eu as nego que sejam assim como ele as narrou, e assim eu sigo que não deve ser feito o que ele pediu.’ (*E si muchas demandas le fiziere el demandador por*

²¹⁸ MATTOSO, SOUSA, *A monarquia feudal*, op. cit., p. 119.

²¹⁹ Para uma orientação bibliográfica, cf. J. R. CRADDOCK. *The legislative works of Alfonso X, el Sabio: a critical bibliography*. London/ Wolfeboro, NH: Grant & Cutler, 1986. VAN CAENEGEM considera as *Siete Partidas* “o mais importante monumento medieval de legislação romanística” (CAENEGEM. Chapter 2: European Civil Procedure, op. cit., p. 41).

²²⁰ *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de S. M.*: tomo II, que contiene la III^a, IV^a y V^a partida. Madrid: En la Oficina de Benito Cano, 1789, l. 3, t. 3, l. 7, p. 37.

²²¹ IDEM, *Ibidem*.

²²² IDEM, *Ibidem*, l. 3, t. 3, l. 7, p. 38.

escrito, o por palabra, deue responder en cierto el demandado a cada vna dellas apartadamente; fueras ende si las quisiere conocer, o negar todas en vno. Otrosi puede responder el demandado, si quisiere negar la demanda, en esta manera, diciendo assi: Las cosas que son puestas en la demanda de mi contendor, niego que non son assi como el lo reconto; e porende digo, que non le deuen fazer lo que el demando. ')” (l. 3, t. 10, l. 3).²²³

Os textos portugueses, no entanto, inclusive a primeira grande recolha normativa lusa, as *Ordenações Afonsinas*, não seguiram essa tendência, como de pronto se verá.

8.2. As Ordenações do Reino

Quando, após uma infeliz escassez documental, chegamos aos meados do século XV, o Rei D. AFONSO V (rei de 1438 a 1481) procedeu à primeira codificação geral do Reino Português, as Ordenações Afonsinas, aprovadas “pelos fins de 1446 ou, mais provavelmente, em 1447,”²²⁴ em forma mista de compilação explícita do direito vigente (“estilo compilatório”), e de formulação abstrata de regras jurídicas (“estilo legislativo”).²²⁵ Dentre os dispositivos aí constantes, interessa particularmente destacar o conteúdo do livro III, título 57 (l. 3, t. 57), relativo à *contestaçam da lide*, redigido em estilo legislativo:

Depois que o Juiz do preito ouver julgado que o libello procede, deve mandar ao Reo que o conteste, segundo costume conformado ao Direito, a saber, neguando, ou confessando diretamente a auçam do Autor, ou dizendo perfeitamente a verdade do Feito como se passou, *ou per clausula jeral, que senifica e demostra confessar o que he por sy, e negar aquello que he contra sy, e á rezaõ de saber, e o mais por nam saber, e nem crer*: e por esta guisa se acostumou jeralmente em estes Regnos.²²⁶

Destacamos o trecho em questão porque se trata da primeira ocorrência identificada da expressão “[contestar] por cláusula geral”. Poder-se-ia ser levado a crer que, em uma reviravolta da tendência desenhada entre os séculos XI e XIII, como visto acima, o processo português teria passado a admitir que o réu não se manifestasse precisamente sobre as alegações do autor. Não, é, contudo, disso que se trata. As Ordenações Afonsinas

²²³ IDEM, *Ibidem*, l.3, t. 10, l. 3, p. 121.

²²⁴ M. J. de ALMEIDA COSTA. *História do Direito Português*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 274.

²²⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 276-77.

²²⁶ *Ordenações Afonsinas*: livro III. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, l. 3, t. 57, p. 190, grifos nossos.

preveem uma ordem do juízo (l. 3, t. 20), que consiste basicamente na sucessão dos seguintes atos, ao começo: citação (l. 3, t. 20, 6), comparecimento de autor e réu ao juízo (l. 3, t. 20, 6), onde o juiz pode fazer perguntas (l. 3, t. 26), prazo para o réu, que recebe o libelo do autor, decidir se confessa ou contesta a lide (l. 3, t. 20, 7), contestação da lide (l. 3, t. 57), entrega das razões do autor com seus artigos (l. 3, t. 20, 19; l. 3, t. 58), prazo para o réu (l. 3, t. 59, pr.), entrega da contrariedade do réu com seus artigos (l. 3, t. 59). Há, assim, note-se, nítida diferença entre a “contestação da lide”, em que o réu pode negar por contestação geral, e a contrariedade, resposta que, depois da contestação da lide, segue-se aos artigos do autor. Nelas, segundo as Ordenações Afonsinas, vige o regime da impugnação especificada dos fatos:

Todo Julgador deve ser avisado, tanto que julgar os Artiguos da Auçam por pertencentes, requeira ao Reo, que venha com sua contrariedade, se quiser, assinamdo-lhe pera ello termo aguisado; *a qual deve fazer em Artiguos, que directamente sejam contrarios aos da Auçam principal, e necessariamente comcludam a elles contrariadade, ca em outra guisa não seram de receber*; e pode-se poer exemplo em esta guisa: Huñ homem he acusado, que matou outro na Cidade de Lisboa, na rua nova, em huñ dia de Pascoa, aas dez horas do dia; se elle quer fazer a esta accusação comtrariadade, deve de dizer em ella, que em aquelle dia de Pascoa, e em aquella hora, em que o Artiguo da auçam diz, que elle matou o dito homem, elle estava em Alanquer, ou em Torres Novas, ou em outro Lugar tam remoto, e alomguado da dita Cidade, que per nenhuñma guisa elle não poderia ser visto, nem haver chegado aa dita Cidade em aquella hora, e tempo da dita morte cometida: e fazendo a dita comtrariadade em esta forma, deve ser recebida.²²⁷

Note-se que a contrariedade deve ser especificada (escrita em artigos “direitamente contrários” aos do autor), ficando inclusive demonstrado pelo exemplo aduzido que há expectativa de que o réu apresente efetivamente uma contranarrativa fática, sem se limitar a negar o quanto dito em cada artigo do autor. Os artigos do autor e do réu têm

²²⁷ *Ibidem*, l. 3, t. 59, p. 200, grifos nossos.

um papel central, pois sobre eles se dará o depoimento de um e de outro, de modo que aquilo que um deles confesse nesse momento passará a não depender de prova.²²⁸

Toda a questão do procedimento judicial é retomada nas Ordenações Manuelinas, que, por ordem de D. MANUEL I (rei de 1495 a 1521), foram impressas ao mais tardar em 1514 e receberam sua edição definitiva em 1521, entrando em vigor naquele ano. A direção geral da nova compilação foi a de que três destacados juristas portugueses procedessem a uma “atualização das Ordenações do Reino, alterando, suprimindo e acrescentando o que entendessem necessário,”²²⁹ sendo o empreendimento motivado pela introdução da imprensa em Portugal, em 1487, impondo-se “a tarefa de pôr em letra de forma as Ordenações.”²³⁰ É nesse espírito que podemos constatar as mudanças no texto relativo à contestação da lide (l. 3, t. 39):

Tanto que o Julgador julgar, que o libelo do Autor procede, madará ao Reo (sendo presente, por si, ou por seu Procurador) que o conteste, assinando-lhe pera ello termo atee primeira Audiencia, em o qual termo o Reo contestará neguado, ou confessando diretamente a auçam do Autor, *ou dizendo perfectamente a verdade do feito como se passou, e nom pola clausula geral, a qual he confessar o Reo o que he por elle, e neguar o que he contra elle*; e estes modos de contestar abastam, e por qualquer modo delles que se fizer será a lide auida por contestada, e nom contestando o Reo por cada huñ dos ditos modos ao termo que lhe pera ello for assinado, ou processando-se o feito aa sua reuelia, o Julgador conteste por elle por neguaçam, e vaa per o feito em diante, assi como se a lide fosse per o dito Reo contestada.²³¹

Veja-se aqui, por sua vez, que não trata a nova redação de fazer passar da admissibilidade da impugnação não especificada dos fatos para a sua inadmissibilidade, mas sim de uma reconfiguração dos atos processuais. Isso porque, nas Ordenações Manuelinas, não há mais previsão para contrariedade, título que desaparece do diploma, mas apenas indicações de como devem ser feitos os artigos sobre os quais se deporá (l. 3, t. 40), que passam, assim, a se vincular mais diretamente à disciplina probatória, enquanto as

²²⁸ *Ibidem*, l. 3, t. 26, 2, p. 94, e l. 3, t. 58, p. 193ss.

²²⁹ ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, op. cit., p. 281.

²³⁰ GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, op. cit., p. 291.

²³¹ *Ordenações Manuelinas*: livro III. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, l. 3, t. 39, pr, p. 128.

afirmações positivas detalhadas do réu a respeito dos fatos alegados pelo autor (a contrariedade) é absorvida na contestação da lide, que, assim, vai se transmutando em outro tipo de ato processual.

O conteúdo do título que, nas Afonsinas, versava sobre a contrariedade é deslocado, nas Manuelinas, para os processos criminais (l. 5, t. 1, pr.), lugar em que permanecerá nas Filipinas (l. 5, t. 124, 1). É interessante que a tradição luso-brasileira não se tenha desprendido, correlativamente, de uma “contrariedade” especificada no âmbito do processo penal (e.g., Código do Processo Criminal de 1832, art. 259).

Não demora para que a evolução nesse ponto nuclear do processo dê mais um passo. Na *Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Lião*, marco de uma “dinâmica legislativa acelerada”,²³² publicada em 1569 e dotada de força normativa por alvará de 14 de fevereiro do mesmo ano,²³³ foi incluída lei de 5 de julho de 1526, destinada a determinar uma “noua ordem do juizo”, para que “com mais breuidade, & menos despesa, & trabalho, as partes podessem alcançar justiça.”²³⁴

Segundo essa lei, citado o réu, ele comparecia à audiência, onde o juiz podia dirigir tanto a ele quanto ao autor perguntas que pudessem logo resolver a causa, previsão já existente nas Ordenações anteriores. No entanto, não se podendo resolver assim a lide, o juiz manda que o autor traga seu libelo na primeira audiência, quando, “sem mais ou uer o juiz, nem mandar leer, dirá logo naquella audiencia, que recebe o libello, em quanto de derecho he de receber: & por breuidade hauerá a demãda por contestada, & mandará ao reo que venha com sua contrariedade aa segunda audiencia.”²³⁵ Não havendo exceções, que se alegam antes da contrariedade (p. 3, l. 7, 4), seguem-se, nas outras audiências, mera entrega de réplica e tréplica, e o processo passa à prova. As inquirições (depoimentos) podem ser feitas pelo escrivão (p. 3, l. 7, 32). Os advogados poderão “fallar finalmente a bem de feito, posto q[ue] tenha algũas razões para allegar, de que se spere de ajudar,”²³⁶ e o juiz proferirá a sentença (p. 3, l. 7, 41).

²³² ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, op. cit., p. 285.

²³³ *Ibidem*, p. 287.

²³⁴ *Leis Extravagantes e Repertório das Ordenações de Duarte Nunes do Lião*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1987, p. 3, l. 7, pr, f. 92v.

²³⁵ *Ibidem*, p. 3, l. 7, 2, f. 92v.

²³⁶ *Ibidem*, p. 3, l. 7, 23, f. 96v.

Como se vê, aqui a contestação da lide foi reduzida a uma mera solenidade, feita pelo próprio juiz, que “haverá a demanda por contestada”, concentrando-se a defesa do réu em suas petições escritas, a contrariedade e a tréplica. Não há, no entanto, diferentemente do que havia no l. 3, t. 59, das Ordenações Afonsinas, e no l. 3, t. 39, das Ordenações Manuelinas, indicações sobre a especificidade com que se deveria construir a resposta do réu.

Essa situação foi capaz de gerar dúvida por algum tempo. Assim, em decisão do Senado de Lisboa compilada por ANTÔNIO DA GAMA (1520-1595) em 1578, ficou decidido que, “embora o próprio juiz tenha contestado a lide por negação segundo a forma da nova lei *da ordem do juízo*, o que fez antes do aparecimento do Réu, devemos, no entanto, neste caso, esperar a verdadeira e própria contestação da lide, que é pela resposta do réu ao libelo do autor (*et quamquam ipse iudex contestauerit litem per negationem iuxta formam legis nouae da ordem do juizo, quod quidem fecit ante oblationem Rei, tamen attendere debemus in hoc casu veram & propriam litis contestationem, quae sit per responsionem Rei ab libellum actoris*).”²³⁷ Vê-se que o esvaziamento da contestação da lide e a separação da contrariedade causou certa perplexidade.

O famoso repertório de modelos *Tractado da forma dos libellos*, de GREGÓRIO MARTINS CAMINHA (meados do século XVI), foi escrito sob a vigência das Ordenações Manuelinas, em 1549,²³⁸ mas já demonstra também o influxo da lei de 1526 sobre a ordem do juízo. Reproduzindo, *grosso modo*, os termos dessa lei, CAMINHA acrescenta um modelo de contrariedade que é muito esclarecedor:

Tanto que o libello for apresentado na audiencia sem ho ver nem mãdar ler em pessoa dos RR. sendo presentes, & nam ho sendo a sua reueria, mãdãdo os apregoar dira que recebe quãto condireyto deue ser recebido, & ho contesta por negaçam por parte dos rr. Aos quaes manda q. venhã cõ sua contrariedade ate a segũda audiência. A qual faram na forma seguinte.

²³⁷ A. de GAMMA. *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae*. Antwerpen: Apud Joannem Baptistam Verussen, 1683, 147, 3, p. 198.

²³⁸ INNOCENCIO FRANCISCO DA SILVA relata que, dessa primeira edição, viu “um exemplar na livraria de Jesus” (I. F. da SILVA. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo terceiro. Lisboa: Imprensa Nacional, 1859, p. 164). No entanto, segundo ALEXANDER WILKINSON, dela “não se conhece exemplar na atualidade” (A. S. WILKINSON (ed.). *Iberian Books: books published in Spanish or Portuguese or on the Iberian Peninsula before 1601*. Leiden/Boston: Brill, 2010, 2429, p. 92.)

Senhor juyz.

C. Contrariando os reos & se comprir provarão que elles reos estam em posse da quintaã da contenda ha x. xx. xxx. xl. annos, laurandoa & desfrutando a olhos, & face dos autores sem contradicam: pagando a elles autores hũa certa & uniforme pensam em cada hum anno, que delles reos recebem. Pello que elles reos adquirirã & se presume terem titulo emphiteotico de dereyto.

C. Provara que de todo ho sobre dito, he voz & fama.

*Pede recebimento & serẽ absoltos cõ custas.*²³⁹

Esse modelo de contrariedade responde ao modelo de libelo que CAMINHA apresentara logo anteriormente, em que se alegava que os réus são proprietários de uma quinta, ocupada havia oito ou nove anos pelos réus, cujos frutos percebiam indevidamente, resistindo a devolvê-la aos autores. A narrativa da contrariedade é, assim, como já indicavam textualmente as Ordenações Afonsinas, ainda aqui, uma contranarrativa fáctica que se opõe, afirmativamente, a cada uma das afirmativas do libelo.

Prepara-se, com a *Coleção* de DUARTE NUNES DO LIÃO, o terreno para a disciplina das Ordenações Filipinas, que, diferentemente dos diplomas anteriores, terá vida longa; seus trabalhos preparatórios começaram entre 1583 e 1585 e, concluídas e aprovadas em 5 de junho de 1595, iniciaram sua vigência em 11 de janeiro de 1603, “a mais duradoura que um monumento legislativo conseguiu em Portugal,”²⁴⁰ já que apenas integralmente revogadas em Portugal em 1867 e, no Brasil, em 1917. Os dispositivos pertinentes são três: o título relativo à ordem do juízo, em que é seguida a diretriz da reforma incluída na *Coleção* de DUARTE NUNES DO LIÃO (l. 3, t. 20, correspondendo a p. 3, l. 7 na *Coleção* e a l. 3, t. 15, nas Manuelinas), o título relativo à contestação da lide, que segue a diretriz do título homônimo das Ordenações Manuelinas (l. 3, t. 51, correspondendo a l. 3, t. 39, nas Manuelinas), e o título em que se trata de que “os julgadores julguem por a verdade sabida, sem embargo do erro do processo,” espelhado nas Ordenações Manuelinas, com

²³⁹ CAMINHA. Forma das elegações judiciais. In: CAMINHA. *Tractado da forma dos libellos*. Coimbra: Antonio de Maris, 1558, f. ii e iii.

²⁴⁰ ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, op. cit., p. 289.

precedente também nas Afonsinas (l. 3, t. 63, pr., correspondendo a l. 3, t. 49, nas Manuelinas, e a l. 3, t. 68, nas Afonsinas).

Não há, assim, significativas novidades no texto das Ordenações Filipinas nesse pormenor, e, em um primeiro momento, ao que tudo indica, a imperatividade de contrariedade específica, na tradição do que se estabelecia desde a legislação de AFONSO III, vinha reconhecida com clareza. Assim, em sua *Practica Lusitana*, de 1619, que CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA reputava “a primeira e mais importante obra de Praxe Forense que se publicou em Portugal após a promulgação das Ordenações Philippinas,”²⁴¹ MANUEL MENDES DE CASTRO († antes de 1623)²⁴² trata do “libelo de resposta do Réu (*libello responsorio Rei*),”²⁴³ nos seguintes termos:

<p><i>In ista repulsione quia reus efficitur actor, l. 1. ff. de except. poni debet specificatio, & causa, per quam reus concludat suam responsionem, & defensionem, ita ut eam non in genere, sed in specie proponat secundum Bart. in d. l. I. n. 6 & 7. Felin. in c. pasoralis col. 5. extra de except. Et ubicumque fecerit mentionem in suis articulis de aliqua scriptura, illam offerre tenetur, sicut, & actor, l. 1. ff. de edendo.</i>²⁴⁴</p>	<p>Nessa repulsão, porque o réu se faz autor, l. 1, ff. de except., devem ser incluídas especificadamente o argumento e a causa por que o réu chega à conclusão de sua resposta e de sua defesa, de modo que ele não se pronuncie de forma genérica, mas de forma particular, de acordo com Bartolo, em d. l. I. n. 6 & 7. Felin. in c. pasoralis col. 5. extra de except.. E onde quer que faça menção de algum escrito em seus artigos, é obrigado a mostrá-lo, como o autor, l. 1. ff. de edendo.</p>
--	--

Comentando, assim, as Ordenações Filipinas guarnecido de referências do direito comum, MENDES DE CASTRO indica a necessidade, como temos visto, de que haja uma narrativa contrafática, isto é, que sejam apresentados os argumentos pelos quais resulta a negação, a repulsão, do que afirma o autor, o que só se pode fazer ao se apresentar uma

²⁴¹ *Código Philippino, op. cit.*, p. xlviii.

²⁴² D. B. MACHADO. *Bibliotheca Lusitana: histórica, crítica e cronológica*, tomo III. Lisboa: Ignacio Rodrigues, 1752, p. 309-10.

²⁴³ E. M. CASTRO. *Practica Lusitana*. Lisboa: Apud Georgium Rodericum, 1619, III, 9, p. 108.

²⁴⁴ IDEM, *Ibidem*, III, 9, p. 108.

narrativa concorrente. Ao final do referido capítulo, introduz ainda um modelo de contrariedade em linha com a tradição de apresentar uma contranarrativa fática a partir do quanto alegado pelo autor.²⁴⁵

Não demora muito, entretanto, para MANUEL BARBOSA (1546-1639), em suas *Remissiones Doctorum*, de 1620, distinguir não a *litis contestatio* feita pelo juiz e a verdadeira contrariedade do réu, sistema efetivamente implantado desde a lei de 1526 sobre a ordem do juízo, mas entre a *litis contestatio* feita pelo juiz e a antiga *litis contestatio* do réu, que já se abandonara – o que acaba por fraturar o sistema:

<p>4. <i>An ficta litis contestatio facta a iudice sufficiat ad condemnationem fractuum, & producat eundem effectum, ac vera litis contestatio, quae sit per partis negationem aut confessione? Et fuit decisum in supremo Senatu, quod ea ficta litis contestatio, solum fiat ad solemnitatem iudicij, non vero ad praeiudicium Rei, teste Melch. Proeb. decis. 74 à princ.</i></p> <p>5. <i>Amplia primo, ut etiam lis contestata dicatur quando reus in iudicio negaret simpliciter narrata actoris post Bart. & alios Mascard. d. concl. 434 n. 1 & nu. 5 afferit nihil referre, an simul unico tempore, vel ex interuallo negatiua, illa responsio accedat narrationi actoris Perez I. 1 glos. 1 vers. Quaero 2. titul. 3</i></p>	<p>4. Se a litiscontestação ficta feita pelo juiz basta para a condenação nas despesas e produz o mesmo efeito que a verdadeira litiscontestação, que é feita pela negação ou pela confissão da parte? E foi decidido no supremo Senado que aquela litiscontestação ficta apenas se faz como solenidade do julgamento, não verdadeiramente em prejuízo do Réu, como testemunha Melch. Proeb. decis. 74 à princ..</p> <p>5. Acresce-se, primeiramente, que a lide também é contestada quando o réu nega de modo simples os fatos narrados pelo autor, segundo Bart. e outros. Mascard. d. concl. 434 n. 1 & nu. 5, diz que não importa se a negação é feita imediatamente ou com um intervalo, de todo modo a resposta vai de encontro com a</p>
--	---

²⁴⁵ Confira-se: “Contrariando dizem Pedro & sua molher. RR. contra Mart. & sua molher, &c. P. Que na instituição do morgado que fes Lourenço, somente excluyo femeas no mesmo grao, & linha, & antes faltando no mesmo grao varaõ, admittio femeas, assi no primeiro, como nos demais chamamentos que fes dos seus descendentes, & collateraes. P. Que elle Pedro he filho de Isabel irmãa de Geronymo, ultimo possuydor do d. morgado, o qual he falecido sem filhos, & asi por faltar naquele grao varaõ, como auia e succeder sua mãy se fora uiua, com muito mais razão elle R. por ser tambem varaõ. Petit admitti, &c.” (IDEM, *Ibidem*, p. 110.) Trata-se de resposta a modelo de libelo que fora dado pouco antes. O contraste é iluminador: “Dis Martinho morador nesta cidade contra Pedro R. & se comprir. P. Que na instituição do morgado que fes & instituyo Lourenço, ordenou & mandou que naõ socedesse nelle femea, saluo não se achando varaõ. P. Que elle A. he da geração do d. instituydor, & seu descente parente mais chegado, por ser como he irmão de Diogo, pay de Geronymo ultimo possuydor, o qual he falecido sem deixar filho varaõ lidimo descendente. P. Que o R. Pedro he filho de Isabel irmãa do ultimo possuydor & filha de Diogo irmão de elle A. & por estar em mais remoto grão não lhe pertence a successão do morgado, senão a elle A. que he varaõ. he fama publica. Petit admitti, & iustitiam omni meliori modo, cum expens.” (IDEM, *Ibidem*, III, 2, p. 83).

<p><i>lib. 3. Ordin. Amat. Roderi d. cap. 6. n. 2.</i>²⁴⁶</p>	<p>narração do autor. <i>Perez I. 1 glos. 1 vers. Quaero 2. titul. 3 lib. 3. Ordin. Amat. Roderi d. cap. 6. n. 2.</i></p>
--	---

Na mesma linha do que havia nas Ordenações Manuelinas, BARBOSA se dedica separadamente aos artigos, que trata como mera questão probatória, e não como estrutura da contrariedade. A importância da contrariedade, assim, desaparece nesses comentários. Esvazia-se o ato fundamental de impugnação das alegações do autor.

O sistema processual do *ius proprium*, que até então se mantivera muito próximo do modelo do processo romano-canônico, como projeção que foi deste em seu nascedouro, passa a exibir mostras claras de que está se separando, a princípio por uma transformação tateante, mas, no longo prazo, muito nítida. Ao final da evolução, na passagem do século XVIII para o XIX, configura-se, também para Portugal, a situação que MICHELE TARUFFO identificou relativamente aos diversos Estados europeus:

A costumeira referência ao processo romano-canônico como base constante dos ordenamentos processuais continentais não é fundamentalmente errada, se serve para assinalar algumas características muito gerais do processo civil de direito comum como a escritura, a duração e a não concentração, mas não pode esconder as grandes e profundas diferenças que marcaram por séculos esses ordenamentos.²⁴⁷

Por algum tempo, a transformação estava *in fieri*. Afinal, em 1682, MANUEL ALVARES PEGAS (1635-1696) ainda comentava, em suas *Resolutiones forenses*, que “não contrariar os artigos é confessar (*articulis non contradicere fateri est*),”²⁴⁸ e, em 1732, o continuador dos comentários de PEGAS às Ordenações, MANUEL GONÇALVES DA SILVA (†1748), comentava o l. 3, t. 51 das Ordenações Filipinas afirmando que “não basta que

²⁴⁶ E. BARBOSA. *Remissiones Doctorum de Officiis Publicis, Iurisdictione, et Ordine Iudiciario*. Lisboa : Typis Petri Craesbeeck, 1620, p. 343.

²⁴⁷ M. TARUFFO. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: M. TARUFFO. *Processo Civil Comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11-34, aqui p. 23-24.

²⁴⁸ E. A. PEGAS. *Resolutiones forenses practicabiles: pars secunda*. Lisboa: Ex Typographia Michaelis Deslandes, 1682, XX, 96, p. 1166.

o réu confesse o que fez em seu favor e negue o que é contra ele (*nec sufficit, reum confiteri quod pro se fecit, & negare quod contra eum est.*).²⁴⁹” Mais particularmente, GONÇALVES DA SILVA diz, em comentário ao l. 3, t. 20, 5, que, alegando que o libelo é obscuro, “tem de se opor especificadamente à obscuridade e declarar as partes obscuras, e não basta se opor de forma genérica à obscuridade (*debet opponere specialiter de obscuritate, & declarare partes obscuras, & nn sufficit opponere generaliter de obscuritate*).”²⁵⁰

No entanto, os indícios de que o sentido da evolução é o de esvaziar a contrariedade em uma contestação inespecífica vão crescendo ao longo do século XVIII. ANTÔNIO VANGUERVE CABRAL († *post* 1759),²⁵¹ na primeira parte de sua *Prática Judicial*, escrevendo em 1712, entende que, depois do prazo dado de “duas Audiencias ao Reo para contrariar,”²⁵² então “[p]ode succeder que o R. conteste o Libello por negação, & tanto que o contestar por negação, se assinaõ vinte dias de primeira dilação, dez de segunda, & cinco de terceira.”²⁵³ Trata-se das dilações para chamar as testemunhas, a manifestação “por negação” – o que era “contrariedade” vai claramente chamado de “contestação,” ou ao menos legitimamente substituído por um ato mais simples a que se dá outro nome – não implicando necessidade de réplica. Veja-se como a lógica é a mesma para a réplica e a tréplica:

E se o R. contrariar, se dá vista ao A. para replicar, (& pode replicar por negação) & replicando se dá vista á parte para treplicar, (& póde treplicar por negação) & se o A. replicar por negação, logo a causa se põem em dilação, & se o R. treplicar, ou treplicar por negação, tambem se põem em dilação.²⁵⁴

Fica evidente, assim, que aqui não há qualquer imperativo de uma narrativa contrafática exarada em termos afirmativos – não há fatos opostos aos quais a outra parte deveria poder responder na sequência. É certamente por essa ruptura com aquele sistema

²⁴⁹ E. G. da SYLVA. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*: tomus secundus. Lisboa: Ex Typographia Antonii Pedrozo Galram, 1732, 3, 51, ad pr., 1, p. 73.

²⁵⁰ E. G. da SYLVA. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*: tomus primus. Lisboa: Ex Typographia Augustiniana, 1731, 3, 20, 5, 36, p. 70.

²⁵¹ I. F. da SILVA. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo primeiro. Lisboa: Imprensa Nacional, 1858, p. 282.

²⁵² A. VANGUERVE CABRAL. *Pratica Judicial*: pymeira parte. Lisboa: Officina de Joseph Lopes Ferreyra, 1712, 10, 55, p. 17.

²⁵³ IDEM, *Ibidem*, 10, 58, p. 17.

²⁵⁴ IDEM, *Ibidem*, 10, 61, p. 18.

que FELICIANO DA CUNHA FRANÇA (1719-1760), comentando a *Practica Lusitana*, de MENDES DE CASTRO, em 1765, deixa de lado o primeiro ponto do capítulo, que é justamente aquele relativo à impugnação especificada.²⁵⁵ ALEXANDRE CAETANO GOMES (1705-depois de 1759), em seu *Manual Pratico*, de 1766, no capítulo “das contrariedades,” apenas cogita da hipótese de o réu não trazer contrariedade à segunda audiência.”²⁵⁶ Enfim, JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA (1756-1819), escrevendo suas *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil* entre 1810 e 1813, define a contrariedade como “a refutação do Libello feita por artigos”,²⁵⁷ mas a divide em geral e especial, entendendo que “[é] geral quando o Réo geralmente nega a intenção do Autor”, e que “[é] especial quando o Réo responde a cada um dos artigos do libello.”²⁵⁸ Pode também ser positiva ou negativa, e caso apenas negue, e não negue artigo por artigo do que disse o autor, “é negativa geral, a qual não admite Artigos.”²⁵⁹

Consagrada estava, assim, a admissibilidade da negativa geral no processo português, que, entre os séculos XVII e XVIII, vai-se insinuando subrepticamente, por graus de distanciamento com a tradição do direito luso, tal como desenhado pela projeção do direito romano-canônico no Estado português – embora não sem o protesto de vozes de peso como MELLO FREIRE (cf., *supra*, item 4). Essa mudança sistêmica não adquire imediatamente perfil claro; a fase é de transição, em que, mais que em outros momentos, o que se tem é uma perpétua sincronização de assincronismos.²⁶⁰ Está-se a pôr de lado um perfil de processo erigido em função do valor verdade – e então qual a nova axiologia? – ou se está a trabalhar em um nível menos profundo sem implicar reconfiguração das escolhas valorativas?

A apreciação crítica das Ordenações Filipinas é explícita em JOSÉ VERÍSSIMO ÁLVARES DA SILVA (1744-1811), que, em sua *Introdução ao novo Código, ou dissertação crítica sobre a principal causa da obscuridade do nosso código autentico*, critica duramente o título relativo à ordem do juízo nas Ordenações Filipinas:

²⁵⁵ F. da CUNHA FRANÇA. *Additiones Aureaeque Illustrationes, ad quinque Libros Primae Partis Practicae Lusitanae Emmanuelis Mendes de Castro*: volume 1. Lisboa: Ex Typographia Josephi da Costa Coimbra, 1765, p. 133.

²⁵⁶ A. C. GOMES. *Manual Pratico, Juicial, Civel, e Criminal*. Lisboa: Na Officina de Caetano Ferreira da Costa, 1766, p. 32-33.

²⁵⁷ J. J. C. PEREIRA E SOUSA. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*: tomo I. Lisboa: Na Offic. de Joaquim Rodrigues d’Andrade, 1813, § CXL p. 107.

²⁵⁸ IDEM, *Ibidem*, § CXLII, p. 108.

²⁵⁹ IDEM, *Ibidem*, p. 108, n. 332.

²⁶⁰ A ideia é de K. POMIAN. *L’Ordre du Temps*. Paris: Gallimard, 1984.

“Ainda que quase todo o Livro III das nossas Ordenações trata da Ordem do Juizo, comtudo os Compiladores do *Codigo Manuelino* ajuntando algumas Leis, que mais immediatamente tratárão da disposição do Processo Civil, formárão o T. 15 da L. 3, que nas *Filippinas* corresponde ao T. 20 do mesmo L. 3. Sobre a mesma ordem do Juizo no Reinado do Senhor Rei D. João III. em 5 de Julho de 1526 se publicou huma ampla Extravagante, da qual, e da *Legislação Manuelina* formárão os Filippistas o T. 20 do L. 3.; porém com huma tal desordem, que bem se lhe póde accommodar o dito de Horacio: *Quod nec pes, nec caput uni redatur formae.*”²⁶¹

Em obra posterior, datada de 1794, o mesmo autor critica especificamente a confusão relativa ao debate contraditório entre autor e réu na fixação da controvérsia:

“As vicissitudes, que tem tido a parte da Jurisprudencia, que trata do modo de fixar o ponto, ou pontos em questão, isto depois da introdução do Direito Romano. Os erros que comettêrão os ultimos Compiladores do nosso Codigo, omittimos aquí por já se achar tratado.”²⁶²

Um dos pólos da tensão parece indicar que, de fato, o valor verdade está sendo deixado de lado. É o que sugere, no caso em questão, uma pequena passagem na obra *Ad Rubricam et L. II. C. de Rescindenda Venditione*, do jurista português AYRES PINHEL (c. 1512-c. 1562). Partindo do pressuposto de que a réplica goza do mesmo estatuto que o libelo, PINHEL diz que o “comprador demandado deve refletir cuidadosamente se deve pedir para imediatamente ser absolvido, e não admitindo, de modo que o vendedor poderia mudar a ação (*cautius sibi consulet emptor conuentus petens statim se absolui, nec admittens, ut uenditor agens mutet actionem*).”²⁶³

A partir dessa afirmação, muitos juristas portugueses passaram a referir o conselho de que, caso identifique um erro no libelo, o réu não deveria dizer nada a respeito, para que o autor não corrija o problema na réplica, tornando assim mais expedita a sua vitória. É já o caso do decisionista ANTONIO DE SOUSA DE MACEDO (1606-1682), que, em suas *Decisiones Supremi Senatus*, aconselha:

²⁶¹ J. V. A. da SILVA. *Introdução ao novo Código, ou dissertação crítica sobre a principal causa da obscuridade do nosso código autentico*. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1780, p. 127-28.

²⁶² J. V. A. da SILVA. Memoria sobre a forma dos Juizos nos primeiros Seculos da Monarquia Portuguesa. In: *Memorias de Litteratura Portuguesa Publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*: tomo VI, *op. cit.*, p. 35-100, aqui p. 55.

²⁶³ A. PINELI. *Ad Rubricam et L. II. C. de Rescindenda Venditione*. Frakfurt: Ex officina Typographica Nicolai Bassaei, 1597, p. 3, c. 3, 25, p. 475.

<p><i>rei, si uideant libellum errare in re, uel in causa, bene sibi prospiciant, si nihil respondeant... ne in contrarietate edoceant Actores, hi enim edocti (ut euenire uidi) in replicatione actionem, & et errorem emendabunt, quod facere possunt.</i>²⁶⁴</p>	<p>os réus, se virem que o libelo erra em alguma coisa ou em alguma causa, bem se portarão se não responderem nada..., para que, em sua contrariedade, não instruem os autores, e eles, assim instruídos (como eu vi ocorrer), ao replicar, não emendem o erro, o que podem fazer.</p>
--	--

Aí vai se abrindo um espaço para a negação geral, que já está claramente configurada com MANUEL ÁLVARES PEGAS, para quem “por essa razão, nesse caso, ou não digas absolutamente nada ou oferece tua contestação por negação com duas palavras, mas nesses casos se admite a réplica (*[u]nde hoc casu, aut nihil omnino dicas, aut per negationem constestationem duobus verbis ostende tuam. In quibus casibus admittatur replicatio.*”)²⁶⁵ Daí sairá a admissão da negação geral em LOBÃO, que reproduz o preceito (cf., *supra*, item 4). Apoiando-se na meditação sempre renovada de um pequeno caso, assim, ao longo de dois séculos, a praxe vai revertendo o sentido literal do texto das Ordenações. A negação geral, por mais que possa conviver com uma perquirição da verdade, a depender do desenho de conjunto do sistema, pode também sobremaneira alimentar a visão estratégica do processo. É um caminho aberto para um refluxo da retórica: as condutas que se desjuridicizam são espaços de liberdade a ser preenchidos pelos cálculos agonísticos dos agentes.

Mas, enquanto estava na contingência de uma mudança tateante, o sistema admitia também outra configuração, em desenho que, a um tempo só, admitia a negação geral e buscava promover o valor verdade. Nas Ordenações Afonsinas, estava explícito que “toda Contrariedade deve ser feita ante que as Inquiriçoeês do Feito principal sejam abertas, e publicadas.”²⁶⁶ As Ordenações Manuelinas abriram uma estreita brecha para mitigar isso, ao dizer que, se, depois de três termos lhe serem dados, o réu não comparecer com sua contrariedade, “não lhe seja dado mais lugar pera viir com ella; *saluo se jurar que de nouo veo aa sua noticia despois dos ditos tres termos serem passados, porque em tal caso*

²⁶⁴ A. de S. MACEDO. *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae*. Coimbra: Apud Ludovicum Seco Ferreyra, 1734, 58, 9, p. 180.

²⁶⁵ E. A. PEGAS. *Commentaria ad Ordinationes Potentissimi Regni Portugalliae: tomus decimus quintus*. Lisboa: Typis Patriarchalibus Francisci Ludovici Ameno, 1759, l. 3, t. 20, §§ 18 e 19, 47, p. 69.

²⁶⁶ *Ordenações Afonsinas, op. cit.*, l. 3, t. 59, 2, p. 201.

lhe será dado huñ soo termo pera viir com ella.”²⁶⁷ Se o réu, no entanto, sequer compareceu ao feito, ele seguirá à revelia, de modo que, aparecendo tardiamente, “tomalo-ha no ponto em queo achar, sem seer restituído a viir com contrariedade ou com qualquer outro artigo, se já delle era lançado, nem com qualquer outra cousa de que for lançado.”²⁶⁸ Uma disposição a respeito dos prazos traz complemento relevante, mandando que eles “sejam auidos por perentorios, sem os ditos Julgadores poderem reformar o termo, ou tempo que tenham dado,” mas introduzindo uma possibilidade de mitigação: “saluo allegando-lhe, e prouando alguña tal razam, ou impedimento, per que per remedio de Direito, por clausula geeral ou especial deua de seer restetuido a outro termo.”²⁶⁹ A lei de 5 de julho de 1526 integrada na *Coleção* de DUARTE NUNES DO LIÃO parece suavizar ainda mais o ponto, ao prever que:

vindo o autor, ou reo a juizo aa primeira audiência, depois de ser lançado dos artigos, com que houuera de vir, allegando tal razão juridica, per que o não deuera ser, o juiz lhe conhecerá da dita razão, jurando que a allega bem & verdadeiramente, & *sem mais outra prova nem exame*, lhe dará lugar que ate a primeira audiencia venha com os artigos, de que assi era lançado.²⁷⁰

Essas disposições são repetidas nas Ordenações Filipinas (l. 3, t. 20, 21 e 44). Combinadas com a diretriz de que o juiz deve julgar “por a verdade sabida, sem embargo do erro do processo,”²⁷¹ a prática parece aos poucos ter transformado a centralidade da contrariedade e a excepcionalíssima mitigação de sua apresentação no termo certo e de modo especificado, em usual admissão de uma contrariedade inespecífica (negativa geral), com sucessivas complementações de informações, alegações e argumentos, isto é, com uma quebra das preclusões em direção a um progressivo atingimento da verdade centrado na fase probatória, e muito menos na fase postulatória, ou ainda com uma menor distinção entre essas fases.²⁷² É nesse contexto que se vai difundindo a ideia de que,

²⁶⁷ *Ordenações Manuelinas, op. cit.*, l. 3, t. 15, 20, p. 59, grifos nossos.

²⁶⁸ *Ibidem*, l. 3, t. 15, 22, p. 61.

²⁶⁹ *Ibidem*, l. 3, t. 15, 15, p. 56-57.

²⁷⁰ *Leis Extravagantes e Repertório das Ordenações, op. cit.*, p. 3, l. 7, 10, f. 94r-v, grifos nossos.

²⁷¹ *Código Philippino, op. cit.*, l. 3, t. 63, p. 661.

²⁷² CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA traz informação relevante nesse ponto: “O Av. cir. de 16 de Dezembro de 1829 declarou, que a pretexto de clausula geral de equidade e melhor descobrimento da verdade, se não permittão prorogações de dilação, e dos termos fixados em lei; doutrina que tambem confirmou o Av. de 9 de Julho de 1831.” (*Código Philippino, op. cit.*, p. 597, col. 1, n. 4)

mesmo sem que algo tenha sido deduzido no libelo, pode ser objeto de condenação, se ficar comprovado. É o que diz GABRIEL PEREIRA DE CASTRO (1571-1632), um dos primeiros decisionistas a escrever sob a vigência das Ordenações Filipinas:

<p><i>Qui testatur praxim observare etiam super non deductis in libello, si tamen in actis probentur posse sententiam ferre, cum lege Regia certum sit, ut sententia ex comperta veritate ferri possit, Ordin.lib.3.tit.63.</i>²⁷³</p>	<p>E isso mostra que, na prática, também o que não foi deduzido no libelo, desde que fique provado nos autos, pode ser introduzido na sentença, pois pela Lei Régia é certo que a sentença pode ser proferida com base na verdade manifesta, <i>Ordin.lib.3.tit.63.</i></p>
---	---

É, afinal, exatamente desse momento que data a grande reforma do processo civil francês, corporificada na *Ordonnance* editada por LUÍS XIV (rei entre 1643 e 1715) em Saint Germain en Laye, em abril de 1667. Esse diploma prevê a possibilidade de que o réu oponha algumas defesas preliminares, todas exceções peremptórias (*fins de non recevoir, nullité des exploits* ou outras exceções peremptórias),²⁷⁴ depois algumas exceções dilatórias, que terão de ser propostas de uma só vez,²⁷⁵ mas o que é decisivo é que as defesas de mérito²⁷⁶ se espraiam por todo o processo, passando a ser possível o debate sobre fatos e artigos a qualquer momento da causa diante do juiz, apenas com uma diretriz de que isso deve se dar “sem retardamento da instrução e julgamento;”²⁷⁷ os prazos para responder sobre tais fatos e artigos “serão dados em razão de despacho (*ordonnance*) do juiz.”²⁷⁸ O movimento é, portanto, de abolição de uma peça formal para resposta, com

²⁷³ G. P. de CASTRO. *Decisiones Supremi Eminentissimique Senatus Portugalliae*. Lisboa: Apud Antonium Craesbeeck de Mello, 1674, d. 15, 1, p. 72.

²⁷⁴ *Ordonnance de Louis XIV Roy de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye au mois d’Avril 1667*. Paris: Chez les Associez choisis par ordre de sa maiesté pour l’impression de ses nouvelles Ordonnances, 1667, t. 5, a. 4, p. 21.

²⁷⁵ *Ibidem*, t. 9, a. 1, p. 33.

²⁷⁶ Trata-se das *défenses de fond* (defesas de mérito), assim definidas pelo principal comentador da *Ordonnance* de 1667: “As *defesas de mérito* são todos os meios que o réu pode opor contra o mérito da causa, seja porque o autor não tem título, seja porque a obrigação sobre a qual se funda a demanda é nula, ou porque as causas foram pagas ou sofreram compensação; & outros meios de direito.” (M. JOUSSE. *Nouveau Commentaire sur L’Ordonnance Civile du mois d’avril 1667*: tome premier. Paris: Debure, 1769, p. 60).

²⁷⁷ *Ordonnance de Louis XIV, op. cit.*, t. 10, a. 1, p. 35.

²⁷⁸ *Ibidem*, t. 10, a. 2, p. 35.

um deslocamento do contraditório para uma atividade de debates ao longo de todo o processo.²⁷⁹

Nesse mundo em transformação, apenas paulatinamente se erige um novo sistema com perfil próprio, e não é à toa que o século XIX foi palco de tão significativas reformas do processo civil, com tão intensa atividade legislativa. Aos poucos, o mundo que gestara o processo romano-canônico e que ainda servia de centro de gravidade para os diferentes processos dos *iura propria* simplesmente não existia mais. Numa época em que os rumos ainda eram incertos, JOSÉ MARIA FREDERICO DE SOUZA PINTO (1806-1854), um autor português que estudou em parte em Coimbra e em parte em São Paulo,²⁸⁰ identificou em 1850, embora escrevendo sobre a impugnação especificada dos fatos, duplicidade de modelos que é, na verdade, projeção de uma duplicidade sistêmica. SOUZA PINTO notou ainda corretamente que um desses sistemas se prendia ao processo romano-canônico; apenas lhe faltou traçar a genealogia do outro modelo, ainda mais remota:

Por via de regra, deve a contrariedade ser deduzida por artigos, *segundo a pratica introduzida pelos glossadores das decretaes*: e com effeito, assim articulada a contrariedade, fica clara, e certa, a questão controversa. (...) *Mas, quando a contrariedade é negativa geral, não póde, nem deve ser deduzida por artigos.*²⁸¹

9. O Brasil e a modernidade entre retórica e verdade

No século XIX, as tendências díspares de evolução a que se aludiu (cf., *supra*, item 8.2) ganham contornos nítidos a ponto de reconfigurar sistematicamente o direito processual europeu – e os ordenamentos dele dependentes, como o brasileiro. O mundo instaurado após a dupla revolução, francesa e industrial,²⁸² não mais tolera existir no interior das formas jurídicas gestadas no seio do processo comum e apenas discretamente transformadas pelo *ius proprium*. Daí nascem, em um primeiro momento, o modelo do

²⁷⁹ Esse modelo de processo permanece na França até hoje, como se percebe pelo art. 72 do atual Código de Processo Civil: “As defesas de mérito podem ser apresentadas em qualquer estado da causa.” Cf., sobre o ponto, L. CADIET; E. JEULAND. *Droit judiciaire privé*. 8.ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 359.

²⁸⁰ Cf. A. NOGUEIRA. *A Academia de São Paulo: tradições e reminiscências, estudantes, estudantões, estudantadas*, quinta série. São Paulo: Vanorden, 1908, p. 82-84.

²⁸¹ J. M. F. de SOUZA PINTO. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*: tomo II. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, § 711-12, p. 49, grifos nossos.

²⁸² A expressão é de E. HOBSBAWM. *A era das revoluções*. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

Code de procédure civile napoleônico, de 1806 (filho evidente da revolução francesa e do liberalismo político), e, em um segundo momento, aquele da *Zivilprozessordnung* austríaca, de 1895 (filho declarado da revolução industrial e da sociedade de massas). Todos os dois são modelos modernos, ambos fortes partidários, por exemplo, da relevância da oralidade e da brevidade, mas animados por concepções muito distintas dos fins do processo. As forças que dialeticamente se opunham dentro do sistema do *ius proprium*, que observamos em ação no caso português, acabam por se mostrar inconciliáveis, sedimentando-se, sucessivamente, em dois polos diversos, reconfigurados pela dinâmica da sociedade oitocentista.

O *Code de procédure civile* napoleônico, embora enraizado na referida *Ordonnance* de 1667 (cf., *supra*, item 8.2) – espécie de *Grammaire de Port-Royale* do processo pelo impacto que teria na posteridade – é, como nota CORNELIS HENDRIK VAN RHEE, efetivamente moderno. Com efeito, esse diploma “reflete a atitude liberal do século XIX, com sua ênfase na responsabilidade individual dos cidadãos... que litigariam um contra o outro em posição de igualdade.”²⁸³ O juiz é concebido de forma sobretudo distanciada, sem dispor dos “meios para forçar as partes a ‘colocar suas cartas na mesa’ desde o início do processo.”²⁸⁴ Essa é uma das inovações centrais do *Code* de 1806, de modo que, segundo SERGE DAUCHY, trata-se mesmo de um diploma “construído ‘contra’ o juiz.”²⁸⁵ O Estado deveria interferir o mínimo possível no deslinde da controvérsia, animada pelas partes; ele apenas responderia, segundo o desenho da controvérsia que lhe é dado e que ele não colabora para construir, aplicando o direito.²⁸⁶ Nas palavras de JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, trata-se da “tendência liberal... [de] organizar o processo de modo ‘adversário’, como verdadeira controvérsia, em que as partes litigantes, ..., deveriam dispor de igualdade de posições e o juiz fosse apenas o presidente do desenrolar da controvérsia.”²⁸⁷ Como exatamente essa controvérsia é conduzida é assunto das partes.

²⁸³ C. H. VAN RHEE. Introduction. In: C. H. VAN RHEE (ed.). *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2005, p. 3-23, aqui p. 6.

²⁸⁴ IDEM, *Ibidem*.

²⁸⁵ S. DAUCHY. La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806. In: L. CADIET; G. CANIVET (coord.). *1806 – 1976 – 2006 – De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Litec, p.77-89, aqui p. 88.

²⁸⁶ É, ainda nas palavras de VAN RHEE, um “modelo liberal não-intervencionista de litigância” (VAN RHEE, Introduction, *op. cit.*, p. 11).

²⁸⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 120-21.

Esse modelo, centrado na autonomia dos litigantes, configura o processo a partir de muitas posições de liberdade, com poucos deveres a antecipar o ato de força da sujeição final à sentença (cf., *supra*, item 3.2). Por meio desse alargamento da liberdade, a retórica judiciária conhece amplo desenvolvimento, em formas renovadas, a tal ponto que se torna, senão comum, ao menos possível, defender uma causa por meio de poesia. Estudando a jurisprudência na *Gazette des Tribunaux*, criada em 1825, ANNE-EMMANUELLE DEMARTINI identificou doze “plaidoiries en vers”, ou “défenses en vers” no século XIX francês.²⁸⁸ As partes se tornam senhoras de suas alegações, ou não alegações, em juízo.

O espírito que movia a *Zivilprozessordnung* austríaca era nitidamente outro. Fruto das reflexões do jurista FRANZ KLEIN (1854-1926), que entendia necessário redesenhar o processo como forma de atacar os males da sociedade de massas, “a litigância não deveria ser apenas considerada como um meio para resolver casos individuais entre litigantes privados, mas como um fenômeno que dizia respeito à sociedade como um todo.”²⁸⁹ KLEIN era forte crítico da concepção do processo como coisa das partes, concedendo primazia à noção de interesse público:

devido a propriedade do processo ser mais forte que qualquer propriedade privada, então primeiro se deve dizer qual é o interesse público, com o qual a evidentemente incontida disposição [das partes] relativamente ao conteúdo do processo colide, e logo o que resulta da analogia relativa à propriedade?²⁹⁰

Dentro dessa perspectiva, KLEIN postulou a necessidade de um dever de veracidade (*Wahrheitspflicht*) no processo, entendendo que, se não fosse assim, as partes teriam o poder de “conduzir e manter o juiz atrelado a um julgamento errado ou apenas relativamente certo e impreciso,”²⁹¹ o que é inadmissível. Desenhava-se, assim, um outro modelo de processo civil que recuperava o valor central do processo romano-canônico, a verdade, compatibilizando-a com a modernidade. Esse modelo, nas palavras de GIUSEPPE CHIOVENDA (1872-1937), caracteriza-se pela:

²⁸⁸ A.-E. DEMARTINI. Les plaidoiries en vers au XIX^e siècle. *Francofonia*, Bologne, n. 67, p. 49-60, 2014.

²⁸⁹ VAN RHEE, Introduction, *op. cit.*, p. 12.

²⁹⁰ F. KLEIN. *Pro Futuro: Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Oesterreich*. Leipzig/Vienna: Franz Deuticke, 1981, p. 17.

²⁹¹ IDEM, *Ibidem*, p. 13.

Forschungsmaxime ou *Offizialmaxime*, em contraposição à *Parteidispositionsmaxime*, o princípio do direito dispositivo das partes. As partes podem dispor do direito substancial, renunciar às demandas, modificá-las, *mas não podem dispor de seus arrazoados, das exceções, dos meios de prova.*²⁹²

Assim, seja como for que as coisas se passem no plano do direito substancial, o direito processual implica deveres das partes, cujas condutas ficam moldadas por imperativos categóricos de conduta, e não abertas à livre expressão de seus próprios interesses.

Na dogmática processual, uma contribuição importante de HANS HEINRICH DEGENKOLB (1832-1909) acena para a relevância da impugnação especificada no contexto de uma concepção publicística do processo. Com efeito, na obra *Einlassungszwang und Urteilsnorm* – que se poderia traduzir por “imperativo, ou imposição, de envolvimento, ou contraposição, e norma de julgamento” –, de 1877, DEGENKOLB propõe que o direito de ação não se confunde com o direito material: “[d]o ponto de vista do processo, a pretensão do autor a um julgamento favorável não aparece como tal por meio da existência de seu direito, mas – e isso por obra do ordenamento – por meio da conformação (*Gestaltung*) do material do direito processual, isto é, os fatos da ação e da exceção, a verificação ou não verificação das alegações das partes, condicionada por regras processuais.”²⁹³

Antes, o direito de ação apenas pode se realizar no processo desde que haja um réu constringido (*gezwungen*) a se contrapor ou a se envolver (*sich einzulassen*): “assim aparece o imperativo de contraposição contra o réu como o complemento inafastável do direito de ação”.²⁹⁴ Mais precisamente, a expressão propositadamente polissêmica *Einlassungszwang* se define como “a obrigação (*Gebundenheit*) jurídica, contra uma ação que lhe é proposta, de comparecer, de trabalhar conjuntamente para o desenvolvimento do processo, por meio de esclarecimentos dados por si mesmo ou por um representante”.²⁹⁵

O conteúdo dessa obrigação, mais ou menos extenso segundo o ordenamento jurídico peculiar de que se fala, mas logicamente necessário, não é nunca o da expressão descompromissada de um sim ou de um não, mas uma efetiva resposta ao que é alegado pela outra parte, e logo uma afirmativa ou uma negativa particularizada: “A contraposição nunca é um simples sim ou não, em si mesmo e para si mesmo, mas ela é uma afirmativa processual (*processualistisches Bejahen*) ou uma negativa processual (*processualistisches Verneinen*). Aí repousa,

²⁹² G. CHIOVENDA. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. In: IDEM. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*: volume primo. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 353-78, p. 371, grifos nossos.

²⁹³ H. DEGENKOLB. *Einlassungszwang und Urteilsnorm*: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklage. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, §1, p. 11-12.

²⁹⁴ IDEM, *Ibidem*, Einleitung, p. 6.

²⁹⁵ IDEM, *Ibidem*, §2, p. 16.

para ambos os tipos de esclarecimento, que eles são não simples alegações (*Behauptungen*), mas contêm disposições (*Verfügungen*) e, ao mesmo tempo, uma marca de sua relatividade intrínseca, na medida em que são alegações”.²⁹⁶

Como o processo atende a um interesse coletivo – “[o] direito e a paz da comunidade dependem do processo”²⁹⁷ – já que o direito apenas vale na medida em que ele se mostra capaz de proteger aqueles que de fato têm direito, o réu que não contribui para o desenvolvimento do processo atenta contra a própria relevância do direito: “o *dever* de contraposição tem seu fundamento no fato de que o réu que rejeita o processo coloca em questão não apenas o mero direito *concreto* individual, mas a *relevância* da respectiva hipótese de fato (*Thatbestand*), isto é, o respectivo direito como tipo em si mesmo – e, na medida em que isso se eleva a máxima de toda a atividade – o próprio direito sob o aspecto do gozo que ele propicia”.²⁹⁸

Evidencia-se assim que a modernidade processual sistematizada nas codificações oitocentistas oferece ao mundo jurídico, de um lado, um modelo que reestrutura o valor da liberdade agonística clássica, aberto ao preenchimento dos espaços livres de juridicidade pela retórica, forma de promover o próprio interesse por meio de uma linguagem estratégica, e, de outro, um modelo que redimensiona o valor pós-clássico e romano-canônico da verdade, maneira de promover o interesse público por meio da juridicização dos atos de linguagem das partes.

9.1. *Brasil imperial*

O Brasil, terminado o processo de emancipação política, continua a forma do processo português nos termos da evolução havida na aplicação das Ordenações Filipinas nos mais de dois séculos de sua vigência. A literatura processual brasileira começa algo tardiamente em relação à independência, em 1850. Segundo JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, “a primeira turma de bacharéis formados no país, em Olinda e São Paulo, no ano de 1832, entrava no mercado de ideias e começava a publicar sua produção por volta de 1850.”²⁹⁹ A geração formada lendo as *Primeiras Linhas* de PEREIRA E SOUSA (cf., *supra*, item 8.2), obra que os letrados tomaram em geral por base para sua produção, apenas

²⁹⁶ IDEM, *Ibidem*, §3, p. 23.

²⁹⁷ IDEM, *Ibidem*, §4, p. 29.

²⁹⁸ IDEM, *Ibidem*, §4, p. 37.

²⁹⁹ J. R. de L. LOPES. *História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 164. No mesmo sentido, P. DUTRA. *Literatura jurídica no império*. 2.ed. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 43.

procedendo às alterações necessárias à nova realidade,³⁰⁰ pouco se afastou da situação constatada em Portugal na passagem para os Oitocentos.

Em seus *Elementos de processo civil*, de 1850, que pretendem simplesmente descrever em suas linhas gerais o procedimento, JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RENDON (1756-1834) indica que citado o réu para comparecer à audiência, o autor oferece nela o libelo, e “havendo a causa por contestada na fôrma da Lei, assigna ao R. duas audiencias para contrariar.”³⁰¹ Não havendo exceções a alegar, vem o réu com sua contrariedade. Segundo RENDON

[a] contrariedade ou se faz por negação, quando o R. entende, que não conclue o que se pede contra elle no libello, e se não pode provar em forma legal, ou se faz por artigos deduzindo nelles a defeza, que fôr opposta á qualidade e natureza da acação, por que for demandado.³⁰²

A contrariedade, assim, pode ser ou por negação (geral) ou especificada, por artigos. O efeito da contrariedade por negação é que se passa logo à dilação probatória, “o que tambem se pratica no caso de contrariar por artigos, e o A. replicar por negação.”³⁰³ A lição de ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO (1801-1878), escrevendo no mesmo ano, é idêntica: “[a] contrariedade deve ser deduzida por artigos, salvo quando fôr negativa geral.”³⁰⁴ Ademais, “[r]ecebida a contrariedade, segue-se a replica, excepto quando aquella foi feita por negativa geral, e não articulada, que então fica a causa em prova.”³⁰⁵ É ainda assim o que ensina o já referido JOSÉ MARIA FREDERICO DE SOUZA PINTO, que acrescenta ainda argumento para mitigar os efeitos não de responder por negativa geral, mas mesmo de não responder ou não aparecer:

³⁰⁰ Representada sobretudo pelas poucas diretrizes para o processo civil contidas, primeiramente, nos 27 artigos da “Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil”, promulgados em conjunto com o Código do Processo Criminal, em 29 de novembro de 1832, e, depois, nos arts. 114 a 124 da Lei de 3 de dezembro de 1841 que reformou o Código de Processo Criminal e, em seu Título II, estabeleceu algumas “Disposições Cíveis”. Sobre o assunto de que nos ocupamos, no entanto, não trazem esses diplomas nenhuma inovação.

³⁰¹ J. A. de T. RENDON. *Elementos de Processo Civil, precedidos de instruções para os juizes municipais*. São Paulo: Typographia do Governo, 1850, p. 20.

³⁰² IDEM, *Ibidem*, p. 31.

³⁰³ IDEM, *Ibidem*, p. 36.

³⁰⁴ A. A. de M. CARVALHO. *Praxe Forense ou Directorio Pratico do Processo Civil Brasileiro*: tomo I, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, § 293, p. 164.

³⁰⁵ IDEM, *Ibidem*, § 303, p. 167.

O lançamento do réo, quer por sua revelia, quer pela omissão da contrariedade, de nenhum modo póde importar a confissão do mesmo réo a respeito dos artigos do libello: a doutrina contraria, além de muito erronea, é repugnante com a boa razão, e com os principios da justiça, e equidade.³⁰⁶

É ainda o modelo adotado por um dos principais processualistas dos meados dos Oitocentos, FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA (1811-1882), professor na Faculdade de Olinda, escrevendo em 1855, escritor que, no entender de ALFREDO BUZOID, elevou o processo civil “de singela coleção de usos e estilos e de meras formas materiais de praxes observadas no foro à categoria superior de ciência autônoma.”³⁰⁷ No entanto, em matéria de contrariedade, é na tradição que PAULA BAPTISTA se insere:

Contestação é a legitima contradicção do Réo á acção do Autor, que firma a questão, de que o Juiz tem de conhecer. Ella é geral, se o Réo nega geralmente os fundamentos da acção (o que algumas vezes se faz com as seguintes palavras: contrario por negação), ou especial, se responde á cada um dos artigos do libello. *Pela simples narração dos factos por parte do Réo, tambem se effectua a contestação.*³⁰⁸

Note-se, de todo modo, a referência – não de todo nova, mas clara – a uma espécie de terceira modalidade de resposta, “pela simples narração dos factos”, tendência evolutiva que se cristalizará no século XX (cf., *infra*, capítulo 3). PAULA BAPTISTA é intransigente defensor do “direito sagrado” à defesa, a impedir que se extraiam consequências do silêncio do réu, insistindo, mesmo no caso da revelia, que se trata de meio “para que o Réo não acha em sua ausencia, ou no seu silencio uma preciosa immuniidade, e não para que fique despojado do direito de defesa; pelo que, comparecendo depois, toma a causa no estado, em que se achar.”³⁰⁹ Vê-se, assim, que, em princípio, a negação geral vai admitida sem contraposição com o valor verdade, cuja realização fica, como no processo

³⁰⁶ SOUZA PINTO, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*: tomo II, *op. cit.*, § 718, p. 51.

³⁰⁷ A. BUZOID. *Paula Batista*: atualidades de um velho processualista. São Paulo, s/e, 1950, p. 42.

³⁰⁸ F. de PAULA BAPTISTA. *Compendio de theoria e pratica do processo civil*. Recife: Typographia Universal, 1855, § 97, p. 76, grifos nossos.

³⁰⁹ IDEM, *Ibidem*, § 88, p. 67-68.

português (cf., *supra*, item 8.2), deslocada para a atividade probatória; no entanto, transformar os deveres da fase postulatória em faculdades (cf., *supra*, item 3.2) abre o caminho para a expansão do campo de atividade retórica (cf., *infra*, item 9.2).

Retomando, em 1879, pela última vez entre os juristas brasileiros, as *Primeiras Linhas* de PEREIRA E SOUSA para “acomodá-las ao foro do Brasil,” AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS (1816-1883) insiste na distinção entre contestação e contrariedade, entendendo que a contrariedade é sempre, em princípio, articulada.³¹⁰ Mas, mesmo assim, TEIXEIRA DE FREITAS admite a contrariedade negativa geral, ou “usa-se mais dizer – *por simples negação*.”³¹¹ Retoma mesmo o conselho que se encontra em LOBÃO, que cita, de que “[c]onvém contrariar o Libello por simples negação, para evitar sua emenda na Réplica, quando êlle fôr errado, ou defeituos.”³¹²

A voz dissonante ficou por conta de JOAQUIM IGNACIO RAMALHO (1809-1902), professor na Faculdade de Direito de São Paulo. Em sua *Practica civil e commercial*, de 1861, o autor repudiava a negação “pela cláusula geral” nos seguintes termos:

É da essencia da litis-contestação real e verdadeira uma certa contradição do réo à intenção do autor; e por isso segue-se que não ha real e verdadeira contestação da acção: 1º) quando o réo contraria o libello pela clausula geral, que é confessar o que é por elle, e negar o que é contra elle, ou por outra semelhante; 2º) quando a resposta é condicional. 3º) quando o réo conclue sua resposta ao libello com a clausula *non animo litem contestandi*; 4º) ou quando faz uma simples confissão á intenção do autor; por que sem opposição de qualquer modo feita não pode haver contestação; e d’ahi a regra – *Confessus pro judicato est*; 5º) quando o réo oppoem á intenção do autor excepções meramente dilatorias. A contestação eventual que se diz quando o réo, oppondo ex-

³¹⁰ “A Contrariedade não deve sêr chamada Contestação, como o foi pelo Regul. Com. n. 737, Arts. 96 á 102; nem pela Contestação sêr definida, como o-fôï no Proc. Civ. de Paul. Bap. §§ 97 e 98; á ponto de actualmente reputarem-se estes dois substantivos como sinonimos, enunciando sem alguma differença a mêsmã idéã. Pela simples narração dos factos por parte do Réu, como reconhece o cit. § 97 de Paul. Bap., se-effectúa a contestação; e até se-effectúa, como já se-prevenio com expresseo fundamento na Ord. Liv. 3o Tit. 51, pela – confissão -. E quem dirá, que contraria quem confessa?” (J. J. C. PEREIRA E SOUZA. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civi accommodadas ao Fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*: tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1879, p. 174, n. 365.)

³¹¹ IDEM, *Ibidem*, p. 176, n. 367, grifos do autor.

³¹² IDEM, *Ibidem*, p. 176, n. 368.

cepções, contesta a lide – *sub conditione*, no caso de não serem provadas taes excepções, nem é necessária em nosso fôro, nem approva lei alguma.³¹³

A afirmação está explicitamente apoiada em MELLO FREIRE, em trecho citado ao começo deste capítulo.³¹⁴ É a mesma opinião, aliás, esposada por RAMALHO em obra posterior, em que o ponto é mais condensado.³¹⁵

Nessa toada, note-se que JOSÉ PROSPERO JÉHOVAH DA SILVA CAROATÁ, que faz frequentes remissões à *Praxe Forense*, de MORAES CARVALHO, inclui, em seu *Vademecum Forense*, um modelo de contrariedade por artigos, sem mesmo discutir a possibilidade de o réu se defender por negativa geral.³¹⁶ Talvez seja indício de que havia uma tolerância no foro, insuficiente, contudo, para se alçar em modelo de resposta. Parece-nos ser no mesmo sentido que se deva entender o art. 257 da *Consolidação Ribas*, em 1876,³¹⁷

³¹³ J. I. RAMALHO. *Practica civil e commercial*. São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861, p. 73.

³¹⁴ IDEM, *Ibidem*, n. a. Desenvolvendo a ideia, em obra posterior, assenta que: “Para haver contestação é preciso haver uma opposição por qualquer modo feita pelo réo ás pretensões do autor, não podendo sem ella haver uma decisão, por isso que se não ha contenda, estão as partes de accordo, e desde que o estão não é preciso um julgamento; assim, pois, *não ha contestação verdadeira da acção quando o réo contraria pela clausula geral*, porquanto nella o réo não determina o ponto de duvida, vagamente se exprime sobre elle, deixa a questão no mesmo estado, porque a presumpção de direito é que todos negão o que é contra si e confissão o que é a seu favor. *Porém, quando se trata de um julgamento, é preciso que determinada e não vagamente se especifique qual o ponto da questão em que as partes discordão.*” (J. I. RAMALHO. *Postillas de Pratica*: collecção completa das licções de Pratica do anno de 1865, precedidas de cinco licções de Hemeneutica Jurídica e seguidas de dez de Processo Criminal, inteiramente correctas. 2.ed. São Paulo: Typographia Americana, 1872, p. 150, grifos nossos.) Nessa mesma obra, RAMALHO demonstra seu apreço por MELLO FREIRE, assentando que “elle nunca disse alguma cousa sem razão” (IDEM, *Ibidem*, p. 152).

³¹⁵ “E porque na contrariedade o réu se faz autor, *deve elle especificadamente declarar a causa e a rasão em que funda a sua resposta e defeza*; e sempre que em seus artigos fizer menção de alguma escriptura ou documento, é, do mesmo modo que o autor, obrigado a offerecê-lo.” (J. I. RAMALHO. *Praxe Brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869, p. 210, grifos nossos).

³¹⁶ Assim exarada: “A contrariedade será concebida nos seguintes termos: *Contrariando o libello a fl. diz o R. contra o A. por esta ou melhor fórma de direito. E.S.N. §P. que o R. não deve ao A. a quantia de \$, exigida em seu libello a fl.; porquanto P. que quando o A. ajustou contas com R. em tal tempo, em que ficou o R. responsavel pelo saldo que obteve o A. a seu favor; nesta mesma occasião o A. deu ordem ao R. para dar a referida quantia a Fuão. P. que posto o R. ainda não desse a dita quantia a Fuão; todavia lhe participou semelhante ordem; ficando por consequencia responsavel para com este, e desonerado para com o A. (Se for preciso mais algum artigo para prova do fato se fará, conforme as circumstancias que houverem). P. que o R. é verdadeiro, e por consequencia incapaz de negar o que deve. P. que nestes termos e conforme os de direito a presente contrariedade deve ser recebida si et in quantum para que provada, afinal se julgue não competir ao A. a presente acção contra o R., sendo este absolvido da instancia e condemnado aquelle nas custas, e mais pronunciações de direito. F.P. P.R.C.de.J. P.P.N.N. e C. (Rubrica do Advogado).*” (J. P. J. da S. CAROATÁ. *Vademecum Forense*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1866, p. 69-70.)

³¹⁷ Advinda a Lei da Reforma Judiciária, de 20 de setembro de 1871, acompanhada de um Regulamento, em 22 de novembro do mesmo ano, que, introduziu mais um grau de afastamento do processo brasileiro para com o quanto disposto nas Ordenações Filipinas, surgiu a necessidade de uma visão de conjunto da

segundo o qual a contestação se dará “negando a acção ou confessando-a directamente, ou expondo as circunstâncias do facto, como este se passou. *Não poderá, porém, contestar a acção pela clausula geral, isto é, confessando o que é por elle, e negando o que é contra elle.*”³¹⁸ Afinal, trata-se de consolidação, e a referência, dada em nota, é às Ordenações Philippinas (l. 3, t. 51),³¹⁹ sem maiores desenvolvimentos.

Um esclarecimento precioso pode ser dado pelo exame dos projetos de codificação processual que, já no Primeiro Reinado, foram elaborados no Brasil. JOSÉ ANTONIO DA SILVA MAIA (1789-1853), em seu *Projecto de lei da forma do processo civil nos juízos de primeira instância*, de 1828, determina que, comparecendo o réu à audiência para a qual foi citado, não se podendo o feito resolver por perguntas do juiz, o autor deverá oferecer o libelo nessa ou na próxima audiência, “em termos claros, e concisos, que nada mais contenhão além da exposição do facto, razão de pedir, e conclusão com petição de coisa certa.”³²⁰ Lido o libelo, o réu poderá confessar o conteúdo dele ou, em caso contrário, o juiz lhe dará cinco dias para alegar suas exceções, que não serão depois admitidas. Se não houver exceções ou depois delas, o juiz dá ao réu vinte dias para formar sua contrariedade. A respeito da contrariedade, disciplina o art. 88 do *Projecto*:

Art. 88. Na primeira audiencia, que se seguir depois dos vinte dias assignados, offercerá o Réo contrariedade, *ou por artigos, ou por negação*; mas em qualquer dos casos, por escripto, e assignada por Advogado: *os artigos serão formados com concisão, e clareza, contendo sómente a materia de facto com as razões da defeza, directas e concludentes.*³²¹

legislação processual vigente, à espera de uma codificação, o que ficou determinado pelo art. 29, § 14, da Lei da Reforma, que determinava que o governo “fará consolidar todas as disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal.” Essa tarefa ficou a cargo de ANTONIO JOAQUIM RIBAS (1818-1890), cuja Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Civil foi tornada obrigatória por Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876. Embora não fosse código do processo, observava-se, assim, como tal.

³¹⁸ *Consolidação das Leis do Processo Civil, commentada pelo Dr. Antonio Joaquim Ribas*: volume I. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879, art. 257, p. 210-11, grifos nossos.

³¹⁹ RIBAS, comentando sua *Consolidação*, divide a litiscontestação em afirmativa e negativa, subdividindo esta última em geral e especial, “segundo ella nega essa intenção [do autor], por formula geral ou referindo-se a cada um dos artigos do libello” (IDEM, *Ibidem*, comentário 171, p. 211).

³²⁰ J. A. da S. MAIA. *Projecto de Lei da Forma do Processo Civil nos Juízos de Primeira Instância, ou Primeira Parte do Código do Processo Civil*: oferecido à Camara dos senhores deputados na sessão de 1828. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829, art. 79, p. 23.

³²¹ IDEM, *Ibidem*, art. 88, p. 25, grifos nossos.

Trata-se, assim, de movimento de simplificação, pelo qual se deixaria de lado a duplicidade entre litiscontestação e contrariedade e se admitiria a contrariedade por negativa geral, além de determinar, em paralelo com o libelo do autor, o conteúdo da contrariedade, se por artigos. Projeto contemporâneo ao de SILVA MAIA, buscando regular conjuntamente o processo civil e o penal, foi oferecido por LUCIO SOARES TEIXEIRA DE GOUVEA (1792-1838) à Câmara em 10 de maio de 1829.³²² Embora não haja eco do debate sobre a contrariedade poder ou não ser feita por negativa geral, a tendência de simplificação é marcada, com a extinção de várias exceções, “para que os seus objectos façam uma parte componente dos primeiros artigos da contrariedade,”³²³ e com a possibilidade de a reconvenção ser posta “no fim da sua contrariedade.”³²⁴ A prova seria amplamente admitida, já que o juiz deve “deferir todos os requerimentos que houverem nos sobreditos articulados de uma e de outra parte,”³²⁵ só se admitindo alguma limitação “quando ambas as partes a requererem de acordo.”³²⁶ Note-se que, na causa sumária, a defesa do réu vem nomeada contestação, e não contrariedade.³²⁷

JOAQUIM IGNACIO RAMALHO, embora, conforme visto, desaprovasse a contrariedade, ou contestação, por negativa geral, em suas *Postillas de Pratica*, lições apresentadas na Faculdade de Direito de São Paulo em 1866, foi ao ponto desse movimento de simplificação, esboçando um contraste histórico entre as Ordenações Manuelinas e as Filipinas que parece, pela primeira vez, trazer à consciência a evolução que se foi operando ao longo dos séculos precedentes (item 8.2):

A Ord. Philippina, porém, que é aquella que vigora, modificou a Manoelina, estabelecendo que, offerecido o libello segue-se logo a contrariedade, e que neste prazo, se o réo tiver algumas excepções, deve vir com todas ellas, a não serem as de suspeição ou de incompetencia do juiz que precedem a quaesquer outras. *Já se vê, pois, que a Ord. Philippina modificou a fôrma de processo do nosso direito, no que dizia respeito á contestação. Pela Ord. Philippina não é a contestação da*

³²² L. S. T. de GOUVEA. Código do Processo Criminal: proposta do governo apresentada em sessão de 20 de maio de 1829. In: A. P. PINTO (ed.). *Annaes do Paralemento Brasileiro*: Camara dos Srs. Deputados, Quarto Anno da Primeira Legislatura, sessão de 1829. Rio de Janeiro: Typographia H. J. Pinto, 1877, p. 111-29. A despeito do título, equivocado, trata-se de projeto de código que regulava tanto o processo civil quanto o penal.

³²³ IDEM, *Ibidem*, art. 69, p. 113.

³²⁴ IDEM, *Ibidem*, art. 70, p. 113.

³²⁵ IDEM, *Ibidem*, art. 82, p. 114.

³²⁶ IDEM, *Ibidem*, art. 86, p. 114.

³²⁷ IDEM, *Ibidem*, art. 134, p. 115.

*lide um acto distincto da contrariedade e excepções, vindo d'ahi dizerem os Praxistas que a contestação da lide resulta da contrariedade e da treplica, isto é, só dá-se depois que o autor tem completado a deducção de sua intenção e o réo a de sua defesa. (...) [V]ê-se que o que a Ord. Philippina aboliu, foi a fôrma prévia de oppôr-se o réo á pretensão do autor antes de deduzir os factos pelos quaes se oppõe, o que era realmente uma desnecessidade, porquanto, de modo nenhum podia influir na ordem do processo, que antes da contrariedade se oppoz-se o réo á pretensão do autor ou narrasse o facto de um modo diverso; por isso bem estabeleceu a nossa Ord., dispondo que os factos deduzidos pelo réo na contrariedade contestassem a lide.*³²⁸

A evolução de que vimos tratando, com as tensões expostas, encontrou seu primeiro ponto de condensação normativa com a edição do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que disciplinava o processo comercial, ligando-se intimamente ao Código Comercial, promulgado em 25 de junho do mesmo ano. Nessa estruturação do direito comercial brasileiro – material e processual – “[o] modelo inspirador fora diretamente o código francês de 1807.”³²⁹ O Regulamento 737 é monumento legislativo de primeira grandeza, observado nas causas cíveis após a proclamação da República, nos termos do Decreto 763, de 19 de setembro de 1890, e, em alguns Estados, que não produziram codificação estadual, vigorou até 1940, quando do advento do Código nacional de 1939.

No processo comercial regulado pelo Regulamento 737, a defesa do réu é chamada contestação, e não mais contrariedade, e “deve conter simplesmente a exposição dos motivos e causas que podem illidir a acção” (art. 96), incluindo já as exceções, que vão nela integradas. Admite-se a contestação “por negação [geral]”, hipótese em que “a causa ficará logo em prova á requerimento de alguma das partes” (art. 102). Mas a con-

³²⁸ RAMALHO, *Postillas de Pratica, op. cit.*, p. 147-48, grifos nossos. JOSÉ ANTÓNIO PIMENTA BUENO (1803-1878) testemunha do mesmo fenômeno, ao dizer que “[n]ão tem lugar em nosso foro a lites-contestação solemne do processo civil romano... (...) Nas causas ordinarias a contestação não se completa senão depois de produzidas a replica e treplica, porque só então é que o autor tem estabelecido completamente os meios que entende que sustentão a justiça de sua acção, e o réo os que considera que estabelecem sua defesa; só então é que as pretensões contrarias plenamente desenvolvidas deixam ver os pontos de facto e direito que formulão a questão.” (J. A. PIMENTA BUENO. *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1850, p. 90.)

³²⁹ J. R. de L. LOPES. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império. *Cadernos Direito GV*, Rio de Janeiro, n. 5 (6), p. 7-70, 2007, aqui p. 24.

testação por negação tem dois impactos na dilação probatória. Em primeiro lugar, segundo dispõe o art. 179, “[a]s testemunhas serão perguntadas ou reperguntadas somente sobre os factos allegados na acção, contestação, replica e treplica, e suas circumstancias”; logo, havendo contestação por negação geral, não poderá o réu inquirir testemunhas. Em segundo lugar, de acordo com o art. 208:

Para que a parte seja obrigada a depor he essencial:

§ 1º Que os artigos sejam claros, precisos, não contradictorios, não criminosos, não diffamatorios, e nem meramente negativos;

§ 2º Que os artigos versem sobre materia de facto, e sobre cousa certa, e pertencente ou connexa com a causa.

Isto é, também não será possível ao réu fazer depôr o autor se tiver contestado por negativa geral, uma vez que não haverá artigos em sua peça defensiva.³³⁰ É por isso que JOÃO MONTEIRO, embora admitindo, em comentário ao mesmo artigo, que “[p]ode o réu, em vez de contestar a acção por artigos em que deduz a factos dependentes de prova, limitar-se a negar de modo geral a intenção do auctor,”³³¹ acrescenta que “este modo de defesa não deve ser usado senão quando ella consistir em direito, que sendo certo, não depende de prova.”³³² Essas relevantes consequências, no entanto, não parecem ter chamado a atenção nem aos primeiros comentadores do processo comercial brasileiro, como JOAQUIM JOSÉ PEREIRA DA SILVA RAMOS (nascido em 1818)³³³ e ANTONIO CAETANO

³³⁰ Nos termos de ARTHUR DE FREITAS LEITÃO, comentando o art. 102 do Regulamento, “[o] réu que contesta a acção por negação geral, não póde offerecer testemunhas nem requerer o depoimento pessoal do autor.” (A. de F. LEITÃO. *Notas ao Processo Civil e Commercial*: Regulamento n. 737, de 1850. 2.ed. São Paulo: C. Teixeira & Cia, 1928, p. 35, n. 37). No mesmo sentido: B. de FARIA. *Código Commercial Brasileiro Annotado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912, p. 762.

³³¹ J. MONTEIRO. *Programma do Curso de Processo Civil*: II volume, do processo ordinario, 1ª parte. São Paulo: Companhia Industrial de São Paulo, 1900, p. 61.

³³² IDEM, *Ibidem*, p. 62, n.1.

³³³ J. J. P. da S. RAMOS. *Manual Pratico do Processo Commercial*: tomo I. 2.ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1864, §§ 202-13, p. 75-78, que contém uma mera paráfrase dos artigos correspondentes do Regulamento 737.

SEVE NAVARRO (1841-1898),³³⁴ que não assinalaram essa novidade do Regulamento 737, nem aos primeiros julgados relativos ao Regulamento 737.³³⁵

Trata-se, logo, de regime que, de um lado, admite a negação geral, isto é, não lhe imputa um desvalor, mas que, de outro, atribui consequências restritivas para o réu que assim contesta; essas consequências, no entanto, não havendo desvalor da conduta, não podem ser consideradas sanções (cf., *supra*, item 3.2). O objetivo era o de “evitar que os comerciantes se embaraçassem com litígios, discussões e formalidades longas e tediosas que se viam nos auditórios das justiças ordinárias,”³³⁶ e parece ter sido sob o imperativo da simplificação e de modo afim às especificidades de um conflito entre comerciantes que se produziu um processo bastante mais preclusivo que o modelo das Ordenações.

Passando ao largo do ruidoso debate sobre os méritos e deméritos intrínsecos do Regulamento 737,³³⁷ sem dúvida devido ao fato de que ele “criou uma cultura e manteve grande parte da cultura antiga,”³³⁸ impende, todavia, notar que os valores que são nele corporificados acenam para uma axiologia distinta daquela que colocava a verdade em seu centro. Conforme notou JOSÉ FREDERICO MARQUES (1912-1993) – notório crítico do diploma – o juiz, no Regulamento 737, “era como uma figura solta no espaço que, de quando em vez, baixava à terra para declarar a causa em prova, ou dizer que era ocasião

³³⁴ A. C. S. NAVARRO. *Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial*. Recife: Universal, 1868, arts. 423 a 437, p. 322-26, sem novidades. Este autor lembra acuradamente (IDEM, *Ibidem*, p. 415, n. 948) que a disposição que determinava que a inquirição da testemunha seria baseada apenas nos artigos apresentados vem das Ordenações Filipinas (l. 1, t. 86, 1). No entanto, naquele regime processual, conforme já visto, havia a hipótese de restituição para o não oferecimento de artigos, que foi sendo normalizada com a mitigação generalizada das preclusões (cf., *supra*, item 8.2).

³³⁵ Em sua *Jurisprudencia commercial*, que reunia todas as sentenças proferidas em grau de revista pelo Supremo Tribunal de Justiça e os acórdãos revisores dos Tribunais do Comércio entre 1850 e 1870, FRANCISCO BAPTISTA MARQUES PINHEIRO não indica qualquer julgado que tenha se ocupado dos artigos *supra* referidos (F. B. M. PINHEIRO. *Jurisprudencia commercial: collecção de todas as sentenças proferidas em grão de revista pelo Supremo Tribunal de Justiça e accordãos revisores dos Tribunnaes do Commercio*. Rio de Janeiro: Typographia do Apostolo, 1870). Pesquisa realizada nos periódicos *Revista jurídica – doutrina, jurisprudência e bibliographia* (1862-1873), *Gazeta jurídica – revista semanal de doutrina, jurisprudência e legislação* (1873-1887) e *O Direito – revista de legislação e jurisprudência* (1873-1913), revistas que, na avaliação de ARMANDO SOARES DE CASTRO FORMIGA, “representaram o ápice da produção periódica segmentada dos oitocentos, na área jornalismo científico-jurídico” (A. S. de C. FORMIGA. *Periodismo jurídico no Brasil do século XIX: história do direito em jornais e revistas*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 117), não identificou discussão a respeito do problema da contrariedade por negativa geral. Assim, parece confirmar-se claramente que se estava diante de conduta em que prevalecia a liberdade no interior da relação jurídica processual. Sobre essas revistas, cf. FORMIGA, *Periodismo jurídico no Brasil do século XIX, op. cit.*, p. 88-99, 108-116 e 116-133, respectivamente.

³³⁶ J. da S. PACHECO. *Evolução do Processo Civil Brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2.ed. São Paulo: Renovar, 1999, p. 125.

³³⁷ Sobre o ponto, cf. M. LOBO DE COSTA. *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*. São Paulo: RT/Edusp, 1970, p. p. 32-33.

³³⁸ J. R de L. LOPES. *O Direito na História: lições introdutórias*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 290.

da réplica ou tréplica, e assim por diante;”³³⁹ ou ainda, alguém que “deixa o processo correr à vontade, mas no final dá uma sentença erudita e bem lançada sobre uma causa com a qual não teve o menor contato.”³⁴⁰

Trata-se, de modo afinado com os valores que se mostravam mais evidentes no terreno comercial, de reflexo de “uma vitória dos comerciantes sobre outros grupos sociais e de interesse.”³⁴¹ AURELIANO DE GUSMÃO (1857-1922), escrevendo sob a vigência do Regulamento 737 na São Paulo da Primeira República, chega até a elogiar a negativa geral sob o signo da eficiência, já que “[a] contestação por negação geral tem a vantagem de abreviar a marcha da acção; pois que a ella segue-se logo a declaração da causa em prova, evitando-se a delonga da réplica e da tréplica.”³⁴² Sem dúvida, aproxima-se o modelo brasileiro, ao menos no direito especial processual comercial – destinado a se tornar direito processual geral com o advento da República – do modelo processual francês, de índole liberal.³⁴³ Nos termos de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, o Regulamento 737 está “imbuído da concepção do processo como coisa privada das partes, usual no processo europeu-continental da época.”³⁴⁴

MICHELE TARUFFO caracterizou essa visão de processo, que de resto se ia difundindo em muitos ordenamentos ao longo do século XIX,³⁴⁵ nos seguintes termos:

Trata-se, substancialmente, de uma concepção negocial segundo a qual caberia exclusivamente às partes, através da alegação e da contestação ou da não-contestação dos fatos, o poder de estabelecer o que deve ou não ser provado, bem como o poder de determinar o que deve ou não ser tido como verdadeiro para fins decisórios.³⁴⁶

³³⁹ J. FREDERICO MARQUES. Regulamento No. 737 de 1850. *O Estado de São Paulo*, 17 de agosto de 1958. O mesmo autor tratou do assunto um pouco mais concisamente em: J. FREDERICO MARQUES. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 57, p. 129=31.

³⁴⁰ MARQUES, Regulamento No. 737 de 1850, *op. cit.*. Cf., ainda, M. TARUFFO; D. MITIDIERO. *A Justiça Civil*: da Itália ao Brasil, dos Setecentos a hoje. São Paulo: RT, 2018, p. 176-77.

³⁴¹ LOPES, *História da Justiça e do processo no Brasil do Século XIX*, *op. cit.*, p. 86.

³⁴² A. de GUSMÃO. *Processo Civil e Commercial*: volume I. São Paulo: Livraria Academica, 1921, p. 429.

³⁴³ Cf.: P. M. de OLIVEIRA. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização procedimental. São Paulo: RT, 2018, p. 49.

³⁴⁴ C. A. ALVARO de OLIVEIRA. *O formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

³⁴⁵ C. H. VAN RHEE. The Influence of the French Code de Procédure Civile (1806) in 19th Century Europe. In: CADIET, CANIVET (eds.), *1806 – 1976 – 2006 – De la commémoration d’un code à l’autre*, *op. cit.*, p. 129-65.

³⁴⁶ M. TARUFFO. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 148.

Nesse contexto, abre-se terreno para que o processo possa ser novamente – em tensões e interdependências complexas, aliás, com a visão publicista do processo – coisa das partes e, com isso, permite-se que a tradição retórica, disciplinada progressivamente ao longo dos séculos, ainda que nunca eliminada, ganhe nova força.

9.2. *Das codificações estaduais ao CPC/73*

As codificações estaduais, conforme vão suplantando o Regulamento 737, em realidade vão-no prolongando, tamanha a aderência que mantêm ao sistema nele desenhado. A admissão explícita da negação geral, em formulações que a explicitam como faculdade, neutra para o sistema – como a de que “a contestação póde ser por negação” (Consolidação das Disposições Referentes ao Processo Civil e Commercial da Justiça Local do Districto Federal, art. 214)³⁴⁷, a de que “a contestação pode ser feita por simples negação” (Código do Distrito Federal, art. 140) ou de que “o réo pode limitar-se a contestar a acção por negação geral” (Código de Minas Gerais, art. art. 184) – combina-se frequentemente com restrições probatórias, mais ou menos extensas, sempre na esteira do

³⁴⁷ Trata-se, como a nota na consolidação indica, de interpretação do art. 102 do Regulamento 737, lido assim como instaurador de uma faculdade processual: A. V. L. RIBEIRO. *Consolidação das Disposições Referentes ao Processo Civil e Commercial da Justiça Local do Districto Federal*: vigentes em 31 de julho de 1913. Rio de Janeiro: Graphics da S.A. Progresso, 1913, p. 66, n. 242.

Regulamento 737.³⁴⁸ É assim, em ordem cronológica,³⁴⁹ exemplificativamente, nos códigos do Maranhão (1911, arts. 209 e 225),³⁵⁰ do Espírito Santo (1914, arts. 381 e 384),³⁵¹ do Rio de Janeiro (1918, arts. 1228),³⁵² do Paraná (1920, arts. 272 e 281, § 1º),³⁵³ de

³⁴⁸ No Decreto 898, de 11/10/1890, que organizou a justiça federal, pouco após a proclamação da República, leem-se os dois seguintes artigos neste ponto: “art. 142. Offerecida a contestação, terá vista por dez dias cada um, o autor para replicar, o réo para treplicar. E si a contestação, ou a réplica ou a tréplica forem por negação, a causa ficará logo em prova a requerimento de alguma das partes; da mesma forma se procederá quando o autor não replicar, ou o réo não treplicar no termo consignado;” “art. 173. As testemunhas serão perguntadas, ou reperguntadas exclusivamente sobre os factos e suas circunstancias, allegados na acção, contestação, réplica e tréplica.” No posterior Decreto 3.084, de 1898, que contém a Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal, veem-se os seguintes artigos, remetendo aos arts. 102, 301 e 324 do Regulamento 737: “§ 924, art. 200: Si a contestação, ou réplica ou tréplica for por negação, a causa ficará logo em prova a requerimento de alguma das partes. Da mesma fórma se procederá, quando o autor não réplicar ou o réo não tréplicar no termo assignado;” “§ 1025, art. 301: Para que a parte seja obrigada a depôr é essencial: a) que os artigos sejam claros precisos e não contradictorios, não criminosos, não diffamatorios nem meramente negativos; b) que os artigos versam sobre a materia de facto e sobre cousa certa, e pertencente ou connexa com a causa;” “§ 1048, art. 324. As testemunhas serão perguntadas ou reperguntadas sobre os factos allegados na acção, contestação, réplica e tréplica e suas circunstancias, e sómente sobre estes factos podem depôr.” Sem correspondente, no entanto, no Regulamento 737, o seguinte artigo: “§ 983, art. 259. O autor deve provar os factos que servem de base á sua acção, e o réo os factos em que baseia a sua defesa, salvo contestando por negação geral.”

³⁴⁹ Uma útil listagem de todos os códigos estaduais, em ordem cronológica, encontra-se em COSTA, *Breve História do Direito Processual Brasileiro*, op. cit., p. 66-68. Mais amplamente: J. G. B. CÂMARA. *Subsídios para a história do direito pátrio*: tomo IV, 1889-1930. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1967, p. 110-24.

³⁵⁰ “Art. 209: A contestação conterà a exposição da defeza do réo, acompanhada de todos os documentos que a justifiquem e da indicação do praso de que necessita o réo para produção de outras provas.”

“Art. 225: Offerecida a contestação ou esgotado o praso sem que o réo a tenha apresentado, ou contestada por negação a causa, na primeira audiencia que se seguir, e para a qual serão previamente intimadas as partes, será a causa posta em prova, si tiver havido protesto por dilação. § Unico. Contestando por negação, poderá o réo protestar por dilação probatoria, não lhe sendo, porém, lícito, dar prova testemunhal.”

³⁵¹ “Art. 381: A contestação será assignada por advogado habilitado nos termos deste codigo e conterà a exposição da defesa do réo, devendo ser acompanhada de todos os documentos que a justifiquem e da indicação, na fórma exigida para a petição inicial, das provas que o réo terá de dar.”

“Art. 384: Quando o réo não contestar ou o fizer por negação, não poderá dar prova testemunhal nem pedir o depoimento do autor; terá, porém, o direito de reinquirir as testemunhas da parte adversa e protestar por dilação para as outras provas.”

³⁵² “Art. 1146: A contestação, como os embargos, deve conter simplesmente a exposição das causas que podem illidir a acção.”

“Art. 1228: Quando o réo não tiver contestado ou embargado, ou houver contestado por negação, não poderá dar na causa prova testemunhal; terá, porém, o direito de reinquirir as testemunhas da parte adversa e de offerecer prova documental ou outra qualquer.”

³⁵³ “Art. 272: Na contestação deve o réo deduzir todas as razões de direito e de facto que tem para impugnar a acção no todo ou em parte. §1º Deve preceder á materia da defesa a allegação de quaesquer nullidades processuaes que até então tenham ocorrido. §2º Deve a contestação ser por artigos, pelo menos na parte relativa a factos sobre os quaes se tiver de inquirir testemunhas. §3º Ao contestar a acção, o réo indicará os meios de prova de que se vae utilizar e juntará desde logo os documentos que se acharem em seu poder.” “Art. 281, §1º: Si a contestação ou a réplica for por negação geral, será logo assignada a dilação referida.”

Minas Gerais (1922, arts. 181, 184 e 316),³⁵⁴ do Ceará (1924, arts. 82 e 248),³⁵⁵ de Pernambuco (1924, arts. 212, 217 e 314)³⁵⁶ e de São Paulo (1930, arts. 176, 249, 251 e 265).³⁵⁷ Os comentadores explicitavam o sistema da negação real acoplada a limitações

³⁵⁴ “Art. 181: A contestação deve conter a exposição simples, articulada ou não, dos factos ou motivos que possam illidir a acção do auctor, concluindo o réo por pedir que seja absolvido no todo ou em parte do pedido.”

“Art. 184: O réo pode limitar-se a contestar a acção por negação geral, em vez de expôr os factos ou motivos que illidam a intenção do auctor, devendo então a causa ficar, desde logo, em prova.”

“Art. 316. A testemunha somente poderá ser inquirida sobre os factos da causa e suas circumstancias, allegados antes da contestação da lide, devendo individuar todas as circumstancias principaes do facto, como o logar, o modo e o tempo, dar a razão de sua sciencia e delcarar, si fôr de vista, outras pessoas que viram, quando possível e, si fôr auricular, de quem ouviu.”

³⁵⁵ “Art. 82: Na contestação, que poderá ser articulada ou não, deve o réo expor as causas que podem illidir a acção. §1º – Nas acções ordinarias e summarias, poder-se-á, entretanto, fazer a contestação por negação geral, com o protesto de convencer afinal. §2º – Com a contestação deve o réo juntar os documentos em que fundar a sua defesa, attendidas as mesmas restricções e excepções do artigo 79. §3º – Observar-se-á, quanto aos embargos que servirem de contestação, o disposto neste artigo, in principio e paragrapho 2º.”

“Art. 248: As testemunhas do autor serão inquiridas sobre os factos allegados na petição ou artigos iniciaes, na replica ou na impugnação; as do réo sobre os factos da contestação, treplica ou embargos. Paragrapho unico: As testemunhas serão tambem inquiridas sobre as circumstancias dos factos, a respeito dos quaes depuzeram, ainda que allegadas não sejam.”

³⁵⁶ “Art. 212: A contestação ou os embargos devem conter a exposição simples, articulada ou não, dos factos ou motivos que possam illidir no todo ou em parte a acção proposta, concluindo o réo pelo pedido de absolvição total ou parcial.”

“Art. 217: Não contestada a acção, ou offerecida a contestação sem qualquer dos incidentes acima referidos, ou depois destes definitivamente julgados, terminará o periodo de discussão da causa, seguindo-se a dilação probatoria.”

“Art. 314: A testemunha só poderá ser inquirida sobre os factos allegados pela parte requerente, devendo em suas respostas, precisar-os com todas as suas circumstancias, inclusive de logar, modo e tempo, dando a razão da sua sciencia.”

³⁵⁷ “Art. 176: Se houver facto a provar por exame pericial, depoimento pessoal ou testemunhas e protesto na acção ou na defesa, assignar-se-á em audiência a dilação probatória, que correrá independentemente de intimação, e será commum às partes.”

“Art. 249: A contestação deve conter a exposição dos factos ou causas em que se funda a defesa, sendo-lhe applicaveis os arts. 206, § unico, e 208. § unico – As excepções peremptorias nella podem ser reproduzidas.

“Art. 251: Não sendo a acção contestada ou sendo-o por simples negação, será desde logo a causa posta em prova (art. 176).”

“Art. 265: As partes e testemunhas só poderão ser inquiridas sobre os factos articulados por quem requereu o depoimento.”

probatórias, como JORGE AMERICANO³⁵⁸ e CÂMARA LEAL³⁵⁹ em São Paulo, e mesmo diante de diplomas menos explícitos, como o do Rio Grande do Sul, de 1908,³⁶⁰ segundo OSWALDO VERGARA,³⁶¹ e o do Distrito Federal, de 1924, segundo leciona HELVECIO DE GUSMÃO.³⁶²

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo confirma esse direcionamento reiteradamente, seja antes, seja depois da entrada em vigor do Código de Processo paulista, isto é, quando ainda vigia em São Paulo o Regulamento 737.³⁶³ Em caso interessante, julgado em

³⁵⁸ “A contestação real pode ser por simples negação, que também se diz negação geral (art. 251), ou por contraposição de factos e argumentos ao libello, para concluir pelo pedido de absolvição integral ou parcial do réo, conforme couber segundo o direito invocado. Mas si depender de factos que tenham de ser provados por depoimento, será articulada, art. 206 § unico. (...) Mas a revelia, como a negação geral, excluem o direito de produzir prova, limitando-se o réo a acompanhar a do autor (art. 176).” (J. AMERICANO. *Commentarios ao Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*: 1º volume, arts. 1 a 261. São Paulo: Saraiva, 1934, 655, p. 762-65) “Si contestada por contraposição de factos ou argumentos, em acção ordinaria, conclusos os autos o juiz mandará abrir vista para replica e tréplica (art. 252). Si por negação geral, ou não contestada, porá a causa em prova, caso o autor tenha factos a provar por exame ou depoimento (art. 176). Em caso contrario, despachará desde logo ás allegações finaes, por ser então dispensavel a dilação probatoria (vert art. 351, V). Na revelia, reputa-se contestada a causa por negação geral. Mas, tanto na negação geral tacita, como na expressa, o réo não tem direito a produzir prova, si houver dilação requerida pelo autor (art. 176).” (IDEM, *Ibidem*, 660, p. 768.)

³⁵⁹ “Si forem nella allegados factos que tenham de ser provados por depoimento pessoal ou testemunhal, deve ser a contestação deduzida sob a fórmula de artigos.” (A. L. da CÂMARA LEAL. *Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo Commentado*. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & Cia, 1930, CCCLVIII-590, p. 644.)

³⁶⁰ Sobre esse código, cf. A. de MENDOÇA LIMA. A primazia do Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul. In: IDEM. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 301-07.

³⁶¹ No comentário ao art. 341 (“art. 341: Si a contestação fôr por negação, ou não fôr oferecida no prazo legal, será também a causa posta em prova”), OSWALDO VERGARA reproduz acórdão do STE gaúcho, de 26 de outubro de 1922, em que se assentou que “[é] elementar que não se dão testemunhas senão sobre fatos alegados no processo, porque, do contrário, elas não teriam sobre que depor” (O. VERGARA. *Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Rio Grande do Sul*: Lei n. 56 de 16 de janeiro de 1908, com a jurisprudência do Superior Tribunal do Estado até 1931, com inúmeros comentários de doutrina e com as modificações introduzidas pelo Código Civil Brasileiro. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1936, p. 152, n. 482).

³⁶² Comentando o art. 140 (“A defesa pode ser feita por simples negação, e oferecida, articulada, ou não, seguir-se-á a instrução da causa na forma estabelecida para cada uma das especies de acção admittidas neste código”), anota GUSMÃO: “O réo que contesta por negação não poderá produzir prova” (H. de GUSMÃO. *Código do Processo Civil e Commercial para o Districto Federal*: mandado executar pel Dec. n. 16.752, de 31 de dezembro de 1924, anotado com a Doutrina, as legislações federal e estadual e com a Jurisprudência dos Tribunaes. Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1931, p. 88). ODILON DE ANDRADE, comentando o mesmo diploma, oferece, no entanto, um contraponto, pela explícita expectativa de que o réu aja com a mesma diligência que o autor: “Segundo Ihering, a relação das partes litigantes entre si é caracterizada pela egualdade juridica, e a primeira exigencia que deve realizar a organização do processo é de justiça no processo. Como consequencia disso, o que se exige do autor na petição inicial, é também exigido do reu na defesa: a narração do facto, a exposição do direito, a conclusão do pedido, a indicação das provas e offerecimento dos documentos basicos, etc.” (O. de ANDRADE. *Código do Processo Civil e Commercial do Districto Federal*: Decreto n. 16.752, de 31 de dezembro de 1924, anotado de accôrdo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, 1º volume. Rio de Janeiro: Officinas Graphics d’O Social, 1927, p. 95).

³⁶³ Exemplificativamente: “negam provimento ao recurso e confirmam o despacho que não admitiu o depoimento do autor em vista do que dispõe o art. 208 e o art. 179 do Dec. n. 737 de 1850; porque quem contesta por negação geral não pode dar prova testemunhal, por isso que, não tendo formulado artigos, a testemunha não terá sobre que depôr, como dispõe a lei citada” (RT/7, 44-45, TJSP, Agravo 6835, Câmara Criminal e de Agravos, 31/07/1913); “É corrente em direito que quem contesta por negação geral não pode

10 de dezembro de 1932, a 4ª Câmara decidiu caso interessante, em que rejeitou como contestação geral, logo inapta a permitir a produção de prova testemunhal, contestação em que os réus “apenas articularam, na sua contestação, que o pedido dos autores não encontrava apoio nos autos, em lei ou no contrato social ‘não sendo verdade o alegado na inicial’,”³⁶⁴ o que deixa claro que a identificação da negação geral independia da fórmula tradicional do foro, e, como a *ratio decidendi* foi a de que “os réus... não alegaram fato algum que pudesse ser provado por testemunhas,”³⁶⁵ fica evidente que a contestação que não é por negativa geral é – no que se dá continuidade ao critério tradicional (cf., *supra*, item 8.2) – aquela que apresenta uma contranarrativa fática.

A indiferença axiológica da negação geral nesse sistema vem bem caracterizada nos formulários forenses, em que se apresentavam, na longínqua sucessão do *Tractado dos libellos* de CAMINHA (cf., *supra*, item 8.2),³⁶⁶ modelos práticos para uso no foro, enriquecidos com algumas indicações e comentários. Exemplificativamente, em Minas Gerais, antes ainda do advento do código processual daquele estado, ANTONIO AUGUSTO VELLOSO, em seu *Manual do Processo Civil*, fazia suceder, na ação ordinária, um formulário de contrariedade por artigos (“pode articular a contrariedade”)³⁶⁷ por outro formulário por negação geral (“relewa notar que tanto a contrariedade como a replica e a treplica podem

produzir prova testemunhal. Ora, o réu contestou por negação geral. O não recebimento da sua contestação privou-o apenas de produzir prova testemunhal. Ora, nenhuma prova tinha ele que produzir, uma vez que a contestação foi por negação. A contestação, tal qual foi apresentada, era completamente inócua em relação à defesa; não defendia, o réu. Se não o defendeu, a culpa foi do advogado” (RT/23, 214-217, TJSP, Câmara Civil, Ap. Cível n. 8.170, 08/06/1917); “de acordo com a jurisprudência constante e pacífica, afirmou não produzir prova testemunhal quem contestou por negação” (RT/59, 264, TJSP Agravo 14.104, Câmara Criminal e de Agravos, 09/08/1926).

³⁶⁴ RT/85, 87, TJSP, 4ª Câmara, AI 14, 10/12/32.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ Exatamente no momento da pluralidade processual, essa obra parece ter conhecido sua última edição, e isso em território brasileiro, embora incluindo apenas os libellos, e não os demais modelos: J. RIBEIRO. *Dos Libellos (Tratado da Forma dos Libellos do licenciado Gregorio Martins Caminha)*: tirada da edição de 1731 e anotada de acordo com a legislação vigente. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919. Trata-se de momento em que, promulgado o Código Civil de 1916, iam aparecendo obras repletas de formulários, organizadas pela sucessão dos artigos do Código Civil e preocupadas sobretudo com as petições iniciais de cada “ação” que se poderia extrair daquele diploma. Muitas vezes, no entanto, há também interessantes sugestões para as peças de defesa do réu. Exemplificativamente, vejamos as seguintes obras: A. L. da CAMARA LEAL. *Theoria e Pratica das Acções*: volume I, introdução, acção de família, acções reaes. São Paulo: Saraiva, 1923; A. L. da CAMARA LEAL. *Theoria e Pratica das Acções*: volume II, acções obrigacionaes. São Paulo: Saraiva, 1933; C. de OLIVEIRA FILHO. *Pratica Civil*: formulario dos actos mais importantes do Codigo Civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro Candido de Oliveira, 1927-44, 16 volumes; M. M. de COSTA CRUZ. *Curso Elementar de Pratica do Processo no Civil e no Crime*. Revisto por Paulo M. de Lacerda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, 3 volumes.

³⁶⁷ A. A. VELLOSO. *Manual do Processo Civil*: elementos de theoria e pratica e formularios das acções, incidentes do processo e processos complementares. Belo Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas Geraes, 1912, p. 214.

ser por negação”),³⁶⁸ o que também faz na sequência para a contestação das ações sumárias.³⁶⁹

No monumental *Formulário Forense Cível e Commercial*, publicado ao fim do período da pluralidade dos códigos processuais, MARIO DE ASSIS MOURA fornecia modelos a empregar em todo o país, indicando as especificidades dos diversos códigos, quando elas existiam. No caso da contestação em ação ordinária, são apresentados, um após o outro, um modelo de “contestação por negação”³⁷⁰ e outro modelo de “contestação por artigos.” Sobre a contestação por negação, esclarece MOURA, em nota, apenas que “[p]or esta maneira de contestar a causa do réu despe-se do direito de pedir a produção de prova testemunhal e pericial, não podendo também tomar o depoimento do autor.”³⁷¹ Para a réplica e para a contestação à reconvenção, há várias fórmulas apresentadas: “Contesta-se por negação a reconvenção, e replica-se por negação á contestação”, “Contesta-se por negação a reconvenção e oferecem-se em separado os artigos de replica á contestação da causa”, “Replica-se á contestação por negação e vão em separado os artigos de contestação da reconvenção,”³⁷² etc.. É como se fossem ofertadas ao réu duas vias, inteiramente indiferentes ao sistema do ponto de vista valorativo.

A notável exceção, diante do panorama apresentado pelos diversos códigos estaduais, fica por conta do famoso Código do Processo do Estado da Bahia, de 1916, cujo projeto é devido ao jurista EDUARDO ESPINOLA.³⁷³ É o único código que, sem textualmente erradicar a negativa geral, não a prevê como faculdade e insiste, a despeito dela, na busca pela verdade,³⁷⁴ animada por uma figura de juiz ativo, inspirada sobretudo nos sistemas europeus herdeiros do austríaco, que são amplamente referidos pelo jurista em seus comentários a esse diploma.³⁷⁵ A diretriz do art. 118 é a de que “[c]umpre ao réu

³⁶⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 216.

³⁶⁹ IDEM, *Ibidem*, p. 237-38.

³⁷⁰ Do seguinte teor: “*Contestação por negação*. Contesta-se por negação, com o protesto de convencer afinal. (Data e assignatura).” (M. de A. MOURA. *Formulario Forense Cível e Commercial*: de accordo com a legislação processual do paiz. São Paulo: Saraiva. 1932, p. 953)

³⁷¹ IDEM, *Ibidem*, p. 953, n. 1.

³⁷² IDEM, *Ibidem*, p. 956-57.

³⁷³ *Código do Processo do Estado da Bahia Annotado por Eduardo Espinola*. Bahia: Typ. Bahiana, 1916. 2 v..

³⁷⁴ No entendimento de EDUARDO ESPÍNOLA: “Na economia do Cod. de Proc. bahiano perderam todo o valor as observações sobre o modo de contestar, si por negação geral, si por opposição particularizada aos factos que o auctor allegar.” (IDEM, *Ibidem*, volume 1, p. 493, n. 179).

³⁷⁵ Sobre esse vínculo, cf. J. C. BARBOSA MOREIRA. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. In: _____. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 177-88, aqui p. 180.

referir na contestação os motivos que tem para repellar ou impugnar a pretensão do auctor,” e ESPÍNOLA, defensor de um processo animado pelo juiz e centrado em audiências, mais que em escritos, assinala antes a desimportância da contestação:

É o que pode haver de mais contrario ao princípio da verbalidade [réplica e tréplica]. Si já a contestação, como entre nós se faz e o Projecto mantém, é uma homenagem ao systema tradicional, hoje geralmente condemnado, para que ainda multiplicar os actos escriptos absolutamente inuteis?³⁷⁶

Afinal, de acordo com o art. 127, “o juiz pode ordenar *ex officio* as diligencias que julgar necessarias para apurar a verdade dos fatos allegados”, e, complementa o art. 128, apenas “não carecem de prova os factos referidos por uma parte, si pela outra expressamente confirmados.” Nesse desenho, muito distinto do que vigia sob o Regulamento 737 e sob os diversos códigos estaduais dele dependentes, segundo a explicação de ESPÍNOLA, busca-se combinar “o interesse social com o individual, até agora exclusivamente dominante.”³⁷⁷ Trata-se de modo pelo qual se continua a perseguir o valor verdade, reduzindo as preclusões e aumentando o poder do juiz, de modo semelhante ao desenvolvimento que se processava desde o século XVII (cf., *supra*, item 8.2), e com forte esteio nas tendências contemporâneas.

O advento de um código processual nacional, em 1939, evidenciaria um embate entre perspectivas divergentes sobre o processo que está radicado precisamente nessas discussões e, logo, no embate entre distintas axiologias.³⁷⁸ Tal embate se prolongaria por toda a vigência desse diploma. Os dispositivos que estiveram no centro da disputa foram os arts. 118, que consagrava o livre convencimento do juiz em matéria probatória,³⁷⁹ 180,

³⁷⁶ *Código do Processo do Estado da Bahia, op. cit.*, p. 497, n. 185.

³⁷⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 498, n. 186.

³⁷⁸ Para PAULO MENDES DE OLIVEIRA, tratar-se ia de uma “virada” na finalidade do processo, “passando a ser visto por sua função de *revelar* e aplicar a *vontade concreta da lei*” (OLIVEIRA, *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização procedimental, op. cit.*, p. 52). A terminologia chiovendiana não é descabida, tanto o mais porque o referido diploma sofreu de fato influxo da doutrina de CHIOVENDA (cf., *infra*, neste item).

³⁷⁹ “Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não allegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.”

que determinava os requisitos de formulação da contestação, em paralelo com os da petição inicial,³⁸⁰ e 209, *caput*, segundo o qual ia admitido como verdadeiro o fato alegado por uma parte e não contestado pela outra, desde que não resultasse outra conclusão do conjunto das provas.³⁸¹

Caso se atente para os anteprojetos, constatar-se-á que aquele de lavra de ANTONIO PEREIRA BRAGA e PHILADELHO AZEVEDO, de 1934,³⁸² previa estrita continuidade com o sistema do Regulamento 737 e da ampla maioria dos códigos estaduais,³⁸³ ao passo que o mais próximo antecedente do Código promulgado, de autoria de PEDRO BAPTISTA MARTINS, de 1939, admitindo embora a negação geral explicitamente e mesmo prevendo uma mitigada presunção de veracidade para os fatos não contestados,³⁸⁴ não reproduzia as limitações probatórias daquele sistema, prevendo um juiz ativo na instrução, movido pela perquirição da verdade.³⁸⁵ Nesse sentido, o Código parecerá ter voluntariamente excluído a previsão da negação geral,³⁸⁶ ao mesmo tempo em que mantinha um juiz ativo,

³⁸⁰ “Art. 180. A contestação será formulada pelo réu em petição escrita, com os requisitos dos ns. III e V do artigo 158 e os do artigo 159.”

³⁸¹ “Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verdadeiro, si o contrário não resultar do conjunto das provas. §1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. §2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.”

³⁸² Sobre esse projeto, há breves indicações em COSTA, *Breve História do Direito Processual Brasileiro*, *op. cit.*, p. 95-96.

³⁸³ “Art. 280. A contestação, como meio de impugnar o pedido, deve conter a exposição dos fatos ou causas em que se fundar, a referencia ao direito aplicavel á especie, e o ról das testemunhas quando a ação fôr sumária (art. 343, c).”

“Art. 281. A contestação por simples negação de direito dá ao autor a faculdade de replicar ás razões do réu e dos intervenientes contrários.”

“Art. 282. Quando a contestação se fundar em fatos ainda não provados, deverá ser articulada.”

“Art. 303. Ao réu revel na contestação ou que tiver contestado por negação não é permitido promover qualquer prova que tenha de constituir-se em juízo, cabendo-lhe apenas o direito de oferecer oportunamente a prova documental que tiver (art. 335).”

“Art. 306. Não necessitam de prova os átos ou fátos alegados por uma das partes, si pela outra forem expressamente admitidos. §1º. Será tida como aprovada qualquer alegação de áto ou fáto não expressa e claramente contestada, si não colidir com as conclusões das partes. §2º. Cada áto ou fáto articulado deve ser separadamente contestado.”

³⁸⁴ “Art. 207. A defesa, que será acompanhada dos documentos, em que se fundar, deverá conter a exposição dos fatos e a especificação das provas, e, si possível, o ról das testemunhas.”

“Art. 209. A contestação poderá ser feita por simples negação, em caso contrario, os fatos serão articulados.”

“Art. 307. Os fatos alegados por uma das partes não precisarão ser provados, quando não contestados pela parte contrária”

³⁸⁵ “Art. 277. Para o conhecimento da verdade, o juiz poderá servir-se de qualquer pessoa, seja parte na causa ou terceiro, ou de qualquer cousa, pertença esta à parte ou a terceiro.”

“Art. 278. Ao juiz será lícito servir-se de quaisquer outros meios de prova que não os propostos ou requeridos pelas partes.”

³⁸⁶ E mesmo reforçado a ideia de arguição especificada, como se vê no art. 277: “Sempre que tenha de falar no feito, a parte arguirá especificadamente as nulidades existentes.”

como a incitar à descoberta da verdade jungindo esforços nas fases postulatória e probatória. Mas a controvérsia grassou.

Exemplo notável, pela extensão da argumentação desenvolvida pelo juiz de primeiro grau, é o de apelação cível julgada em 25 de março de 1942, pela 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reverteu a sentença do juiz VICENTE SABINO JÚNIOR, de 24 de janeiro de 1941. O argumento central do Tribunal era o de que não desaparecera do sistema processual a contestação por negação geral:

Assim decidem por considerarem menos exato haja o Código de Processo Civil abolido a contestação por negação geral. Antes, diante do exposto no artigo 209 desse Código, que admite como verdadeiro o fato alegado por uma das partes e não contestado pela outra, torna-se necessária a admissibilidade da contestação por negação geral. (...) Basta, aliás, que a lei não seja expressa, ou pelo menos clara, para que não se restrinja a defesa por essa forma. Pela admissibilidade da contestação por negação geral forneceria argumento o artigo 273 n. I do Código de Processo Civil. Vide Batista Martins, Jorge Americano, Fraga e outros que doutrinam como decidiu o acórdão.³⁸⁷

Trata-se de resposta curta a argumento desenvolvido longamente por SABINO JÚNIOR, para quem a negação geral não mais existiria no sistema processual brasileiro com a nova codificação:

[S]e o direito anterior incluía a contestação por negação geral entre os meios ou modalidades de defesa, o novo Código a suprimiu abertamente ao declarar que a contestação (artigo 180) será formulada em petição escrita, com os requisitos dos ns. III e V do artigo 158 e do artigo 159. Por aí se vê que o legislador acolheu apenas a contestação especial ou articulada, porque a defesa deverá sempre especificar os fatos a que se opõe, mencioná-los com clareza e precisão, indicando os meios de prova. Faltando essa especificação, desobriga-se o autor de justificar melhor o seu pedido, já que o ônus da prova se transfere ao réu. A este incumbe, hoje, manifestar-se claramente sobre os fatos alegados pela parte adversa, de modo a tomar posição definida e nítida em

³⁸⁷ RT/137, 220-31, TJSP, 3ª Câmara, Apelação Cível 12.209, 25/03/1942.

relação ao objeto do litígio. Não o fazendo, as alegações do autor reputar-se-ão verdadeiras, se o contrário não resultar do conjunto das provas (art. 209).³⁸⁸

Para SABINO JÚNIOR, em termos muito próximos àqueles em que ESPÍNOLA se manifestava sobre o Código bahiano, tratar-se-ia de prevalência do interesse social para a realização das finalidades da justiça:

Prevalece aqui o interesse social sobre o individual: o princípio inquisitório, acolhido pelo Código, sacrifica a iniciativa particular à realização das finalidades da justiça, adotando uma orientação oposta à do direito anterior, em cuja vigência o pronunciamento do julgador dependia da vontade das partes e se cingia ao que houvessem alegado e provado.³⁸⁹

A preocupação com “soluções judiciais mais aproximadas da verdade”³⁹⁰ é manifesta, e as espertezas retóricas a que a negação geral dava lugar são condenadas; a estratégia mencionada por LOBÃO (cf., *supra*, item 4) de calar diante de defeitos na inicial para evitar sua correção, é tida por exemplo de “‘rasteiras’ inadmissíveis no processo moderno;”³⁹¹ o silêncio do réu por meio da negação geral é uma “penalidade... [que] mostra que este é havido como ato de chicana,”³⁹² e mesmo como “infratora de regras especiais do Código.”³⁹³ A especificação dos fatos, “muito mais que às partes, interessa ao juiz,”³⁹⁴ e é necessário, na defesa, “respeitar as normas processuais que lhe dão forma determinada e lhe asseguram eficácia.”³⁹⁵ Há efetivamente um dever de contestação especificada dos fatos, “dever que têm as partes de fornecerem esclarecimentos completos

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 222, grifos nossos.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 223.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 224-25.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 225.

³⁹² *Ibidem*, p. 225.

³⁹³ *Ibidem*, p. 228.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 226.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 227.

sobre as circunstâncias de fato conforme a verdade e de contestarem expressamente as alegações contrárias, sob pena de se haverem como verídicos.”³⁹⁶

Esse debate se perseguiria ao longo de todos os anos de vigência do CPC/1939, nos tribunais e na academia.

Há, de um lado, julgados que negam o desaparecimento da contestação por negação geral, argumentando, por exemplo, que a aplicação da presunção de veracidade demandaria a efetiva produção de prova, sobretudo pelo autor, sob o risco de promover uma litigância temerária,³⁹⁷ que o fato não contestado pela outra parte era o fato não contestado em momento algum do processo, não apenas na contestação,³⁹⁸ que seria preciso interpretar se de fato a vontade do réu era a de não impugnar aquele fato,³⁹⁹ que o sistema implicaria apenas menor rigor na apreciação das provas do autor pelo juiz,⁴⁰⁰ etc..

De outro lado, há aqueles julgados que afirmam o desaparecimento da contestação por negação geral, estribando-se nos argumentos de que a ausência de contestação especificada inverte por si só o ônus da prova,⁴⁰¹ de que o réu fugir ao enfrentamento dos fatos prejudica o próprio direito do autor de exercer plenamente o contraditório,⁴⁰² de que o réu precisa colaborar com o esclarecimento dos fatos pelo juiz, enfatizando-se o caráter público do processo,⁴⁰³ de que os requisitos da contestação passaram a ser explícitos na lei,⁴⁰⁴ etc..

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 230-31. Em outro julgado, fala-se no “indeclinável dever de articular a contestação de modo preciso e exato e permitir o perfeito assentamento da *litis contestatio*.” (ADP-39, 29, 510/34.890: T.R.T. da 2ª Região, Ac. n. 3.718-60, 12/10/1960)

³⁹⁷ RT/156, 670-671, 4ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação SP, A. Cível 25.041, 22/03/1945; RT/160, 192-93, 4ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação SP, A. Cível 27.331, 08/11/1945; RT/192, 704-706, 2ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 52.154, 12/04/1951; RT/193, 227-230, 3ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 51.883, 03/05/1951; RT/373, 254-257, 6ª Câmara Cível do TASP, A. Cível 76.253, 11/03/1966; ADP-39, 25, 104/5.517: Ac. da 2ª Câm. do T.J. de Pernambuco, apel. n. 36.229, 13/08/1948). ADP-39, 3, 1559/5.534: 4ª Câm. do T.A. de São Paulo, apel. n. 27.331, 08/11/1945.

³⁹⁸ RT/156, 653-654, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação SP, A. Cível 24.524, 09/04/1945.

³⁹⁹ RT/156, 653-654, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação SP, A. Cível 24.524, 09/04/1945.

⁴⁰⁰ RT/271, 337-340, 4ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 83.645, 21/11/1957.

⁴⁰¹ RT/171, 264-265, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação SP, A. Cível 35.506, 04/11/1947.

⁴⁰² RT/263, 137-142, 6ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 76.279, 30/11/1956; RT/386, 126-127, 4ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 159.059, 02/03/1967.

⁴⁰³ ADP-39, 3, 1312/4.594: Ac. unân. da 2ª Câm. do T.A. de São Paulo, apel. n. 28.555, 02/04/1946; ADP-39, 3, 1554/5.515: Ac. unân. da 1ª Câm. do T.A. da Paraíba, 06/10/1942.

⁴⁰⁴ ADP-39, 3, 1413/4.600: Desp. do juiz da 5ª V.C. do Distrito Federal, 13/10/1948; ADP-39, 14, 666/20.619: Ac. da Câm. Civ. do T.J. do Ceará, apel. n. 4.846, 05/08/1954.

Várias eram as questões específicas que daí surgiam: pode aquele que contestou por negação geral produzir prova?⁴⁰⁵ O desentranhamento da contestação tardia acarreta os mesmos efeitos que a negação geral?⁴⁰⁶ A presunção de veracidade se aplica às ações de estado?⁴⁰⁷ Aplica-se ao curador especial?⁴⁰⁸ Aplica-se à falência?⁴⁰⁹

Diversos processualistas sustentaram a admissibilidade da contestação por negativa geral no sistema do CPC/1939. ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA limita-se a dizer que “é imprescindível que o réu conteste, mesmo em termos gerais (‘contesto por negação’).”⁴¹⁰ AFFONSO FRAGA, pondera os dois posicionamentos em função de sua utilidade; a negação geral teria como vantagens “poupar ao profissional o dispendio de esforço mental, de estudo mais aprofundado da espécie debatida em juízo, talvez de abreviar o curso do processo,”⁴¹¹ mas poderia tornar inútil as provas testemunhal e o depoimento pessoal. Embora alguns creiam que “negação geral importa na afirmação de factos opostos aos que apoiam a demanda,”⁴¹² para FRAGA, são possíveis tanto o depoimento pessoal como a prova testemunhal por parte daquele que contestou por negativa geral. Reputa-a admissível ainda sobretudo quando a defesa for unicamente centrada no direito ou – penetração evidente da retórica – “quando convencer-se que a acção proposta é totalmente incompetente, ou errada, caso em que poderá della valer-se para evitar que o autor emende o erro ou desista logo da mesma.”⁴¹³ JOÃO BONUMÁ seguia interpretando o novo Código em conformidade com o Regulamento 737, na medida em que a contestação geral implicaria que o réu ficaria “impedido de produzir prova documental, pericial ou

⁴⁰⁵ Pelo não: RT/172, 346-349, Câmaras Conjuntas do Tribunal de Justiça, A. Cível 32.067, 17/12/1947; RT/280, 370-372, 1ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 89.479, 22/07/1958; ADP-39, 3, 1311/4.589, 1ª Câm. do T.A. do Estado do Rio de Janeiro, apel. n. 579, 18/06/1942; ADP-39, 18, 408/28.544B; 2º Gr. de Câms. Cíveis do T.J. do Distrito Federal, embs. na apel. n. 34.750, 28/11/1956; ADP-39, 23, 624/ 31.269; 1ª Câm. do T.J. de São Paulo, apel. n. 89.47922/07/1958; ADP-39, 3, 1572-73/5.559; Sent. do juiz Aluísio Maria Teixeira, da V. Faz. Públ. do Distrito Federal, conf. por ac. unân. da 2ª Turma do S.T.F., 05/11/1943; Pelo sim: RT/221, 368-369 (24-XI-53, 2ª Câmara Cível do TASP, A. Cível 5.757)

⁴⁰⁶ Pelo não: RT/175, 701 (15-VI-48, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação SP, A. Cível 38.148); RT/226, 226-229 (29-IV-54, 3ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 67.134), Pelo sim: RT/409, 238-239, 3ª Câmara Cível do TASP, A. Cível 125.215, 06/08/1969.

⁴⁰⁷ Pelo não: RT/407, 135-136, 2ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 160.894, 27/08/1968. Pelo sim: RT/212, 296-298, 3ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 61.867, 26/02/1953.

⁴⁰⁸ Pelo não: RT/423, 91, 6ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 184.298, 20/02/1970. Pelo sim: RT/354, 247-250, 2ª Câmara Cível do TJSP, A. Cível 124.976, 19/11/1963.

⁴⁰⁹ Pelo não: ADP-39, 14, 775/21.033; STF, 1ª Turma, 18/01/1954. Pelo sim: RT/228, 575, STF, RE 19.826-MG, 1ª Turma, 13/12/1951.

⁴¹⁰ A. de A. LOPES DA COSTA. *Direito Processual Civil Brasileiro (Código de 1939)*: volume 2. 2.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 178.

⁴¹¹ A. FRAGA. *Instituições do Processo Civil do Brasil*: tomo II. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 220.

⁴¹² IDEM, *Ibidem*, p. 221.

⁴¹³ IDEM, *Ibidem*, p. 220.

testemunhal,⁴¹⁴ com a desvantagem adicional de que os fatos alegados pelo autor serão tomados por verdadeiros, “desde que verossímeis e em conformidade com as outras provas produzidas.”⁴¹⁵ GABRIEL REZENDE FILHO entende que a inadmissibilidade é apenas de “contestação geral mediante cota nos autos,”⁴¹⁶ não sendo preciso “que o réu, ao contestar a ação, impugne uma por uma as alegações do autor, admitindo-se negue todas elas em globo, isto é, por negação geral.”⁴¹⁷ Esse autor sugere a possibilidade de uma negação geral com juntada de documentos como forma eficaz também para efeitos probatórios. MOACYR DO AMARAL SANTOS, relatando a controvérsia, pergunta: “se os fatos alegados pelo autor não são verdadeiros, que mais tem o réu que deve fazer senão negá-los? Bastará negá-los para que o autor assuma o ônus de provar a verdade dos mesmos (Cód. Cit., art. 209, §1º).”⁴¹⁸ FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA entende que a negação geral se resolve em negação específica de cada ponto:

Pode-se contestar por simples negação? Os requisitos da contestação são os dos arts. 158, III e V, e 1959. No art. 158, III, fala-se de fatos e fundamentos ao pedido; no art. 158, V, de meios de prova; no art. 159, dos documentos que hão de, por lei, ser juntos desde logo. Afirmam a abolição da contestação por simples negação alguns julgados; outros divergem (e.g. 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de fevereiro de 1948, R. dos T., 173, 260). Os enunciados do art. 158, III, são tantos quantos os fatos e fundamentos apontados. Se há negação geral, nega-se cada um deles. Quanto aos meios de prova, os princípios são os mesmos que regem os pressupostos das petições iniciais. Onde não se admitiu nem se confessou, negou-se.⁴¹⁹

Haveria, assim, *grosso modo*, continuidade com o sistema do Regulamento 737 e das codificações estaduais dele oriundas.

⁴¹⁴ J. BONUMÁ. *Direito Processual Civil*: volume 2. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 261.

⁴¹⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 262.

⁴¹⁶ G. REZENDE FILHO. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 145.

⁴¹⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 146.

⁴¹⁸ M. do AMARAL SANTOS. *Primeiras linhas de direito processual civil*: volume 2 São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 157.

⁴¹⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo III, arts. 161-272. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 119.

Posicionaram-se, no entanto, muitos processualistas no sentido de uma efetiva ruptura nesse ponto do sistema – articulada, por certo, a uma transformação sistemática mais global. DE PLÁCIDO E SILVA desde logo reconhece que o código “não mais permite a contestação por negação.”⁴²⁰ HEROTIDES DA SILVA LIMA entende que, tomando conhecimento dos fatos articulados pelo autor, “[o] seu [do réu] dever é contestá-los e não esconder-se atrás de alegações vagas, dúbias ou equívocas, evitando de tomar posição definida na causa.”⁴²¹ INOCÊNCIO BORGES DA ROSA, apoiado no artigo 180 do CPC/39, afirma que a “contestação geral não é admitida pelo Código,” e “a contestação doravante é sempre especial, quer quando o réu refuta um a um os artigos ou fundamentos da petição inicial, quer quando responde somente a alguns deles, e os demais em conjunto.”⁴²² Não deixa, no entanto, o autor de criticar a redação do artigo 209, que tem por temerária, uma vez que o juiz apreciará a cada caso o importe do silêncio do réu, nos termos do artigo 118.⁴²³ JORGE AMERICANO, referendando o desaparecimento da negação geral⁴²⁴ e lembrando “o princípio publicístico do processo,”⁴²⁵ também aponta para a ponderação a cargo do juiz entre os artigos 118 e 209. PEDRO BAPTISTA MARTINS assenta que é “por uma questão de método”⁴²⁶ que a contestação deverá seguir os mesmos requisitos da petição inicial, segundo o art. 180, e, aplicando terminologia compatível com a adotada neste trabalho, afirma que “[a] lei erigiu em *dever* processual a *faculdade* que anteriormente assistia às partes de contestarem as alegações recíprocas;”⁴²⁷ esclarece, contudo, que a presunção gerada pela negação geral é relativa, em consonância, aliás, com o art. 209.⁴²⁸ É por entender se tratar justamente de um dever da parte que JOÃO MANOEL DE CARVALHO SANTOS sequer admitia a contestação por mera juntada de documentos: “exige o legislador que o réu, na sua contestação, exponha os fatos e os fundamentos jurídicos da defesa, com todos os detalhes.”⁴²⁹ JOSÉ DA SILVA PACHECO caracteriza o comando do

⁴²⁰ O. J. de PLÁCIDO e SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Curitiba/São Paulo/Rio de Janeiro: Guaíra, 1940, p. 162.

⁴²¹ H. da S. LIMA. *Código de Processo Civil Brasileiro*: volume I, arts. 1 a 297. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 392.

⁴²² I. BORGES da ROSA. *Processo Civil e Comercial Brasileiro*: volume 1. Porto Alegre: Globo, 1940, p. 382.

⁴²³ IDEM, *Ibidem*, p. 478.

⁴²⁴ J. AMERICANO. *Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil*: volume 1, arts. 1 a 290. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 346.

⁴²⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 434-35.

⁴²⁶ P. B. MARTINS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, arts. 133 a 215. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 218.

⁴²⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 429, grifos nossos.

⁴²⁸ IDEM, *Ibidem*.

⁴²⁹ J. M. de CARVALHO SANTOS. *Código de Processo Civil Interpretado*: volume 3, artigos 180 a 262. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1940, p. 7.

art. 180 como gerando o dever para o réu de indicar “com clareza e precisão os fatos em que se baseia.”⁴³⁰ No entanto, matizando o sentido da preclusão, falando sobre a situação do revel, mas com relevância para o ponto, entende que é possível a contestação tardia, “não sendo lícito impedir alguém de oferecer ao juízo elementos esclarecedores para a perfeita elucidação da causa e a completa solução do litígio.”⁴³¹ O resultado é não o necessário desentranhamento da peça, mas o dar-lhe “valor relativo como elemento subsidiário.”⁴³² JOSÉ FREDERICO MARQUES, compreendendo que o Código de 1939 instituiu o ônus da impugnação especificada dos fatos, de modo que “a negação do fato... tem de ser específica e dar origem a questões e controvérsia”, e que “[a] contestação por simples negação geral não é mais admitida,”⁴³³ radica o sentido da transformação em uma necessária colaboração do réu para o descobrimento da verdade, como colaborador da justiça (sobre essa passagem, cf., *supra*, item 3.3):

O réu, em juízo, é também um colaborador da justiça. A contestação, por isso, além de peça de defesa, constitui um elemento para abrir caminhos e pesquisas na investigação da verdade. Ora, uma contestação de conteúdo genérico, que apresente tão-só uma negativa informe, refoge dessa função. O réu, em tal caso, longe de contribuir para a elucidação do litígio, estará criando problemas e controvérsias que poderiam ser evitados. Com a negação geral, a controvérsia se distende através de todos os ângulos e faces do pedido, tornando-se fluida e sem contornos definidos. A própria evidência e notoriedade podem ser tidas como objeto dessa negativa de caráter vago e de amplitude ilimitada. Daí não a ter mencionado o Cód. de Proc. Civil. Com a exigência, por outro lado, de que a defesa seja fundamentada, tal como preceitua o art. 180 na remissão feita ao art. 158, nº III, do Cód. de Proc. Civil, está mais que claro ser impossível a negativa *sic et simpliciter* dos fatos aduzidos pelo autor.⁴³⁴

⁴³⁰ J. da S. PACHECO. *Curso Teórico-Prático do Processo Civil*: volume 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 319.

⁴³¹ IDEM, *Ibidem*, p. 320.

⁴³² IDEM, *Ibidem*.

⁴³³ J. F. MARQUES. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 153.

⁴³⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 153.

A controvérsia tem por base o embate entre os dois modelos de processo que definiram a modernidade processual: de um lado, o processo eminentemente privatista de matriz francesa, que se manifestava, na história brasileira, com as concessões à tradição que estiveram na raiz da polêmica sobre esse diploma, no Regulamento 737 (cf., *supra*, item 9.1); de outro, o processo eminentemente publicista radicado nas reformas de KLEIN (cf. *supra*, item 9) e que, no Brasil, condensara-se apenas pontualmente, no Código do Estado da Bahia.

No seio da discussão sobre as reformas processuais europeias, em estreita conexão com os trabalhos de CHIOVENDA e suas propostas de reforma do processo italiano,⁴³⁵ o elo específico responsável pelo rumo tomado na versão definitiva do CPC/1939 se esclarece pelo impacto que a reforma do processo civil português teve sobre o legislador brasileiro.⁴³⁶ Em Portugal, a Novíssima Reforma Judiciária de 1841 admitia a negação geral,⁴³⁷ reflexo do sistema que à época se observava, na prática, seja em Portugal, seja no Brasil (cf., *supra*, itens 8.2 e 9.1). É a orientação assentada por JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES (1780-1849), em seu *Manual do Processo Civil*, de 1842, que objetivava contribuir para a futura codificação.⁴³⁸ O tratadista FRANCISCO J. DUARTE NAZARETH (1805-1862), em 1854, aderindo de modo próximo às lições de PEREIRA E SOUSA (cf., *supra*,

⁴³⁵ G. CHIOVENDA. Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra. In: IDEM. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*: volume secondo. Roma: Foro Italiano, 1931, p. 1-196.

⁴³⁶ Cf., explorando hipóteses bastante concretas da difusão de ideias: BARBOSA MOREIRA, A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil, *op. cit.*, p. 181-83.

⁴³⁷ “Art. 260: O réo, dentro do prazo marcado no artigo antecedente, entregará em audiência, e também em duplicado, a contrariedade, que não poderá ser addida, nem declarada senão conforme a direito. Junctar-se-lhe-hão também logo todos os documentos nella mencionados, ou em que o réo fundar sua defesa; e não se junctando não serão mais admittidos no processo.”

“Art. 262: Se a contrariedade não for por negação, o juiz na audiência, em que for offerecida, depois de a receber, assignará, precedendo pregão, duas audiencias ao auctor, para vir com a sua replica, e para isto receberá o duplicado da contrariedade.”

⁴³⁸ “§ 196: A contrariedade deve começar pelas excepções peremptorias ou dilatorias (havendo-as) em artigos separados: deve depois refutar a materia de facto, ou de direito, em que o Libello for fundado. Assignada pelo réo, ou por seu procurador, deve ser oferecida em duplicado dentro do praso de tres Audiencias (§ 181). Póde-se também contrariar por negação, sem escrever artigo algum. N. Ref. art. 262” (J. H. CORREA TELLES. *Manual do Processo Civil*: suplemento do Digesto Portuguez, tomo IV. 5.ed. Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1868, p. 80). No prefácio ao primeiro volume do *Digesto Portuguez*, afirma CORRÊA TELLES que, tendo as cortes em que foi eleito deputado em 1821 e 1826, “deliberado por unanimidade de votos, fazer novos Codigos: como membro da Comissão de Legislação julguei de meu dever empregar minhas poucas forças em ajuntar materias para o Código Civil, que é o mais defectivo no corpo das Ordenações, que ha mais de dous seculos nos regem” (J. H. CORREA TELLES. *Digesto Portuguez*: ou tratado dos direitos e obrigações civis accommodado às leis e costumes da nação portugueza, para servir de subsidio ao Novo Codigo Civil, tomo 1. 3.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845, p. 3).

item 8.2), confirma, glosando, o regime consagrado pela Reforma de 1841: “[a] contrariedade pôde ser por negação; e então não ha refutação do libello por artigos, e verifica-se a negativa geral.”⁴³⁹

O Código de Processo de 1876 consagrou aparentemente princípio oposto, estabelecendo, em seu art. 395, § 3º, que “[a] excepção ou contestação será deduzida por artigos.” No entanto, segundo esclarece o comentador JOSÉ DIAS FERREIRA, tratava-se de princípio muito mitigado pela ausência de preclusão.⁴⁴⁰ A viragem se deu efetivamente, e isso por influência da doutrina italiana e dos diplomas europeus que consagravam uma visão do processo centrada no interesse social, a partir do Decreto 13.979, de 25 de julho de 1927, cuja redação teve como figura de proa o processualista JOSÉ ALBERTO DOS REIS.⁴⁴¹

Comentando a reforma ainda em curso do Código de 1876, ALBERTO DOS REIS pronunciou-se nos seguintes termos sobre o (novo) dever de deduzir toda a matéria de defesa na contestação, assunto que, conforme veremos, é profundamente imbricado com a impugnação especificada dos fatos (cf., *infra*, capítulo 4):

[O réu] oculta esta defesa para se servir dela, com surpresa do autor e do tribunal, no momento em que pode causar o maior dano! (...) Então pode tolerar-se e defender-se semelhante atitude? Cremos que não. É o sistema da luta por meio da *cilada* e da *traição*; a esse, contrapomos o sistema da luta por meio da *verdade* e da lealdade. (...) O réu, defendendo-se, exerce um direito: o de provocar a actividade jurisdiccional para o exame das questões que suscita; a esse direito corresponde um

⁴³⁹ F. J. DUARTE NAZARETH. *Elementos do Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1863, § 373, p. 261.

⁴⁴⁰ “No projecto primitivo determinava-se que na contestação, réplica e tréplica, deviam as partes, que comparecessem em juizo, responder separadamente a todos os factos, deduzidos pela parte contraria, sob pena de se presumirem confessados aquelles a que se não dêsse resposta; principio, que a commissão revisora nunca acceitou; e por isso eliminou o preceito. (...) Também o réo, que deixar de offerecer contestação, não fica impedido de treplicar, se fôr demandado conjunctamente com outro ou outros, que pela sua parte hajam contestado, especialmente se o auctor, explicando o pedido na réplica, deduzir factos novos, que na sua petição inicial não houvesse apontado.” (J. D. FERREIRA. *Código de Processo Civil Annotado*: tomo I. Lisboa: Typographia Lisbonense, 1887, p. 505.)

⁴⁴¹ “Veio o Dec. no 13:979, de 25-7º-1927; na alínea c) do § 1º do art. 36º disse: consideram-se admitidos por acordo os factos que não tenham sido especialmente impugnados pela parte contrária, disposição reproduzida mais tarde na alínea c) do § 1º do Dec. no 21:287, de 29-5º-1932. Eis a fonte imediata do art. 494º do Código actual. (...) A alínea c) do § 1º do art. 36º do Dec. no 13:979 inspirou-se no art. 305º do Projecto de Código do Proc. Civil de Carnelutti e no art. 80º do Projeto da Comissão italiana *per il dopo guerra*; por sua vez, essas disposições tinham por origem os §§ 330 a 333 do Cód. alemão, o § 396 do Cód. austríaco, os §§ 439, 440, 445 e 446 do Cód. húngaro e textos semelhantes de Códigos dos cantões da Suíça (Rev. de Leg., 74º, pág. 21).” (J. ALBERTO dos REIS. *Código de Processo Civil anotado*: volume 3, artigos 487º a 549º. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 50-51)

dever por parte dos órgãos jurisdicionais: o de se pronunciarem sobre a matéria alegada pelo réu. Mas há agora o reverso da medalha. Os órgãos jurisdicionais tem, por seu lado, o direito de exigir que a actividade exercida pelo réu não embarace, não protele nem prejudique a acção da justiça, isto é, tem o direito de exigir que essa actividade seja honesta e seja sincera. É este dever de honestidade e de sinceridade que obriga o réu a apresentar, quando deduz a sua defesa, tudo quanto seja de molde a atacar ou a *instância* ou o pedido.⁴⁴²

A mudança em matéria de impugnação especificada dos fatos se consagrou no art. 494 do Código de Processo Civil português de 1939,⁴⁴³ cujo anteprojeto foi da lavra do mesmo jurista, em que a tomada de posição especificada sobre os fatos alegados pelo autor na inicial era efetivo dever do réu:

Quer dizer que perante os factos articulados pelo autor na petição inicial, o réu não pode ficar numa atitude de silêncio, de indiferença ou de passividade; tem de se pronunciar sobre eles, tem de declarar se os aceita como exactos, ou se os repele como contrários à verdade. Se nada disser, entende-se que os admite como verdadeiros. (...) Chegamos, pois, a este princípio: cada uma das partes tem de tomar, nos seus articulados, posição definida quanto aos factos alegados pela parte contrária.⁴⁴⁴

JOSÉ ALBERTO DOS REIS notava que se tratava de “uma das alterações mais profundas” em comparação com o Código de Processo de 1876.⁴⁴⁵ Comentando o sucedâneo do Código de Processo Civil português de 1939, o diploma de 1961, que, no ponto, permanecia,

⁴⁴² J. ALBERTO dos REIS. *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Commercial*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929, p. 96-97.

⁴⁴³ “Art. 494º O réu deve tomar posição definida quanto aos factos articulados na petição. Reputam-se admitidos por acôrdo os fatos que não forem impugnados especificadamente, salvo se estiverem em manifesta opção com a defesa considerada no seu conjunto, ou se não fôr admissível confissão sôbre êles, ou se só puderem ser provados por documento. §1º Se o réu declarar que não sabe se determinado facto é exacto, esta declaração equivale a confissão quando se tratar de facto pessoal ou de que o réu deva ter conhecimento, e equivale a impugnação no caso contrário. §2º Não é admissível a contestação por negação. §3º Não se aplica ao advogado officioso nem ao Ministério Público o disposto no segundo período do corpo do artigo e no § 1º.” Há artigos correspondentes nos Códigos de 1961 (art. 490) e de 2013 (art. 574).

⁴⁴⁴ ALBERTO dos REIS, *Código de Processo Civil Anotado*: volume 3, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁴⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 50.

com seu artigo 490º, bastante próximo dele (cf., *infra*, neste item), JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, JOSÉ MIGUEL BEZERRA e JOSÉ JOAQUIM SAMPAIO e NORA deixaram clara a mudança de paradigma: “A posição activa imposta às partes através do ónus da impugnação constitui um novo traço da profunda reacção doutrinária desencadeada pelo moderno direito processual contra o antigo sistema liberal fixado na legislação do século XIX.”⁴⁴⁶

Não é apenas o espírito do diploma brasileiro de 1939 – que, segundo a Exposição de Motivos, é um claro libelo contra a “concepção duelística” ou “privatística” do processo que atesta o vínculo. A relação era amplamente reconhecida: ALBERTO DOS REIS contribuiu ativamente em publicações brasileiras que acompanharam a reforma processual;⁴⁴⁷ de um ponto de vista geral, ENRICO TULLIO LIEBMAN reconhecia que, na elaboração do Código, “os modelos que se teve mais particularmente presentes foram o Código austríaco de 1895, o projeto Chiovenda de 1919 e o Código português de 1926;”⁴⁴⁸ de um ponto de vista específico, comentando a novo código brasileiro nesse pormenor, HEROTIDES DA SILVA LIMA apontou a relação entre os diplomas,⁴⁴⁹ e VICENTE SABINO JÚNIOR enunciou com clareza, sobre o novo dever de impugnação especificada dos fatos que “[o] caso é que nós fomos colher no direito processual português largos subsídios para uma reforma, que também não foi estranha à influência dos processos italiano e alemão.”⁴⁵⁰

O projeto CHIOVENDA, mencionado por LIEBMAN, era claro sobre o dever de impugnação especificada dos fatos na peça defensiva. Segundo o art. 13, a resposta escrita do réu contém “a exposição precisa e clara dos fatos que a parte pretende contrapor às afirmadas pelo adversário para excluir sua existência ou suas consequências.”⁴⁵¹ Isso era reforçado no art. 20, segundo a qual “a parte deve, na primeira ocasião que tiver para fazê-lo, declarar se cada fato exposto pelo adversário é, segundo a sua convicção, conforme à verdade.”⁴⁵² No que parece ser o antecedente direito da seção 494.1 do CPC português de 1939, Chiovenda escreveu,

⁴⁴⁶ [J. de M.] ANTUNES VARELA, J. M. BEZERRA; [J. J.] SAMPAIO e NORA. *Manual de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 315.

⁴⁴⁷ Por exemplo, em uma coletânea de textos ligados ao novo código, com contribuições de FRANCISCO CAMPOS, PEDRO BAPTISTA MARTINS, entre outros: J. ALBERTO DOS REIS. A oralidade no processo civil português. In: F. MORATO et alii. *Processo Oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 111-22.

⁴⁴⁸ E. T. LIEBMAN. Il nuovo ‘Codigo de processo civil’ brasiliano. In: E. T. LIEBMAN. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962, p. 483-89, aqui p. 484. Note-se apenas que o CPC português era de 1939. O que se iniciou em 1926, com a ativa participação de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, foi a reforma do diploma anterior, de 1876.

⁴⁴⁹ LIMA, *Código de Processo Civil Brasileiro*, op. cit., p. 391.

⁴⁵⁰ RT/137, 220-231, TJSP, 3ª Câmara, Apelação Cível 12.209, 25/03/1942, aqui p. 230.

⁴⁵¹ G. CHIOVENDA. Appendice – Progetto di riforma del procedimento civile. In: G. CHIOVENDA. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*: volume secondo. Roma: Foro Italiano, 1931, p. 113-96, aqui p. 118-19.

⁴⁵² IDEM, *Ibidem*, p. 121.

nesse mesmo artigo, que “[r]elativamente aos fatos que não lhe são próprios, ou que não observou pessoalmente, a parte pode se limitar a declarar que não sabe se são verdadeiros; essa declaração terá valor de contestação.”⁴⁵³

O projeto CARNELUTTI não parece ter impactado diretamente o CPC português ou o brasileiro nesse pormenor, mas, no art. 219, determina que, nos escritos preparatórios, as partes devem indicar “esquemáticamente, mas de modo completo, as razões de fato e de direito”,⁴⁵⁴ além de prever uma seção, no mesmo artigo: caso as partes apenas aleguem posteriormente o que pudessem alegar depois, o juiz, se entender que “a proposição de uma questão foi retardada por malícia ou por grave negligência, deverá considerá-la como não proposta para efeitos do art. 239.”⁴⁵⁵

Contra esse panorama, parece que o CPC/1973,⁴⁵⁶ aderindo mais proximamente ao Código português de 1961, que era muito rente ao seu antecessor de 1939, buscou adicionar clareza. Comparem-se o art. 490 daquele código português com o art. 331 do Anteprojeto redigido por ALFREDO BUZAID, que daria origem ao art. 302 do CPC/73:

Artigo 490º (CPC/1961 português)
(Ônus de impugnação especificada)

1. O réu deve tomar posição definida perante cada um dos factos articulados na petição; consideram-se admitidos por acordo os factos que não forem impugnados especificadamente, salvo se estiverem em manifesta oposição com a defesa considerada no seu conjunto, ou se não for admissível confissão sobre eles, ou se só puderem ser provados por documento escrito.

Art. 331 (Anteprojeto Buzaid)

Compete também ao réu manifestar-se especificamente sôbre os factos articulados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os factos não impugnados, salvo:

I – Se não fôr admissível, a seu respeito, a confissão;

II – Se o instrumento público fôr da substância do ato, não podendo suprir-se por outra prova;

III – Se estiver em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

⁴⁵³ IDEM, *Ibidem*.

⁴⁵⁴ F. CARNELUTTI. *Progetto del Codice di Procedura Civile*: parte prima, del processo di cognizione. Padova: CEDAM, 1926, p. 73.

⁴⁵⁵ IDEM, *Ibidem*.

⁴⁵⁶ Sobre esse diploma, sua gênese histórica e seu posicionamento ideológico, cf.: D. MITIDIERO. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, p. 166-94, maio 2010.

2. Se o réu declarar que não sabe se determinado facto é real, a declaração equivale a confissão quando se trate de facto pessoal ou de que o réu deva ter conhecimento e equivale a impugnação no caso contrário.

3. Não é admissível a contestação por negação.

4. Não é aplicado ao advogado oficioso nem ao Ministério Público o ónus da impugnação especificada nem o disposto no nº 2.

5. A impugnação pode fazer-se, total ou parcialmente, por simples menção dos números dos artigos da petição inicial em que se narram os factos contestados.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ónus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, nem ao Ministério Público.

Como se vê, o Anteprojeto desdobrou a seção 490.1 do Código português em *caput* e três incisos, não retomou as seções 491.2, 491.3 e 491.5 e, em seu parágrafo único, retomou o 491.4, adaptado à realidade institucional brasileira, combinando-o com a epígrafe do artigo – elemento integrante da técnica legislativa portuguesa.⁴⁵⁷ O projeto de lei (Mensagem 210/72) apenas alterou detalhes da redação do artigo, em seu correspondente art. 306.⁴⁵⁸ Não houve modificações na Câmara, onde foi apenas renumerado como art. 303. No Senado, houve emenda supressiva (Emenda 278), da lavra do Senador NELSON CARNEIRO, a partir de sugestão da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais. Segundo a justificação, que visivelmente interpreta o CPC/1939 como se nele admitida fosse a negação geral:

⁴⁵⁷ Elemento que ganha outros contornos no ordenamento português se consideramos as regras legais de interpretação positivadas no Código Civil de 1966 daquele país, especialmente no art. 9º.

⁴⁵⁸ Destacamos as mudanças: “Compete também ao réu manifestar-se especificamente sobre os fatos articulados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ónus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.”

[d]escabe a determinação: impor ao demandado que conteste especificadamente os fatos articulados. Nem sempre deve, nem sempre é necessário, nem sempre é conveniente. A lei vigente é muito mais prática e soluciona ou tem solucionado bem a matéria.⁴⁵⁹

No entanto, a tentativa de caracterizar a referência aos fatos da inicial como uma mera faculdade (“nem sempre é conveniente”), não prosperou.⁴⁶⁰ O debate se instaurou sobretudo a respeito do advérbio “especificadamente”, transformado em “precisamente” na versão final, em razão de subemenda apresentada pelo Relator-Geral, Senador ACCIOLY FILHO, de acordo com o argumento de que “[a] articulação e a resposta aos artigos, cada qual era prevista nas Ordenações, mas já não se usa. A maneira de escrever em peças processuais evoluiu.”⁴⁶¹ Tratava-se, assim, de esclarecer que a identificação dos “artigos da inicial”, segundo o usual esquema dos articulados com enunciados sucessivos de forma “provará que...” (cf., *infra*, capítulo 3), não era necessária.

A referência à noção de “ônus”, como vimos (cf., *supra*, item 3.3), prestou-se à continuidade da confusão, pela qual alguns dos debates, de raiz privatística, havidos desde o advento do Regulamento 737, puderam seguir sendo alimentados. No entanto, a doutrina tendeu a reconhecer a posição tomada pelo sistema em função da disputa havida no período anterior. WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL alude às distintas posições e conclui que “[o] legislador de 1973 tomou posição. A exigência feita no sentido de o réu manifestar-se precisamente sobre os fatos alegados pelo autor, torna inviável a contestação por

⁴⁵⁹ *Código de Processo Civil*: histórico da lei, volume I, tomo II. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p. 1086-87.

⁴⁶⁰ No sentido oposto ia emenda aditiva da OAB ao artigo seguinte, embora não aprovada: “‘Parágrafo único. A contestação deverá satisfazer os requisitos do art. 286, n^{os} I a IV, e do art. 287, sendo-lhe aplicável o disposto no art. ... quanto à faculdade de juntar declaração de testemunhas e laudo pericial.’ Justificação: A emenda decorre da proposta ao art. 287, e visa aplicar o princípio de igualdade de tratamento das partes que informa o processo civil, há centenas de anos.” (*Ibidem*, p. 921, grifos nossos.)

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 1415. Para CALMON DE PASSOS, a mudança seria irrelevante: “No Legislativo, deu-se a atual redação. Manifestar-se especificamente é manifestar-se de modo específico, o que pode significar tanto indicando a espécie como descrevendo pormenorizadamente, ou apontando individualmente, ou determinando de modo preciso e explícito etc. Manifestar-se precisamente é manifestar-se indicando com exatidão, particularizando, mencionando especialmente etc. Teria sido intenção do autor do projeto exigir a referência específica, por parte do réu, a cada fato argüido pelo autor, ou para impugná-lo, ou para aceitá-lo como verdadeiro, valendo o silêncio aceitação? Terá sido intenção do legislador modificar esse entendimento? Para nós, a mudança de redação em nada alterou o alcance do dispositivo. E isso afirmamos, por motivo de ter permanecido a segunda parte do dispositivo, que determina sejam presumidos verdadeiros os fatos não impugnados. Isso significa que o réu temo ônus da impugnação dos fatos postos pelo autor em sua inicial; se não os impugnar, esses fatos serão tidos como verdadeiros, atendidas as restrições postas pelos três incisos do art. 302.” (J. J. CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 270 a 331. 3.ed. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 375-76, grifo nosso.)

negação geral.”⁴⁶² A conclusão não se imporia apenas pelo artigo 302, mas “diante de todo um sistema introduzido no Código que desce aos mínimos detalhes quanto à matéria a ser detidamente especificada pelo réu em sua resposta, desde todo um elenco de preliminares, até a própria defesa contra o mérito.”⁴⁶³ JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS não só constata a evidente inadmissibilidade da negação geral sob o novo diploma, como a consequência de que se trata de dever de oferecer uma contranarrativa fática e, com isso, enfrentar a chicana nos processos:

Quer a exigência primitiva de manifestação específica, quer a constante do texto, de manifestação precisa, brigam de modo irreconciliável com a pura e simples negação dos fatos. Cumpre ao réu dizer não somente que os fatos são inverídicos, mas também como ocorreram ou que outros fatos são verdadeiros. A pura e simples negação pelo réu carece de eficácia para impedir que se estabeleça a presunção de verdade referida no artigo 302, *caput...* (...) O princípio contido no art. 302 é salutar e sua admissibilidade, em termos mais rigorosos que os vigentes no direito anterior, será arma poderosa contra a chicana e o desnecessário e desmoralizante retardamento dos processos.⁴⁶⁴

O processo civil brasileiro, assim, desde o CPC/1939, e mais contundentemente desde o CPC/1973, buscou se afastar de um modelo processual privatístico, descompromissado com a perquirição da verdade e aberto a todo tipo de estratégia processual, com amplo campo para a ativação de expedientes retóricos nos espaços infensos à juridicização das condutas; buscou, assim, renovar a tradição de um processo radicado, em última instância, no modelo romano-canônico, ainda que com alterações sensíveis de procedimento, ou mesmo mediante alterações sensíveis de procedimento, tendo em vista que a noção de verdade em um mundo informado pela onipresença da transcendência não se pode identificar à noção verdade buscada no mundo desencantado da modernidade. MICHELE TARUFFO vê o fato de a narrativa do demandado dever ser “fundada em uma alegação detalhada e completa dos fatos”⁴⁶⁵ como elemento estrutural dos sistemas de *civil*

⁴⁶² W. M. PIMENTEL, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 270 a 331 e 444 a 475. São Paulo: RT, 1975, p. 267.

⁴⁶³ IDEM, *Ibidem*, p. 268.

⁴⁶⁴ CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, p. 376-77.

⁴⁶⁵ TARUFFO, *Uma simples verdade*, *op. cit.*, p. 67.

law, associados a uma “pretensão de veracidade.”⁴⁶⁶ Traduz-se o valor verdade, no novo contexto em que se insere, em perseguir uma efetiva “dimensão epistêmica do processo.”⁴⁶⁷

O dever de impugnação especificada, muito diferentemente de um ônus que se predicasse com a mesma locução, não visa, em um sistema como o nosso, que sempre buscou combiná-lo a outros mecanismos de descobrimento da verdade, e isso desde o processo romano-canônico (cf., *supra*, item 7.3), a meramente facilitar a marcha processual, o que poderia transformá-lo no avesso do que pretende ser, isto é, em mecanismo antiepistêmico,⁴⁶⁸ mas visa a se integrar em um sistema processual comprometido com decidir a partir de fatos verdadeiros (que vêm ao processo pelo cumprimento dos deveres das partes), evitando que a decisão se faça por meio de fatos presumidos (que passam a ser considerados no processo quando os deveres descumpridos resolvem-se em sujeições).

⁴⁶⁶ IDEM, *Ibidem*.

⁴⁶⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 159ss.

⁴⁶⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 196, alertando para esse risco relativamente à presunção de veracidade.

CAPÍTULO 3

ESTRUTURA DA IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA DOS FATOS:

OBJETO E CONTEÚDO

Narrar fatos significa descrevê-los *como faz um historiador*. Descrevem-se os acontecimentos em si mesmos, em sua autoria e em suas circunstâncias de modo, lugar e tempo. Fatos descritos são *segmentos da História...*¹

10. Considerações introdutórias: alegação de fato e proposição. 11. Os fatos e a figura do fato. 11.1. A figura do fato. 11.2. Os fatos impeditivos: breve aceno a um construto doutrinário. 11.3. A linha divisória entre fatos jurídicos e fatos simples. 11.4. Causa de pedir, pré-compreensão e reenquadramento dos fatos. 12. Os fatos e o réu como sujeito cognoscente. 12.1. Fatos e atos jurídicos. 12.2. Fatos que são suporte de existência, validade e eficácia. 13. Os fatos em sua relação recíproca. 14. Conclusão parcial: regime geral da impugnação especificada dos fatos.

10. Considerações introdutórias: alegação de fato e proposição

A função da impugnação especificada dos fatos, se mediatamente é promover a descoberta da verdade (cf., *supra*, capítulo 2), imediatamente é controverter as alegações de fato do autor, transformando (alguns ou todos os) pontos em questões (cf., *supra*, item 6) e com isso delimitando a atividade probatória, que consiste precisamente, uma vez gerada a controvérsia, no ulterior “processo de fixação dos fatos controvertidos pelo juiz.”² Exploremos concisamente os termos dessa formulação do problema.

Por alegação de fato – expressão acolhida não só pelo art. 341, mas, com aplauso da doutrina,³ amplamente valorizada pelo CPC/2015, e.g. arts. 311, II; 344; 345, IV –,

¹ C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, §528, p. 151-52, grifos do autor.

² F. CARNELUTTI. *La prova civile*: parte generale, il concetto giuridico della prova. Milano: Giuffrè, 1992, p. 58.

³ C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, §1315, p. 616, n. 3. A ideia está, ademais, referendada, mais amplamente, por MICHELE TARUFFO:

deve-se entender um enunciado linguístico de força declarativa a respeito do ser ou não ser de um evento do mundo, assim como do seu modo de ser ou de não ser, que se resolve no ser e no não ser de seus elementos. Trata-se, assim, de enunciado que afirma um referente do mundo⁴ e que, portanto, enuncia-o fenomenologicamente, isto é, tal e qual o referente do mundo aparece para o sujeito que o afirma – formule-se embora nos termos de uma efetiva (in)existência no mundo, com sublimação do sujeito cognoscente.⁵

Note-se, apenas, que, para ser coerente com a mudança terminológica operada pelo *caput* do art. 341 do CPC/2015 relativamente ao *caput* do art. 302 do CPC/1973, o legislador deveria ter modificado também o parágrafo único, substituindo a expressão “impugnação especificada dos fatos” por “impugnação especificada das alegações de fato.”

A nosso ver, no entanto, o caso é complexo. A uma, porque pode haver mera metonímia em “manifestar-se sobre os fatos constantes da petição inicial” – não há fatos na peça, mas apenas alegações de fato, já que a petição é, ela mesma, uma proposição complexa (cf., *infra*, neste item). A duas, no entanto, porque o réu não se manifesta meramente sobre as alegações do autor, confirmando ou infirmando as proposições contidas na inicial, mas constrói ele mesmo proposições que têm por referente os próprios fatos e seu modo de ser (cf., *infra*, os demais itens deste capítulo).

Esse tipo de enunciado recebe, na lógica aristotélica, o nome de proposição:

“Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio” (M. TARUFFO. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19).

⁴ Nos termos de PONTES DE MIRANDA, “[a]s afirmações são julgamentos, comunicações de conhecimento, e não declarações de vontade.” (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 4, arts. 282-443. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 14.) A despeito de inserir na definição a sua funcionalidade no processo, o conceito avançado por CARNELUTTI destaca como conteúdo da alegação de fato a existência material do fato: “A afirmação de um fato é a *posição desse fato como pressuposto da demanda direcionada ao juiz*. Como o ato, que se requer que o juiz cumpra, pressupõe a existência de um determinado fato, o requerimento do próprio ato implica necessariamente a afirmação do fato: afirmação, entende-se, de sua existência material (*Thatsachenbehauptung, Thatsachenanführung*).” (CARNELUTTI, *La prova civile, op. cit.*, p. 18-19.) Essa vinculação da noção de alegação com sua funcionalidade se enquadra na longa tradição do processo romano-canônico, quando se passa a construir o conceito de alegação. Exemplificativamente: “Alegar é expor sua intenção com provas do facto trazidas a juízo e fazê-la confirmar com o direito, como mostra X.III *de fit instrum*, 2, 13, C. *inter dilectos* (*Allegare est intentionem suam probationibus facti in iudicium introductis ostendere et iuribus approbare, sic probatur X.III de fit. instrum. 2, 13, C. inter dilectos*)” (Tancredi Bononiensis ordo iudiciarius. In: *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*. Ed. Friedrich Bergmann. Göttingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 1842, p. 87-314, III, 15, 1, aqui p. 261).

⁵ Nos termos de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “[a]firmação e negação constituem *declarações de ciência*, que são informações sobre a realidade baseadas no conhecimento do declarante: trata-se de manifestações da esfera cognoscitiva sobre fragmentos da realidade que é objecto de conhecimento” (J. LEBRE de FREITAS. *A acção declarativa comum*: à luz do Código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 88).

<p>ἀποφαντικός δὲ οὐ πᾶς, ἀλλ' ἐν ᾧ τὸ ἀληθεύειν ἢ ψεύδεσθαι ὑπάρχει. οὐκ ἐν ἅπασι δὲ ὑπάρχει, οἷον ἢ εὐχὴ λόγος μὲν, ἀλλ' οὔτε ἀληθὴς οὔτε ψευδής.⁶</p>	<p>Nem todo discurso é uma proposição, mas apenas o discurso em que reside o verdadeiro ou o falso, o que não acontece em todos os casos: assim a prece é um discurso, mas ela não é nem verdadeira nem falsa.</p>
---	--

Ou seja, proposição é enunciado que, nos termos da linguística contemporânea, incide sobre o referente.⁷ Fundamentada no postulado da imanência da realidade, segundo o qual “é claro que a realidade não é menos o que ela é, a despeito da afirmação ou da negação de um ou de outro (δῆλον γὰρ ὅτι οὕτως ἔχει τὰ πράγματα, κἂν μὴ ὁ μὲν καταφήση ὁ δὲ ἀποφήση),”⁸ a proposição (simples) – a complexa é meramente um discurso formado por proposições simples – pode-se assim definir:

<p>Ἔστι δ' ἡ μὲν ἀπλὴ ἀπόφανσις φωνὴ σημαντικὴ περὶ τοῦ εἰ ὑπάρχει τι ἢ μὴ ὑπάρχει, ὥς οἱ χρόνοι διήρηνται.⁹</p>	<p>A proposição simples é uma emissão de voz que possui <i>um significado relativo à presença ou à ausência de um atributo</i> de acordo com as divisões do tempo [isto é, no passado, no presente ou no futuro].¹⁰</p>
---	--

Esclareça-se, de pronto, que a proposição pode ter conteúdo positivo (o referente aparece como sendo) ou negativo (o referente aparece como não sendo), pois a negativa é uma modalidade da afirmação, e não o seu oposto.¹¹

⁶ ARISTOTLE. On Interpretation. In: _____. *The Categories – On Interpretation – Prior Analytics*. Ed. e trad. Harold P. Cooke. Cambridge/London: Harvard University Press/William Heinemann, 1983, p. 111-79, aqui IV, 17a, p. 120 (Coleção *The Loeb Classical Library*, editada por G. P. Goold, volume 325).

⁷ Cf. R. JAKOBSON. Linguística e poética. In: IDEM. *Linguística e Comunicação*. 19.ed. Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 118-61.

⁸ ARISTOTLE, On Interpretation, *op. cit.*, IX, 18b, p. 136. Cf., também, ARISTOTE. *Catégories*. Ed. e trad. Richard Bodéüs. Paris: Les Belles Lettres, 2002, 12, 14b, p. 65-66.

⁹ ARISTOTLE, On Interpretation, *op. cit.*, V, 17a, p.122, grifos nossos.

¹⁰ Conforme esclarece, em comentário, JULES TRICOT: ARISTOTE. *Organon: I, Catégories – II, De l'interprétation*. Trad. e notas Jules Tricot. Paris: J. Vrin, 1946, p. 86, n. 1.

¹¹ O verbo *nego* é o oposto de *aio*, e significa “dizer que não” (A. ERNOUT; A. MEILLET. *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*. 3.ed. Paris: Klincksieck, 1951, p. 774.). Muitos filólogos derivaram *nego* de *ne* + *aio*, etimologia repelida pela mais moderna filologia latina (A. WALDE; J. B. HOFFMAN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch: zweiter Band*. 3.ed. Heidelberg: Carl Winter, 1954, p. 157), mas o fato é que o sentido do verbo latino é mais bem representado por “dizer que não” que por “negar”, já que não se trata de proposição que meramente diz não a outra proposição (que a nega), mas de

κατάφασις δέ ἐστὶν ἀπόφανσις τινὸς κατὰ τινός, ἀπόφασις δέ ἐστὶν ἀπόφανσις τινὸς ἀπὸ τινός. ¹²	Uma afirmação é a declaração de que uma coisa se diz a respeito de outra; uma negação é a declaração de que uma coisa está separada de outra.
---	---

As alegações de fato no processo são, assim, proposições relativas a parcela da realidade (em que está ínsita portanto uma atividade de destrinchamento do real, cf., *infra*, itens 11 e 14), consistentes na atribuição positiva ou negativa de predicados às fatias de realidade postas como sujeitos da predicação.

Controverter uma alegação de fato, vale dizer, uma proposição, é enunciar outra proposição, sobre a mesma parcela da realidade sobre a qual aquela incidia, atribuindo-lhe predicado contrário, de modo que, não podendo ambos corresponder à realidade do mundo, não possam ambos ser tidos por verdadeiros:

ἐπεὶ δὲ ἔστι καὶ τὸ ὑπάρχον ἀποφαίνεσθαι ὡς μὴ ὑπάρχον καὶ τὸ μὴ ὑπάρχον ὡς ὑπάρχον καὶ τὸ ὑπάρχον ὡς ὑπάρχον καὶ τὸ μὴ ὑπάρχον ὡς μὴ ὑπάρχον, καὶ περὶ τοὺς ἐκτὸς δὲ τοῦ νῦν χρόνους ὡσαύτως, ἅπαν ἂν ἐνδέχοιτο καὶ ὁ κατέφησέ τις ἀποφῆσαι καὶ ὁ ἀπέφησε καταφῆσαι ὥστε δῆλον ὅτι πάση καταφάσει ἐστὶν ἀπόφασις ἀντικειμένη καὶ πάση ἀποφάσει κατάφασις, καὶ ἔστω ἀντίφασις τοῦτο, κατάφασις καὶ ἀπόφασις αἰ ἀντικείμεναι. ¹³	E já que é possível afirmar aquilo que pertence a algo como não lhe pertencendo [falsa negação], o que não lhe pertence como lhe pertencendo [falsa afirmação], o que lhe pertence como lhe pertencendo [afirmação verdadeira], o que não lhe pertence como não lhe pertencendo [negação verdadeira], e que se o pode também de acordo com os tempos que não o do presente, tudo o que se afirmou se poderá negar e tudo o que se negou se poderá afirmar. É, assim, evidente que, a toda afirmação, corresponde uma negação oposta, e a toda negação corresponde uma afirmação. <i>Chamemos contradição à oposição de uma afirmação e de uma negação.</i>
--	--

proposição que afirma algo como sendo, na realidade, uma negativa. Dizer que algo não é, é diferente de negar que algo é.

¹² ARISTOTLE, *On Interpretation*, *op. cit.*, VI, 17a, p. 122.

¹³ IDEM, *Ibidem*, VI, 17a, p. 122 e 124, grifos nossos.

O processo se estrutura a partir dessas proposições contrárias que dão lugar à prova, que outra coisa não é senão a atividade regulada de separar as afirmações (e negações) falsas das afirmações (e negações) verdadeiras. Cada um desses pares de proposições contrárias constitui uma questão do processo (cf., *supra*, item 6).¹⁴ O próprio processo apenas se justifica na medida em que, anteriormente a ele, dois sujeitos enunciam proposições contrárias a respeito da realidade, sem poder decidir pela prevalência de uma proposição sobre a outra, de modo que a fixação da controvérsia, por meio da impugnação, pelo réu, dos fatos enunciados pelo autor, não faz senão inserir no processo o material que será processado por esse efetivo mecanismo epistêmico.¹⁵

CÍCERO, um dos principais difusores da teoria dos estados da causa (cf., *supra*, item 6), apontava, no século I a.C. – e a constatação não perde o seu vigor pela distância temporal – que a oposição entre afirmação do autor e afirmação contrária do réu vai sendo tratada pelo processo, de modo a tornar progressivamente preciso e certo o impreciso e incerto:

<p><i>Ex rationis autem et firmamenti conflictione et quasi concursu quaestio exoritur quaedam quam disceptationem voco: in qua quid veniat in iudicium et de quo disceptetur quaeri solet. Nam prima adversariorum contentio diffusam habet quaestionem; ut in coniectura, ceperitne pecunias Decius; in definitione, minueritne maiestatem Norbanus; in aequitate, iurene occiderit Opimius Gracchum. Haec,</i></p>	<p>Do conflito e como que do encontro dos pontos e dos argumentos, nasce a questão, que eu chamo de ponto de disputa: nela se costuma verificar o que é trazido a juízo e sobre o que se disputa. Com efeito, o primeiro confronto dos adversários tem uma questão difusa. Assim, no estado conjectural: “Décio tomou o dinheiro?” No estado jurídico: “Norbano ameaçou a majestade [do povo romano]?” No estado relativo à equidade: “Opímio tinha o direito</p>
---	---

¹⁴ Embora parte da doutrina teime em ver nos conceitos de ponto (*ratio*) e de questão (*quaestio*) uma das contribuições da moderna processualística, a afirmação é, conforme já vimos (cf., *supra*, item 6), historicamente equivocada. Trata-se do ponto central da teoria dos estados da causa, que já examinamos. Consignamos apenas, por conveniência neste ponto do texto, a definição de questão (*questio*) formulada por CÍCERO: “A questão [*quaestio*] é aquilo que a controvérsia gera a partir da contraposição dos argumentos, assim: ‘Não tinhas o direito de fazer isso. Eu tinha o direito de fazer isso.’ Há então uma contraposição dos argumentos, e é nisso que consiste o estado de causa. A partir dela surge a controvérsia, que chamamos de questão: ‘Ele teria o direito de fazer isso?’ (*Quaestio est ea, quae ex conflictione causarum gignitur controversia, hoc modo: "Non iure fecisti"; "Iure feci". Causarum autem est conflictio, in qua constitutio constat. Ex ea igitur nascitur controversia, quam quaestionem dicimus, haec: "Iurene fecerit?"*)” (CICÉRON. *De l'invention*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Librairie Garnier Frères, 1932, I, XIII, 18, p. 26).

¹⁵ Cf. M. TARUFFO. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 159-222.

*quae primam contentionem habent ex arguendo et resistendo, lata, ut dixi, et fusa sunt; rationum et firmamentorum contentio adducit in angustum disceptationem.*¹⁶ de matar Graco?” Essas questões, que contêm o primeiro confronto entre quem pretende e quem resiste, são, como eu disse, amplas e difusas; a confrontação dos pontos e dos argumentos leva a um confronto mais preciso.

Evidentemente, a forma como esse mecanismo está montado é vária, o esclarecimento progressivo podendo ser obtido por meio de ulteriores alegações, em caso de sistema com pouca ou nenhuma preclusão para as alegações das partes, ou então por uma atividade probatória diversamente regulada (cf., *supra*, capítulo 2). O que importa é que, sem proposições contraditórias, não há mecanismo ulterior a se pôr em marcha e, no fundo, não há justificativa para a atividade até então desenvolvida. Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, daí se depreende o próprio fundamento ético da impugnação dos fatos pelo réu:

A omissão em contestar constitui uma contradição psicológica do sujeito que vinha resistindo à pretensão do outro e depois, quando chamado a fazê-lo perante o único que pode decidir imperativamente a respeito – o juiz – vem a *baixar a guarda*, deixando de empregar as armas legítimas que a ordem jurídica lhe põe à disposição. É esse o profundo fundamento ético dos preceitos com que o Código de Processo Civil exige do demandado a apresentação de uma contestação capaz de criar controvérsias sobre os fatos alegados pelo autor, sob pena de ficar este dispensado do ônus de provar o que houver alegado.¹⁷

Ainda que se possa controverter sobre a distinção entre diversas modalidades de resistência, já que a resistência ativa à pretensão e a resistência passiva a ela, por derivar de situações diferentes do réu face às alegações do autor, podem implicar distintas exigências ético-jurídicas no momento da contestação (cf., *infra*, item 12), a formulação é

¹⁶ CICÉRON. *Divisions de l'Art Oratoire – Topiques*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Les Belles Lettres, 1990, XXX, 104, p. 40.

¹⁷ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, §1311, p. 61.

interessante e ecoa o quanto afirmado por JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, JOSÉ MIGUEL BEZERRA e JOSÉ JOAQUIM SAMPAIO E NORA falam na “atitude ético-jurídica categoricamente imposta pelo artigo 490º, 1 [do CPC português de 1961], ao prescrever que o réu *deve tomar posição definida perante cada um dos factos* articulados na petição”.¹⁸

Se, de todo modo, a função da impugnação especificada dos fatos – a de controverter as proposições fáticas do autor, para descobrir progressivamente a verdade, pondo em marcha o mecanismo epistêmico do processo – fica assim estabelecida, é muito mais complexo o problema de sua estrutura.

Neste capítulo, abordaremos a estrutura da impugnação especificada dos fatos, buscando fundamentalmente responder a duas questões de dever-ser: (a) quais os fatos que devem ser impugnados pelo réu para gerar uma controvérsia apta a continuar movimentando o mecanismo processual?; (b) incidindo sobre um desses fatos, qual deve ser o conteúdo da proposição do réu minimamente apto a fazer prosseguir o movimento processual?

Note-se que a primeira pergunta gera uma resposta ou um conjunto de respostas binárias: ao questionamento acerca de se, diante do fato A, B, C..., incide o dever de impugnação especificada, cabe apenas responder que sim ou que não. Já a segunda pergunta pede uma resposta aberta, que, talvez, como buscaremos propor (item 12 *infra*), possa ser formulada em uma sucessão de graus de elaboração das proposições do réu. Telegraficamente, pretende-se verificar o que o réu deve impugnar e como ele deve impugnar.

Para buscar um encaminhamento para essas indagações, examinaremos as proposições contraditórias do réu em sua relação, sucessivamente, com a *facti species* normativa (item 11), com a posição do sujeito fenomenológico que as enuncia (item 12) e umas para com as outras (item 13).

11. Os fatos e a figura do fato

¹⁸ [J. de M.] ANTUNES VARELA, J. M. BEZERRA; [J. J.] SAMPAIO e NORA. *Manual de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 315.

Conforme já visto, na tradição luso-brasileira, dando sequência às formas do processo romano-canônico, as peças postulatorias do autor e do réu se organizavam por artigos, isto é, constavam de uma sequência de proposições, mormente simples, todas introduzidas por *pono quod* (“alego que”) e, depois, por “provará que” (ou simplesmente, “P.”), associando cada alegação de fato à sucessiva atividade probatória que se seguiria no caso de controvérsia sobre aquela alegação (cf., *supra*, itens 7 e 8). Coletivamente, essas peças se chamavam, por assim se organizar, “articulados”.¹⁹

No Brasil, na passagem do século XIX para o XX, passou-se gradativamente da forma articulada para uma forma de livre narração, em que as proposições relativas aos fatos não se encontram destacadas umas das outras, mas imersas no fluxo discursivo produzido pelo advogado.²⁰ Não há dúvidas de que essa transformação está profundamente associada ao refluxo da retórica no processo, de acordo com modelo processual que, entre nós, foi promovido, ao menos em parte, pelas disposições do Regulamento 737 (cf., *supra*, item 9.1). Nesse diploma, introduziu-se pela primeira vez a possibilidade de fusão entre petição inicial (escrito simples que apenas convocava o réu a vir a juízo) e libelo (em que o autor deduzia articuladamente as suas alegações), flexibilizando destarte a

¹⁹ Comentando o Código de Processo Civil português de 1961, que definia os articulados no art. 151.1 (com correspondente no atual 147.1 do Código de 2013), ARTUR ANSELMO DE CASTRO explicou o conceito nos seguintes termos: “Com eles [articulados] se instaura o pleito e se definem os seus termos, marcando cada uma das partes a respectiva posição (cf. art. 151^o). É portanto o ciclo da dedução ou afirmação das pretensões e das razões das partes. E porque devem constar de peças escritas, cuja matéria, na parte geralmente chamada narração, é organizada por artigos (proposições numeradas (art. 151, n^o 2^o), daí o termo e designação de articulados.” (A. A. de CASTRO. *Direito processual civil declaratório*: volume 3. Coimbra: Almedina, 1982, p. 185.)

²⁰ Em estudo muito informativo, JOÃO MENDES JUNIOR defende a utilidade do sistema articulado, mas indica os abusos dos advogados como razão do declínio dessa forma de peticionamento: “Os articulados trazem vantagens fáceis de apreciar, não são para a determinação do objecto do litigio, quer quanto ao *facto*, quer quanto ao *direito*, como para a facilidade do expediente da prova; mas, o abuso dos advogados demonstrou que essas vantagens poderiam ser fraudadas, não só pelos interessados em tornar as causas mais intrincadas e difíceis do que realmente são, como por aqueles que, por ineptia e ignorancia, articulam *mais do que convem ou menos do que é necessario*, sem logica e sem criterio juridico algum: tão certo é o conhecido dictado – *arrazôe quem quizer, articule quem souber*.” (J. MENDES JUNIOR. Artigos – articulados [1^a parte]. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, n. 4, p. 299-311, 1896, aqui p. 302, grifos do autor.) No entanto, JOÃO MENDES JUNIOR defende claramente a superioridade dos articulados, caracterizando os que não se importam com bem dominar a técnica como cultores da indisciplina: “Infelizmente, aquellos que assim pensam demonstram, desde logo, que pretendem constituir o direito como um systema de indisciplina, ou como um systema de solicitações e empenhos e não como um systema de argumentos e provas.” (J. MENDES JUNIOR. Artigos – articulados [2^a parte]. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, n. 7, p. 81-99, 1899, aqui p. 81). Já PONTES DE MIRANDA se mostrou confiante no sistema desprovido de artigos: “O Código não exige a *articulação* da petição (...). A petição pode ser clara e precisa, sem ser articulada, sem ter itens; pode ser perfeitamente entendível pelo demandado, ou pelos demandados, que hão de apresentar defesa, sem ter a feição que lhe apontam os formulários, ou é de praxe entre advogados. Petições longas, minudentes, com enumerações e incisivos, podem ser obscuras e imprecisas; e até ineptas.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 4, *op. cit.*, p. 10.)

forma de apresentação das proposições de fato,²¹ e expressamente se consignou que as peças seriam articuladas ou não, ao arbítrio das partes.²²

Interessante acórdão, datado de 1915, proferido pela Câmara Criminal e de Agravos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, evidencia a mudança ocorrida, fazendo referência à então vigente Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908,²³ relativa à fêlência. Confira-se:

A contestação á acção reivindicatoria póde ser articulada em simples petição.

N. 7.761 – Franca – Aggravante, o liquidatario da massa fallida de Sergio de Almeida e Souza; aggravado, Gremio Literario Francano.

O juiz da Franca não admittiu a contestação a uma acção reivindicatoria, porque não foi articulada em fórma de embargos e a Lei de Fallencias exige expressamente que ellas sejam articuladas por essa fórma. (Artigo 139, paragrapho 3.º). O Tribunal reformou o despacho do juiz. *Não ha necessidade da contestação ser articulada com as fórmas sacramentaes de “provarás”, etc. Basta que o seja claramente, mesmo em fórma de petição.*

ACCORDAM – Accordam em Tribunal, vistos e discutidos estes autos, dar provimento ao agravo por termo a fls. 37 para annular o processo de fls. 31 em diante, e recebendo a contestação de fls. 18 mandar que siga o feito nos termos do paragrapho 3.º e seguinte do art. 139 da L. de Fallencias. *O facto de dizer a lei que as contestações serão articuladas em fórma de embargo, não importa na exigencia de ser a materia allegada deduzida discriminadamente em itens, tanto mais quando, como no caso*

²¹ “Art. 66. A acção ordinaria será iniciada por huma simples petição que deve conter: § 1º O nome do autor e do réo; § 2º O contracto, transacção, ou facto dos quaes resultar, segundo o Codigo, o direito do autor, e a obrigação do réo; § 3º O pedido com todas as especificações e estimativa do valor quando não for determinado; § 4º A indicação das provas em que se funda a demanda.

“Art. 67. A petição inicial póde reduzir-se a requerer simplesmente a citação do réo para ver propor-se a acção, cujo objecto e valor serão sempre declarados.

“Art. 68. Na audiencia para a qual for o réo citado deve o autor propor a acção, offerecendo a mesma petição inicial, ou no caso do Artigo antecedente outra com os requisitos do Artigo 66.”

²² “Art. 719. As petições iniciaes ou da proposição da acção, contestações, replicas, treplicas, embargos, reconvenções, opposições, poderão ser articuladas quando versarem sobre diversas questões de Direito, ou factos sobre que devão ser inquiridas testemunhas.”

²³ Especificamente ao seguinte dispositivo: “Art. 139. A reclamação reivindicatoria será dirigida ao juiz, contendo a exposição do facto e allegação do direito applicavel. (...) § 3º As contestações do fallido, dos syndicos ou liquidatarios, ou de qualquer credor, que tenha cumprido a disposição do art. 82, serão articuladas em fórma de embargos, e o juiz, recebendo-as, marcará o prazo de dez dias para a prova.”

presente, a contestação resume-se num só facto, qual o da existencia de uma conta corrente e não um depósito.

Custas pelo agravado.

S. Paulo, 9 de Agosto de 1915. – XAVIER DE TOLED, P. – BRITO BASTOS – PHILADELPHO CASTRO – CAMPOS PEREIRA – PINTO DE TOEDO – ALMEIDA E SILVA.²⁴

O movimento histórico se consumou e, como se sabe, hoje petições iniciais ou contestações se formulam – e mesmo se formulam prescritivamente, se reconhecermos a normatividade pragmática dos renitentes formulários de petições²⁵ – como narrativas contínuas.

Portugal, no entanto, de onde, como vimos, o Brasil importou sua disciplina sobre a impugnação especificada dos fatos (cf., *supra*, item 9.2), trilhou caminho diverso. Confrontem-se os arts. 488º do Código de Processo Civil de 1961 e 572º do Código de Processo Civil de 2013, ambos sob a epígrafe “Elementos da contestação”:

CPC português/1961	CPC português/2013
Na contestação deve o réu individualizar a acção e expor as razões de facto e de direito por que se opõe à pretensão do autor,	Na contestação deve o réu: <ol style="list-style-type: none"> a) individualizar a acção;

²⁴ RT 15/15, grifos nossos. Em julgamento de 30 de abril de 1942, o Tribunal de Apelação de São Paulo decidiu que “[p]ouco importa a inicial não esteja articulada. Prejuízo algum adveio á agravada agravando dessa omissão” (RT 138, 574). É curioso, no entanto, que a rejeição dessa preliminar, em agravo de petição, esteja vinculada à inocorrência de prejuízo, como se existisse, em princípio, uma expectativa de que houvesse articulação. Estava-se então às vésperas da promulgação da CLT, para a qual se aplica a seguinte avaliação: “[o] princípio da simplicidade atinge seu ápice no que concerne aos requisitos da petição inicial...” (H. B. M. da SILVA. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*: volume 9, processo do trabalho. 2.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 339), sendo “os requisitos da petição inicial no processo do trabalho... bastante singelos” (IDEM, *Ibidem*, p. 340).

²⁵ Cf., exemplificativamente: L. A. SCAVONE JUNIOR. *Modelos de peças no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 40-41, com texto contínuo na seção reservada aos “Fatos”. Do mesmo modo, G. C. de ARAÚJO JÚNIOR. *A resposta do réu no processo civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 26ss. É comum que se proponha um resumo dos fatos, rente ou não à inicial, e depois se particularizem, em uma seção “Do mérito”, elementos de uma contranarrativa fática, sempre em texto contínuo. Assim, por exemplo: D. BARROSO; B. P. GIANCOLI; M. R. MARINELLI. *Prática processual civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 106-09; F. TARTUCE; L. DELLORE. *Manual de prática civil*. 12.ed. São Paulo: Método, 2016, p. 212-17. Interessantes os formulários, por bastante detalhados, embora ainda em estilo seguido, em: N. PALAIA. *Técnica da contestação*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 171ss. Excepcionalmente, um modelo articulado: H. TUPINAMBÁ. *A contestação no processo trabalhista*. Belém: CEJUP. 1983, 119-20.

especificando separadamente as exceções que deduza.

- b) expor as razões de facto e de direito por que se opõe à pretensão do autor;
- c) Expor os fatos essenciais em que se baseiam as exceções deduzidas, *especificando-as separadamente, sob pena de os respectivos factos não se considerarem admitidos por acordo por falta de impugnação*; e
- d) Apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova; tendo havido reconvenção, caso o autor replique, o réu é admitido a alterar o requerimento probatório inicialmente apresentado, no prazo de 10 dias a contar da notificação da réplica.

É certo que o preceito que se tem aí se refere particularmente às exceções. No art. 147.2 do Código de 2013 (cujo correspondente era o 151.2 no diploma anterior), no entanto, de forma mais ampla, está determinado que:

Nas ações, nos seus incidentes e nos procedimentos cautelares, havendo mandatário constituído, *é obrigatória a dedução por artigos dos factos que interessem à fundamentação do pedido ou da defesa*, sem prejuízo dos casos em que a lei dispensa a narração de forma articulada (grifos nossos).

Trata-se da obrigatoriedade da forma articulada, em contraposição à forma seguida, ou arrazoada. Nos termos de FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, os articulados – que, no processo de declaração, são a petição inicial (arts. 552º e seguintes), a contestação (arts. 569º e seguintes), a reconvenção (art. 583º) e a réplica (arts. 584º e seguintes) –, devem “ser vertidos em pequenos trechos numerados, semelhantes aos que dividem os

textos legislativos, ou seja, em *forma articulada*, que se contrapõe à *forma seguida*, de uso na escrita corrente, também designada por *forma arazoada*”.²⁶ Diante desse preceito, assim, há obrigatoriedade da forma articulada, com exceção dos permissivos legais, também para que, na contestação, o réu se desincumba do “ônus da impugnação” determinado pelo art. 574º do Código de Processo Civil português de 2013.

Afinal, no entender de RUI PINTO parece ter havido “uma alteração de filosofia geral do Código no sentido do *condicionamento* do princípio dispositivo”,²⁷ consistente na cominação de uma sanção para o descumprimento do dever de especificar os fatos separadamente, isto é, uma restrição à liberdade das partes na formulação de suas manifestações escritas.²⁸

Há, contudo, relevante discussão sobre ter subsistido ou não, no processo português, a obrigatoriedade da impugnação articulada. Muitos autores, como JOSÉ LEBRE DE FREITAS, entendem que ela desapareceu desde a profunda revisão de 1995-1996, o que teria terminado com a exigência de uma impugnação especificada no sentido de factualmente individualizada (cf., *infra*, item 12). Segundo o autor: “Desde a revisão do CPC feita em 1995-1996, deixou de ser exigido na nossa lei processual que a impugnação seja feita especificadamente, isto é, *facto por facto*. Falava-se, no regime anterior, do ónus da impugnação *especificada*, que obrigava o réu a tomar posição sobre cada um dos factos articulados pelo autor, individualizadamente”.²⁹

O mesmo autor, em mais amplo comentário ao art. 574º do Código de Processo Civil português de 2013, em coautoria com ISABEL ALEXANDRE, pormenoriza o histórico das alterações legislativas relevantes para concluir no mesmo sentido, isto é, de que “foi suprimida a exigência da impugnação especificada”³⁰ (vale dizer, por meio de referência individualizada aos artigos da petição inicial). Contraponto autorizado oferece, no entanto, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, para quem o art. 574.1 do Código de Processo Civil português de 2013, “impõe que o réu tome posição definida perante cada um dos factos que constituem a causa de pedir”.³¹ MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA entende que a flexibilização advinda da reforma de 1995-1996 e consagrada no Código de 2013 tem que ver com uma atenção especial para com

²⁶ F. P. RODRIGUES. *Noções Fundamentais de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 362.

²⁷ R. PINTO. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 351, grifos do autor.

²⁸ O mesmo vale para a petição inicial. Cf. IDEM, *Ibidem*, p. 339. Note-se, no entanto, que o autor adota o termo “ônus”.

²⁹ J. LEBRE DE FREITAS. *A ação declarativa comum: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 4.ed. Coimbra: Gest Legal, 2017, p. 121.

³⁰ J. LEBRE de FREITAS; I. ALEXANDRE. *Código de Processo Civil Anotado: volume 2, artigos 362º a 626º*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 569.

³¹ M. TEIXEIRA de SOUSA. Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação no novo processo civil português. *Revista de Processo*, n. 228, p. 311-324, fev. 2014.

a absorção dos fatos dependentes pela impugnação do fato de que aqueles dependam (cf., *infra*, item 13).³²

Ao que nos parece, a cominação do art. 147.2 abrange o escopo de incidência do art. 574º, de modo que não nos parece que o conjunto das transformações legislativas indicadas tenha tido o condão de subtrair a determinação de destaque, ou individualização, dos contrapontos aos fatos articulados pelo autor. A bem da verdade, nos termos do art. 147.2, seria necessário que a lei explicitamente dispensasse a forma articulada, o que não ocorreu. Parece-nos que entender em sentido contrário seria subjugar a interpretação sistemática a reconstrução, passível de debate, do histórico legislativo.

A técnica é consentânea com a axiologia do processo português – que também é a nossa (cf. item 9.2, *supra*) –, já que o autor, ao identificar separadamente as proposições em que pretende fundar seu pedido, transmite ao réu e ao juiz clareza sobre os pontos sobre os quais deve incidir antes a impugnação do primeiro e depois, em havendo impugnação, a atividade cognitiva do segundo.³³ Interessante que ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA e LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA indiquem que, do ponto de vista da praxe forense, o recurso aos articulados ultrapassa mesmo a determinação legal: “[r]esulta evidente do texto legal que a forma articulada se reporta somente aos fundamentos de facto e não já aos argumentos jurídicos, embora a prática forense seja no sentido de também estes serem expostos por artigos, o que torna mais fácil a apreensão do seu conteúdo”.³⁴

O desaparecimento da forma articulada das petições no Brasil é um relevante fator de insegurança para o réu, que deve cumprir o dever de impugnar as alegações de fato que não lhe apareçam como verdadeiras, e para o juiz, que deve identificar a controvérsia e fixar as questões de fato que, por terem ficado controvertidas, serão objeto de prova

³² M. dos P. P. BELEZA. Ónus da impugnação. In: *O Novo Processo Civil: textos e jurisprudência*, caderno 5. Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 215-233, aqui p. 223-224.

³³ O sistema fica complementado pelo art. 5º do Código de 2013, que precisa quando e de que modo se poderá trabalhar para além das alegações de fatos articuladas naquelas peças: “Art. 5º (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”.

³⁴ A. S. A. GERALDES; P. PIMENTA; L. F. P. de SOUSA. *Código de Processo Civil Anotado*: volume 1, parte geral e processo de declaração, artigos 1º a 702º. Coimbra: Almedina, 2018, p. 177.

(CPC/2015, art. 357, II). Mais do que mera proposição complexa (cf., *supra*, item 10), em que exsurge a necessidade de sua repartição em proposições simples, dependente de interpretação e cuja relevância para a atividade processual ulterior terá de ser aquilatada apenas após o delicado processo de separação, trata-se de discurso em que se entremeiam proposições de qualidade diversa, sem necessariamente aludir a um referente, cumprindo outras funções da linguagem: conativa, já que a valorização do receptor (juiz) é muito encontradiça; emotiva, uma vez que o (advogado do) autor amiúde visa a reforçar sua própria autoridade; poética, à luz da surpreendente elaboração da linguagem, que por vezes adquire uma coloração maneirista.³⁵

Seria sem dúvida preferível, para a máxima clareza na comunicação processual, que o processo civil brasileiro retomasse o sistema de petições articuladas – forma que não é, evidentemente, vedada pelo sistema, à luz do art. 188 do CPC/2015 –, o que evitaria incertezas e, ao que parece, afastaria a constatação, resultado dessa incerteza, de que “[a] relativização da revelia e do ônus da impugnação especificada dos fatos é uma constante na jurisprudência brasileira.”³⁶ Naquele sistema, as proposições se apresentam prontas. Podem ser tidas por impertinentes ou não – problema que nos interessa peculiarmente neste item –, mas é bastante mais restrita a possibilidade de que os diferentes sujeitos do processo vejam proposição onde proposição não há, ou não a vejam onde ela existe, para além, é claro, da possibilidade, maximizada no sistema da livre narração, de que a proposição, mesmo quando existente e assim reconhecida pelos demais sujeitos, seja reconstruída de forma muito diversa por cada partícipe da comunicação processual.

Feita essa constatação, de implicações mais práticas que dogmáticas, já que dogmaticamente é possível fazer abstração das dificuldades interpretativas resultantes da forma das alegações das partes e tratá-las como se não houvesse distância entre o texto maneirista e as proposições nele incrustadas, pode-se atacar o problema de determinar quais as proposições do autor que precisam ser contrariadas pelo réu para que, tendo-se por impugnadas, gerem controvérsia apta a encetar atividade probatória direcionada a desfazer a controvérsia.

³⁵ Nomenclatura retirada a JAKOBSON, *Linguística e poética*, *op. cit.*.

³⁶ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, § 1316, p. 619.

Aqui passamos a desenhar o que se pode conceber como regime jurídico do dever de impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro, vale dizer, a explicitação, o mais detalhada e sistemática possível, do complexo normativo que dá consistência a esse dever e permite aproximar a previsão abstrata do antecedente (“se os fatos não forem impugnados especificadamente...”) e do conseqüente (“eles serão reputados verdadeiros”) das multiformes situações que se apresentam para constatar a ocorrência ou não da hipótese e, por isso, a aplicação ou não da sanção.

Como forma de proceder de forma estruturada a esse desiderato de particularização do regime, que é ínsito à pesquisa dogmática (cf. as breves considerações expendidas *supra*, na Introdução), adotamos o procedimento de, a cada seção deste texto que permita, por meio das inferências a cada passo apresentadas, explicitar um elemento do regime, sumulá-lo em um pequeno enunciado posto à direita, logo no início de cada item, que vai ainda identificado (RG: regime geral) e numerado (RG1, RG1.1, etc.), de modo que possa ser, ao fim e ao cabo, integrado em uma visão de conjunto.

Esses pequenos enunciados estão apresentados conjuntamente, de forma estruturada, ao final deste capítulo (cf., *infra*, item 14), e serão posteriormente completados, no capítulo 4, por meio de outros enunciados semelhantes, que permitirão, na conclusão desta investigação, uma apresentação conjunta dos resultados.

11.1. A figura do fato

RG1. O dever de impugnação especificada dos fatos incide sobre todas as proposições simples enunciadas pelo autor, desde que cada proposição seja necessária para preencher uma figura de fato normativa (um fato jurídico previsto no ordenamento) e desde que, em seu conjunto, essas proposições sejam suficientes para preenchê-la (caso contrário, a própria petição é inepta).

O termo italiano *fattispecie*, introduzido no vocabulário jurídico italiano por EMILIO BETTI³⁷ a partir de uma reelaboração do conceito (juspenalístico e depois também juscivilístico) alemão de *Tatbestand*,³⁸ não tem correspondente em português. Ele é, no entanto, mera transposição da locução médio-latina *facti species*,³⁹ que, na feliz tradução de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, pode ser vertido como “figura do fato,”⁴⁰ locução em linha com a expressiva caracterização de FRANCESCO CARNELUTTI, para quem a *fattispecie* vai assim evocada em uma metáfora artística:

o modelo, que resulta da combinação das características e, em particular, dos elementos juridicamente relevantes, não constitui, por assim dizer, um retrato, mas um desenho em *chiaroscuro* e como que uma caricatura do ato, em que apenas algumas de suas linhas são traçadas.⁴¹

A figura do fato – expressão que assumimos a partir daqui – pode-se assim tomar estruturalmente como um modelo ou esquema que *descreve* eventos do mundo,⁴² sublimando a realidade sensível (ocorrida ou imaginada como passível de ocorrer) em enunciado linguístico que conforma – isto é, dá forma (e sentido) a – o que passa então a ser a imagem

³⁷ No seu curso de direito romano: E. BETTI. *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*: volume primo, parte generale, escluso il processo, anno accademico 1927-28. Padova: CEDAM, 1928, §45, p. 232-36.

³⁸ A. CATAUDELLA. *Fattispecie*. In: C. MORTATI; S. PUGLIATTI (dir.). *Enciclopedia del Diritto*: volume 16. Milano: Giuffrè, 1967, 926-941, aqui p. 926, n.4.

³⁹ B. MIGLIORINI; A. DURO. *Prontuario etimologico della lingua italiana*. 2.ed. Torino: G. B. Paravia & Comp., 1953, p. 213.

⁴⁰ A. JUNQUEIRA de AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, 1986. Tese (Titular em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 12. ANGELO ERMANNANO CAMMARATA, além de “figura do fato” (*figura del fatto*), propõe “esquema do fato” (*schema del fatto*): A. E. CAMMARATA. Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica. In: _____. *Formalismo e sapere giuridico*: studi. Milano: Giuffrè, 1963, p. 245-93, aqui p. 256, n. 12, e p. 291, respectivamente.

⁴¹ F. CARNELUTTI. *Sistema del diritto processuale civile*: volume 2, atti del processo. Padova: CEDAM, 1938, p. 129. Em outro passo: “para precisão da linguagem, indispensável aos juristas, é impróprio e perigoso confundir a *fattispecie* com o fato: o fato é um *existente* e consiste em um pedaço de história; a *fattispecie* é um possível e consiste em um conceito, isto é, em um produto do pensamento” (F. CARNELUTTI. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, § 112, p. 184).

⁴² CARNELUTTI glosa *fattispecie* como o fenômeno pelo qual “a lei, para realizar seu propósito, *deve comprimir o fato em uma espécie*” (F. CARNELUTTI. *L’arte del diritto*. Padova: CEDAM, 1949, p. 48).

de um fato.⁴³ A relevância *jurídica*⁴⁴ da figura do fato – que atine com sua funcionalidade – está em que essa descrição se associa na sequência a uma *prescrição*, segundo a qual, produzindo-se na realidade do mundo eventos de que a descrição seja figura, tais eventos passam a ser qualificados como *atos jurídicos*,⁴⁵ isto é, ocorrências do mundo real⁴⁶ que,

⁴³ Apontamos aqui para a relevante distinção entre evento e fato tal qual formulada por PAUL RICOEUR. Para esse autor, o fato é uma elaboração do evento pelo sujeito cognoscente: “primeiro, alguma coisa ocorre, estoura, rasga uma ordem já estabelecida; depois, uma demanda imperativa de sentido se faz ouvir, como uma exigência de estabelecimento de ordem; enfim, o evento não é apenas trazido à ordem, mas, em algum modo que ainda precisa ser refletido, ele é reconhecido, honrado e exaltado como o cume do sentido.” (P. RICOEUR. Événement et sens. In: *L'espace et le temps*: actes du XXII^e congrès de l'association des sociétés de langue française, Dijon 1988, problèmes et controverses. Paris/Dijon: Vrin/Société Bourguignonne de Philosophie, 1991, p. 9-21, aqui p. 9). Em uma discussão a respeito do prolapado “retorno do evento” na narrativa histórica, RICOEUR formula o problema nos seguintes termos: “Seja ele tratado como suspeito ou como convidado bem-vindo depois de uma longa ausência, é como referente último que o evento pode figurar no discurso histórico. A questão a que ele responde é esta: de que se fala quando se diz que algo aconteceu? Não apenas eu não recuso esse estatuto de referente, mas eu advogo incansavelmente em seu favor ao longo de toda esta obra. E é para preservar esse estatuto de relatividade para com o discurso histórico que eu distingo o fato como ‘a coisa dita’, o o quê do discurso histórico, do evento como ‘a coisa de que se fala’, o ‘a respeito do quê’ é o discurso histórico. A esse respeito, a asserção, a asserção de um fato histórico marca a distância entre o dito (a coisa dita) e a perspectiva referencial que, de acordo com a expressão de Benveniste, derrama novamente o discurso no mundo. O mundo, na história, é a vida dos homens do passado tal qual ela foi. É disso que se trata. E a primeira coisa que se diz dela é que ocorreu. Tal como se diz que ela ocorreu? Essa é toda a questão. E ela nos acompanhará até o fim do estágio da representação, onde ela encontrará, se não a sua resolução, ao menos a sua formulação exata sob a rubrica de representância. Daqui até lá, será necessário deixar na indeterminação a questão da relação efetiva entre fato e evento, e tolerar uma certa indiscriminação no emprego dos termos, um pelo outro, pelos melhores historiadores.” (P. RICOEUR. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000, p. 227-228.)

⁴⁴ Ou relevância normativa. Isso porque o direito é uma espécie de critério de seleção e remontagem ideal de elementos dos eventos. Segundo OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT: “o esboço fático delineado na demanda, antes de descrever a situação de fato tal como empiricamente verificada, relata apenas ocorrências selecionadas a partir de determinado critério. E aqui está o ponto-chave: o critério de seleção dos fatos narrados na propositura da demanda não é outro senão o da sua relevância para o direito afirmado como fundamento de seu pedido” (O. A. dal M. DOMIT. *Iura novit curia e causa de pedir*. São Paulo: RT, 2016, p. 263).

⁴⁵ Nos termos de ANGELO FALZEA, a *fattispecie* é uma “*forma juris* em virtude da qual uma entidade extrajurídica penetra no sistema dos fenômenos jurídicos” (A. FALZEA. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 14).

⁴⁶ O fato jurídico, na conceituação de PONTES DE MIRANDA, não é distinto do fato (*rectius*, evento) do mundo, mas fato (*rectius*, evento) do mundo real a que o ordenamento atribuiu relevância jurídica: “Os fatos do mundo ou interessam ao direito ou não interessam. Se interessam, entram no *subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico* e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam. Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo, a despeito da sua entrada ou das suas entradas no mundo jurídico.” (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: volume 1, parte geral, introdução, pessoas física e jurídicas. São Paulo: RT, 2012, §2, p. 65).

por injunção deontológica, produzem efeitos jurídicos,⁴⁷ vale dizer, alteram o esquema das posições jurídicas dos sujeitos mirados pela prescrição (cf., *supra*, item 3.1).⁴⁸

A caracterização acima apresentada da figura do fato é uma tomada de posição em uma literatura em que grassa a polêmica. Compartilhamos da avaliação de RENATO SCOGNAMIGLIO, segundo quem “o balanço... da elaboração doutrinária da noção de *fattispecie* jurídica aparece francamente desanimador.”⁴⁹

Há pouca clareza, por exemplo, na distinção entre o que é a figura do fato e aquilo a que ela se presta. CARLO MAIORCA, assim, entende *fattispecie* “como complexo ordenado de elementos condicionantes de um efeito jurídico.”⁵⁰ PIER GIUSEPPE MONATERI, na mesma linha, propõe que “a *fattispecie* é o conjunto de todos os elementos necessários e suficientes para que se produza determinado efeito jurídico.”⁵¹ O problema já foi apontado por SCOGNAMIGLIO, para quem “não é possível, nem correto, entender a essência de um fenômeno atentando apenas para os seus efeitos.”⁵² ANTONINO CATAUDELLA, processando criticamente essa forma de entender a figura do fato, indicou que, mesmo sob o ponto de vista da consideração da produção de efeitos, ela “não é causa, nem concausa, nem condição deles: e não é tampouco condição para a concretização da norma; constitui antes um dos termos, com o sujeito atribuidor de valor, do ato de atribuição de valor: vale dizer, o objeto da valoração.”⁵³

Há pouca clareza, ademais, sobre a distinção entre concretude e abstração, sendo muito encontradiças na doutrina italiana as oposições entre “fato concreto” e “fato abstrato” e, correlativamente, entre “*fattispecie* concreta” e “*fattispecie* abstrata.” No próprio autor que introduziu a noção na doutrina italiana, há oscilação. Assim, em suas *Istituzioni di diritto romano*, BETTI trata a figura do fato de um ponto de vista concreto. Ela é “a situação de fato idônea a produzir o efeito disposto por uma norma jurídica,”⁵⁴ ou “um modo particular de ser, que

⁴⁷ Na formulação concisa de ANGELO FALZEA, “fato jurídico é tudo aquilo a que uma norma jurídica (qualquer norma do sistema positivo em consideração) atribua um efeito jurídico. A noção e a definição relativa gravitam então, essencialmente, em torno da assim chamada relação de causalidade jurídica, que é propriamente a relação especial fato-efeito criada por uma norma.” (A. FALZEA. Fatto giuridico. In: C. MORTATI; S. PUGLIATTI (dir.). *Enciclopedia del Diritto*: volume 16. Milano: Giuffrè, 1967, p. 941-50, aqui p. 942.)

⁴⁸ CARNELUTTI, valendo-se embora da locução *situazione giuridica* – de que extremamos a noção de “posição jurídica”, cf., *supra*, item 3.1 –, descreveu exatamente esse mecanismo: “o fato jurídico mais exatamente se definirá como sendo a mutação de uma situação jurídica, ou, por outras palavras, como sendo um fato material acompanhado da mutação de uma situação jurídica” (F. CARNELUTTI. *Teoria Generale del Diritto*. 3.ed. Roma: Foro Italiano, 1951, §82, p. 200).

⁴⁹ R. SCOGNAMIGLIO. *Fattispecie*. In: *Enciclopedia Giuridica*: volume 15. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2007, p. 1-8, aqui p. 4.

⁵⁰ C. MAIORCA. Fatto giuridico – *Fattispecie*. In: A. AZARA; E. EULA (dir.). *Novissimo Digesto Italiano*: volume 7. Torino: UTET, 1961, p. 111-33, aqui p. 115

⁵¹ P. G. MONATERI. *Fattispecie*. In: *Digesto delle Discipline Civilistiche*: sezione civile, volume 8. Torino: UTET, 2007, p. 223-27, aqui p. 224.

⁵² SCOGNAMIGLIO, *Fattispecie*, *op. cit.*, p. 2.

⁵³ A. CATAUDELLA. *Fattispecie*. In: MORTATI; PUGLIATTI (dir.), *Enciclopedia del Diritto*: volume 16, *op. cit.*, p. 926-41, aqui p. 935.

⁵⁴ E. BETTI. *Istituzioni di diritto romano*: volume primo. 2.ed. Padova: CEDAM, 1947, §45, p. 79.

assume uma relação da vida social.”⁵⁵ No entanto, na *Teoria generale del negozio giuridico*, BETTI formula uma definição de um ponto de vista abstrato: “A norma jurídica, considerada em seu mecanismo lógico, consta de uma previsão e de uma correlativa disposição. Ela prevê, isto é, em abstrato e em geral, hipóteses de fato classificadas por tipos e assim orientadas de acordo com uma valoração jurídica – hipóteses que, com termo técnico, denominam-se *fattispecie*...”⁵⁶ CARLO MAIORCA toma a dualidade como operativa para “uma clara impositação do tema da causalidade jurídica”⁵⁷ – o que já basta para ver como a oposição entre *fattispecie* concreta e abstrata está intimamente ligada à definição da *fattispecie* pelos seus efeitos –, entendendo que “o próprio fato concreto (ou *fattispecie* concreta) é que se definirá em relação à *fattispecie* abstrata: e, assim, se a *fattispecie* abstrata é relativa a um complexo de circunstâncias (ou ‘dados’ normativos), a própria *fattispecie* concreta, que é o reflexo homólogo da *fattispecie* abstrata, será relativa a um complexo de circunstâncias de fato.”⁵⁸

Parece-nos, antes, segundo exposto no corpo do texto, que a figura do fato mais bem se compreende, nos termos de RENATO SCOGNAMIGLIO, como um esquema lógico-jurídico que atende, em um primeiro momento, a um problema epistemológico: o de apreender a realidade.⁵⁹

Apenas os eventos do mundo que podem ser apreendidos como realizações, no mundo, de uma figura do fato interessam ao direito, constituindo fatos qualificados como jurídicos. Assim, as alegações de fato (cf., *supra*, item 10) que assumem relevância para o direito são proposições que afirmam a existência ou a inexistência de um fato jurídico, vale dizer, proposições que afirmam ter ou não se ter realizado no mundo uma instanciación concreta da figura do fato descrita na norma jurídica.

A expressão *suporte fático* é tradução literal do alemão *Tatbestand*, difundida no Brasil pela obra de PONTES DE MIRANDA. Segundo a célebre impositação ponteana de que “os fatos do mundo... entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas”,⁶⁰ o *suporte fático* não parece designar um elemento da proposição jurídica (a prótase), mas antes os eventos concretos do mundo. Afinal, segundo o autor, “o suporte fático (*Tatbestand*) da regra jurídica, isto é, aquele fato, ou grupo de fatos, que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide, pode ser de mais variada natureza: por exemplo, a) o nascimento do homem, b) o fato físico do mundo inorgânico, c)

⁵⁵ IDEM, *Ibidem*, §45, p. 80.

⁵⁶ E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2.ed. Torino: UTET, 1950, §1, p. 2.

⁵⁷ MAIORCA, Fatto giuridico – *Fattispecie*, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁸ IDEM, *Ibidem*.

⁵⁹ SCOGNAMIGLIO, *Fattispecie*, *op. cit.*, p. 4-5. R. SCOGNAMIGLIO. Fatto giuridico e *fattispecie* complessa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 8, p. 331-54, 1954.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*: tomo 1, *op. cit.*, §2, p. 65.

a doença...”⁶¹ É nessa esteira que ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, autor que desenvolveu um diálogo profícuo com as categorias ponteanas, afirma que os “elementos fáticos, não aproveitados [pela norma jurídica], são juridicamente irrelevantes, não entram no mundo do direito; os demais, os aproveitados, formam o *suporte fático* do fato jurídico e, assim, entram no mundo do direito.”⁶²

A noção é corrente na literatura processual brasileira, mas não sempre segundo a impostação ponteana. Assim, por exemplo, OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT fala em suporte fático para se referir a elemento da proposição jurídica: “Há poucas linhas se disse que o critério de escolha [na narrativa fática gravada na demanda] é o da relevância para o direito. Mas qual direito? A resposta óbvia aponta para a norma jurídica levada em conta pelo demandante, a qual, prevendo em seu suporte fático um evento ‘A’, a isso correlaciona a consequência jurídica ‘B’, a qual autoriza o acolhimento do pedido do autor.”⁶³ O autor chega mesmo a adjectivar: “suporte fático normativo”.⁶⁴ Às vezes, não se extrema com clareza a proposição do evento do mundo quando se fala em suporte fático. VITOR DE PAULA RAMOS, traduzindo *supuesto de hecho* (que, em geral, em espanhol, designa a prótase na norma, acoplada à *consecuencia jurídica*)⁶⁵ por *suporte fático*, verteu assim o texto de JORDI FERRER BELTRÁN: “[A]quilo que deve ser provado em juízo depende dos suportes fáticos aos quais as normas atribuem consequências jurídicas. Dessa forma, no processo, deve-se provar a proposição que afirma a ocorrência do fato para fins de aplicação da consequência jurídica prevista pelo direito”.⁶⁶

Encontra-se, assim, na expressão *suporte fático* a mesma ambiguidade que na *fattispecie* (concreta ou abstrata? – embora claramente a diretriz ponteana fosse no sentido de que *suporte fático* remeteria à *fattispecie* concreta). Não que a própria tensão seja de todo desvestida de interesse. A nosso ver, a localização do fato jurídico no mundo bruto dos eventos fica indiciada pela noção de *suporte fático*, que designa, em glosa ao texto ponteano, algo como a porção da realidade sensível apta a sofrer uma sublimação semântico-valorativa que, no seu todo, constitui o fato jurídico. A nosso ver, contudo, a noção de fato jurídico, nos termos em que a conceituamos *supra*, neste item, se bem entendida, extremada da figura do fato, substitui-se com proveito à noção (originária) de suporte fático.

⁶¹ IDEM, *Ibidem*, §7, p. 77.

⁶² JUNQUEIRA de AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial*, *op. cit.*, p. 13.

⁶³ O. A. dal M. D. *Iura novit curia e causa de pedir*. São Paulo: RT, 2016, p. 263.

⁶⁴ IDEM, *Ibidem*.

⁶⁵ De acordo com JOSÉ PUIG BRUTAU: “[p]ode ser que o fato jurídico seja apenas um dos elementos que formam ‘o *supuesto de hecho* global’, ao qual o ordenamento atribui uma consequência. (...) Essa palavra [*fattispecie*], o mesmo que a palavra alemã *Tatbestand*, foi traduzida repetidamente entre nós pela expressão *supuesto de hecho*, que, desse modo, adquiriu foro de naturalidade na doutrina espanhola. (...) Pode ocorrer que uma ou mesmo várias consequências jurídicas dependam da ocorrência de um único fato, caso em que se tratará de uma *Tatbestand*, ou *fattispecie* simples, e existirá coincidência entre o *fato* isoladamente considerado e o *supuesto de hecho* previsto pela norma como requisito determinante da consequência jurídica” (J. P. BRUTAU. *Hecho jurídico*. In: C. E. MASCAREÑAS (dir.). *Nueva Enciclopedia Jurídica*: tomo 10. Barcelona: Francisco Seix, 1960, p. 836-38, aqui p. 837).

⁶⁶ J. F. BELTRÁN. *Prova e verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, p. 52.

A distinção avançada por diversos autores entre figura do fato simples (*fattispecie* simples) e complexa (*fattispecie* complexa)⁶⁷ se resolve nos termos da distinção entre proposição simples e proposição complexa: será figura do fato simples aquela em que há uma só predicação, e será complexa aquela em que há mais de uma predicação e que pode, portanto, ser resolvida em mais de uma proposição simples. Assim, apenas exemplificativamente, vejamos o art. 1.251 do CC/2002, que enuncia a figura do fato da avulsão:

Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado.

A figura do fato deve, em primeiro lugar, ser extremada da prescrição (“o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo”, indicando a mudança de posição jurídica que fará nascer um direito na esfera jurídica da pessoa indicada pela norma). A figura do fato está linguisticamente construída por unidades linguísticas que podem, cada uma delas, ser correlacionadas à apreensão de eventos do mundo: “por força natural e violenta”; “uma porção de terra se destacar de um prédio”, “e se juntar a outro” (estas duas secções necessariamente cumulativas entre si); “se indenizar o dono do primeiro”, “se, em um ano, ninguém houver reclamado” (estas duas condicionais alternativas entre si e cumulativas com as demais unidades linguísticas). Ora, cada unidade linguística pode dar origem a uma alegação no processo, isto é, a uma proposição simples. No estilo de nossos antigos articulados: “P. que a porção de terra tal se destacou do prédio de fulano”; “P. que esse destacamento foi causado por uma violenta tempestade”; “P. que essa porção de terra se juntou ao seu próprio prédio”; “P. que essa junção foi causada pela mesma violenta tempestade”; “P. que se passaram tantos anos do ocorrido”; “P. que, neste tempo, ninguém reclamou a porção de terra destacada.”

⁶⁷ MAIORCA, Fatto giuridico – Fattispecie, *op. cit.*, p. 125.

Está claro que todas essas proposições são necessárias e deverão ser chanceladas judicialmente como verdadeiras, uma após a outra, para que aquele cujo terreno foi acrescido de porção de terra destacada do terreno alheio possa ver declarada a sua propriedade, reivindicá-la caso sofra esbulho por ação do antigo proprietário ou de outrem, etc.

No processo, entretanto, cada sujeito que formula uma proposição pode decompor, pela forma como exprime sua apreensão da realidade, os elementos componentes da figura do fato em parcelas menores, isto é, estruturar proposições parcelares que apenas na sua soma almejam à composição da figura do fato normativa. Exemplificativamente: “P. que seu terreno é confinante com o terreno de fulano”; “P. que o terreno de fulano e o seu são separados pelo rio tal”; “P. que houve uma chuva fortíssima no dia tal”; “P. que um raio promoveu uma fissura no terreno de fulano”; “P. que a barragem tal foi rompida por outro raio”; “P. que a água que verteu dessa barragem arrastou a porção fissurada do terreno de fulano para a outra margem do rio tal”; “P. que a força da água fez colidir a porção arrastada com porção de seu próprio terreno”; “P. que a mesma força fez com que a porção destacada se soldasse a porção de seu próprio terreno”, e assim por diante.

Essa forma de o sujeito processual exprimir sua apreensão da realidade no processo não deve surpreender: ela é manifestação da íntima relação existente entre texto normativo e norma (cf., *supra*, item 1), vale dizer, da atividade interpretativa por meio da qual os diversos intérpretes do texto normativo – e, no caso, autor e réu são agentes hermenêuticos⁶⁸ – atribuem sentido à sucessão de caracteres a que se reduz o texto legal no nível zero da interpretação. Afinal, atribuir um recorte ao texto normativo, em um ou mais graus de corte, é obra do espírito que busca passar da letridade da lei – o que alguns chamam de *fattispecie* legal,⁶⁹ expressão que nos parece inadequada, a não ser que se apresente como metonímia – para a figura (*Gestalt*, forma significante) do fato.

⁶⁸ Nos dizeres de PETER HÄBERLE, “[t]odo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico” (P. HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 15). Entre esses participantes, HÄBERLE se refere nominalmente a autor e réu, ao tratar do processo constitucional: “o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um ‘diálogo jurídico’ (*‘Rechtsgespräch’*)” (IDEM, *Ibidem*, p. 21).

⁶⁹ Cf. MAIORCA, Fatto giuridico – *Fattispecie*, *op. cit.*, passim.

Porção significativa da doutrina procura distinguir entre “fato” e “elemento do fato”, distinção que está imbricada com aquela, acima referida, entre “*fattispecie* simples” e “*fattispecie* complexa.”

Para MAIORCA, a distinção entre “*fattispecie* simples” e “*fattispecie* complexa” equivaleria àquela entre fato simples e fato complexo, mas não haveria fundamento lógico para a noção de “fato simples”: “Assim como relativamente à estrutura dos elementos físicos, a estrutura das *fattispecie* normativas (que são os elementos constitutivos do tecido normativo) poderá ser mais ou menos complicada, mas não poderá jamais se reduzir a carregar consigo apenas um único ‘dado’ e a identificar a própria eficácia causal com tal ‘dado’. Com efeito, como nas ciências físicas, em que, há certo tempo, acreditava-se que o átomo fosse o elemento simples e indivisível da matéria, assim também os exemplos que se costumam aduzir de *fattispecie* simples resultam de um aprofundamento inadequado.”⁷⁰ Nessa esteira, GIULIO LEVI conclui que “o fato, para se tornar fato jurídico, deve compreender vários elementos... e assim o fato será automaticamente considerado como ‘fato complexo’, e, reflexamente, a *fattispecie*, de simples, passará ao conceito de ‘*fattispecie* complexa’.”⁷¹

Talvez a expressão de BETTI denote a oscilação que nos parece essencial para cernir o fundo do problema: “fatos (*fattispecie*) simples e complexos, de acordo com que sejam constituídos de um único fato, ou de diversos elementos de fato conexos, sejam contemporâneos entre si ou sejam sucessivos no tempo...”⁷² Para além da sinonímia entre fato e *fattispecie*, que repetimos pelas razões já aduzidas, BETTI parece mal distinguir entre fatos e elementos de fato, já que o paralelismo da definição pediria que os fatos complexos fossem definidos como “constituídos de muitos fatos”, ou então que os fatos simples o fossem como “constituídos de um só elemento de fato.” Isso, a nosso ver, indica que, efetivamente, o fato é um recorte no mundo dos eventos, com escala móvel, recortado em seu todo (isto é, destacado) e internamente (isto é, seccionado) já na formulação do texto legal e potencialmente mais recortado no discurso dos intérpretes do texto normativo, aí inclusos os atores do processo judicial.

Podemos, assim, falar em fato, elemento do fato ou sub-elemento do fato em função do ângulo de visão estendido aos eventos do mundo. Trata-se de expediente linguístico que carrega consigo o olhar do sujeito que narra.

Se apenas os eventos do mundo que aparecem como homólogos sensíveis da figura do fato em sua idealidade interessam ao direito, e logo ao processo, conforme já afirmamos, a impugnação a ser feita pelo réu se refere imediatamente às proposições do

⁷⁰ IDEM, *Ibidem*, op. cit., p. 125.

⁷¹ G. LEVI. *Fatto e diritto*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 37.

⁷² BETTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, op. cit., §2, p. 8.

autor e mediatamente à figura do fato de onde derivam tais proposições, e apenas na medida em que tais proposições tenham guarida na figura do fato – na imagem de LEVI, na medida em que sejam adequado “reservatório” (*serbatoio*) daquelas proposições.⁷³

Neste ponto, a visão funcional da figura do fato – que não é sua definição, conforme anotado – vem ao socorro. Afinal, se, nos referidos termos de MONATERI, “a *fattispecie* é o conjunto de todos os elementos necessários e suficientes para que se produza determinado efeito jurídico,”⁷⁴ o dever de impugnação do réu incide mediatamente sobre cada um desses elementos e imediatamente sobre cada proposição do autor que seja projeção deles; logo, o conseqüente normativo do dever de impugnação, isto é, admitir como verdadeiras as alegações não impugnadas, incide sobre todas as proposições que, contribuindo necessariamente para a figura do fato, e sendo, em seu conjunto, suficientes para preenchê-la, tenham sido formuladas pelo autor.

A demanda de que os elementos sejam necessários tem que ver com sua valoração pelo direito (cf., *infra*, item 11.2); já a condição de serem suficientes tem que ver com o fato de que proposições que, no seu conjunto, sejam insuficientes para preencher a figura do fato não dão azo à resposta do réu, pois a petição inicial será indeferida por inépcia, uma vez que o não preenchimento da figura do fato resulta em que não decorre logicamente (*rectius*, necessariamente) dos fatos narrados a conclusão do autor (CPC/2015, art. 330, §1º, III).

Evidencia-se, assim, que o objeto do dever de impugnação especificada são as proposições fáticas do autor, havendo, por isso, uma vinculação do réu à forma como o autor processou os dados do mundo, na medida em que esse processamento seja aderente à figura do fato posta pela norma jurídica. Note-se, de passagem, que não estamos dizendo que o réu fica adstrito ao recorte da figura do fato pelo autor se entender que a figura do fato não admite aquele recorte, o que já significa controverter a interpretação do texto normativo, logo suscitar uma questão de direito, tomando, para isso, ponto (de direito) explícito ou implícito no discurso do autor. Estamos, no entanto, fazendo abstração desse problema, já que nosso objeto se cinge aqui às questões de fato.

⁷³ LEVI, *Fatto e diritto*, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁴ MONATERI, *Fattispecie*, *op. cit.*, p. 224.

Interessante, no ponto, julgado do STJ em que a incidência do art. 302 do CPC/1973 fundamentou-se justamente no descompasso entre as alegações de fato da autora e as da ré, que teriam sido menos específicas do que aquelas. Evidencia-se, assim, que é a conformação da narrativa fática pelo autor que está a determinar, *a priori*, o conteúdo suficiente das alegações de fato do réu capazes de elidir a presunção de veracidade. Confira-se:

Alega a recorrente, no especial, que houve cerceamento de defesa e contrariada a norma processual pertinente à distribuição do ônus da prova. Salaria que nunca se negou a pagar os valores correspondentes àqueles títulos cujo negócio subjacente foi desfeito, embora não nos termos pretendidos pela autora. E teria mencionado, na contestação, quais seriam esses (fls. 451).

Essa indicação, em verdade, ao menos precisamente, não se fez. Mencionaram-se alguns documentos e fez-se referência genérica a “demais comunicações efetivadas pela ré e constantes dos autos”.

Restaria indagar se tinha ela, realmente, o ônus de fazê-la. A questão permite uma distinção. Nos termos do artigo 302 do Código de Processo Civil, caberá ao réu “manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial”, presumindo-se verdadeiros os não impugnados. O autor afirmara que a ré pedira não fossem cobrados os títulos e solicitara sua devolução. Menciona, como razão desse pedido, quanto à maioria deles, ter havido restituição da mercadoria. O pedido de devolução, entretanto, foi de todos. Ora, na contestação, como já dito, reconheceu-se que houve o desfazimento do negócio quanto a alguns, mas não se negou o pedido de que fossem todos devolvidos. Admitido, pois, esse fato, deduzido como causa de pedir. (STJ, REsp 43.914, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 28 nov. 1995)

É implicação da necessária aderência do réu à construção das proposições pelo autor – estejam elas formuladas com a clareza de proposições simples articuladas ou precisem ser processadas por um esforço de leitura e interpretação para que assim se apresentem – que, se houver dois, três, quatro graus de recorte sucessivo da figura do fato

normativa, ensejando pequeníssimas proposições, desde que estas sejam, no todo, suficientes e, no particular, necessárias para preencher o *serbatoio* da figura do fato, deverá o réu impugná-las ou sujeitar-se-á a que sejam tidas por verdadeiras. Por outros termos, no caso de parcelarização da figura do fato pelas proposições do autor para além do recorte prefigurado no texto legal, vale o mesmo critério já exposto, fractalizado: incidirá o dever de impugnação dos fatos sobre todos aqueles sub-elementos que sejam necessários e suficientes para compor cada elemento da figura do fato.

Dizer isso não é dizer *como* o réu pode eficientemente impugnar esses objetos, já que é possível que indiretamente, isto é, sem criar um paralelismo formal estrito entre as proposições do autor e as suas próprias, logre impugná-las devido a um nexos de dependência lógica que faz englobar nas suas próprias proposições contraditórias aquelas do autor para as quais não ofereceu um paralelismo rígido (cf., *infra*, item 13).

Na direção inversa, não é nosso propósito investigar aqui a construção de proposições pelo réu que sejam fruto de um grau sucessivo de recorte relativamente ao âmbito visado pelas proposições do autor. Isso porque então não se estaria mais lidando com impugnação dos fatos postos pelo autor, mas com fato posto pelo réu, a partir de sua interpretação da figura do fato, logo com uma modalidade de defesa indireta, incidindo o art. 350 do CPC/2015 – e logo deslocaríamos para a réplica o estudo do dever de impugnação especificada dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, pelo autor, relativamente a alegações de fato do réu.

Autores como MONATERI tentaram pré-excluir da figura do fato certos elementos, como a evolução da relação (por exemplo, o pagamento da obrigação) ou os “elementos constitutivos ou essenciais do próprio fato”⁷⁵ (por exemplo, a existência do sujeito da declaração de vontade). Essa não nos parece, no entanto, uma distinção admissível, pois, na afirmação de que alguém deve pagar a outrem uma prestação originada de um contrato, está ínsita a afirmação, explícita ou não, de que a prestação não foi paga, assim como na afirmação de que foi emitida determinada declaração de vontade também está contida a afirmação de que existe o sujeito que a emitiu.

A figura do fato não é, repetimos, apenas o decalque do texto legal; ela exsurge da leitura do texto legal no contexto do conjunto do ordenamento, e os vínculos podem ser mais ou menos explicitados pelas partes do processo, em sua qualidade de intérpretes do texto normativo.

Pense-se na figura do fato a que alude o art. 854 do CC/2002, a promessa de recompensa: “Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem

⁷⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 225.

preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido”. Esse texto poderia ser seccionado da seguinte maneira, na petição inicial do processo em que Sicrano quer cobrar a Fulano a recompensa que entende devida: (a) Fulano fez publicar um anúncio no jornal tal; (b) nesse anúncio, prometia a soma tal a quem lhe prestasse o serviço tal; (c) Sicrano lhe prestou o serviço tal – a conclusão sendo a de que Fulano se tornou credor de Sicrano para a soma prometida no anúncio.

Imagine-se então que Fulano, em sua contestação, alega que Sicrano prestou o serviço após o prazo estipulado no anúncio e que, ademais, o serviço não foi prestado pelo meio especificado. Tratar-se-ia, à luz da petição inicial, de fatos impeditivos do direito do autor, como forma de defesa indireta. Mas essas afirmações podem estar contidas no reservatório da figura do fato, ancoradas na ideia de “certo serviço” do texto legal. Assim, em nada se teria afastado o autor – não teria remetido a mais de uma figura do fato – se tivesse afirmado, particularizadamente, que (b1) Sicrano prestou o serviço tal; (b2) na data tal; (b3) pelo modo tal. E, nesse caso, as mesmas alegações do réu não se tomariam por defesa indireta, mas por defesa direta – por impugnação especificada dos fatos da inicial.

Veja-se que é, portanto, a iniciativa diversa, do autor ou do réu, de recortar um elemento da figura do fato em subelementos, a que correspondem proposições destacadas (efetivamente ou destacáveis logicamente), que interessa para a forma do diálogo processual e gera o dever da impugnação especificada – se o autor, na petição inicial, dever do réu na contestação; se o réu, na contestação, dever do autor na réplica (art. 350 do CPC/2015). Cf., *infra*, item 12.2.

11.2. Os fatos impeditivos: breve aceno a um construto doutrinário

Apresentamos aqui algumas considerações sobre a categoria legal (arts. 350 e 373 do CPC/2015) dos fatos impeditivos, que têm especial relevo sob a óptica que aqui se adota, deixando clara a discursivização da figura do fato legal no discurso das partes. Trata-se, como deixa claro o art. 350, daquelas modalidades de defesa que podem ser concebidas como defesas indiretas na medida em que transformam a figura do fato, ampliando potencialmente o escopo da instrução (cf., item 11.1, *supra*, e itens 11.2 e 11.3, *infra*), isto é, desde que o autor também responda especificadamente a tais alegações em réplica.

Importará aqui, sobretudo, apontar a gênese teórica dessa impositação, em exemplo adicional da importação de categorias doutrinárias para o texto legal no CPC/1973, mantida pelo CPC/2015 (cf., *supra*, item 1), e indicar particularmente a dificuldade no trato da noção de fato impeditivo.

A categorização veio diretamente da doutrina italiana e, mais especificamente, das primeiras páginas das *Istituzioni* de CHIOVENDA,⁷⁶ que ressaltava ser a determinação dos tipos de fatos jurídicos particularmente importante, entre outros pontos, para o problema do “ônus da prova”.⁷⁷ Note-se, contudo, que, embora o Código Civil italiano, de 1942, tenha dispositivo semelhante ao do art. 373, em seu art. 2697, ele não tratou de reproduzir a dicção chiovendiana, aderindo antes à tradicional noção de exceção.⁷⁸ À noção de fatos impeditivos vem aí substituída a ideia de fatos ineficazes. A categoria de CHIOVENDA é, contudo, bastante mais complexa.

Para o autor, fatos constitutivos são aqueles “que dão vida a uma vontade concreta de lei e à expectativa de um bem por parte de alguém;”⁷⁹ fatos extintivos são aqueles “que fazem cessar uma vontade concreta da lei e a consequente expectativa de um bem.”⁸⁰ Exceção feita à terminologia marcadamente chiovendiana (vontade concreta da lei),⁸¹ o paralelismo com a categorização de SAVIGNY é perfeito, inclusive na não-inclusão, como categoria à parte, dos fatos modificativos,⁸² que foi, no entanto, logo integrada na pandectística alemã.⁸³ A nota distintiva fica por conta dos fatos impeditivos, cuja explanação é muito mais longa e complexa que a dos outros dois. Vale a pena examinar um excerto:

[A]nalisando as condições ou circunstâncias de fato que devem concorrer para que nasça um direito, vê-se que elas não têm todas a mesma importância e que, embora sendo todas necessárias, não se encontram todas, por assim dizer, no mesmo plano. Apenas algumas delas são indicadas com o nome de *fatos constitutivos*: e são precisamente aquelas circunstâncias que têm por função *específica* dar vida a um dado direito

⁷⁶ Cf. G. R. COSTA. Livre convencimento e standards de prova. In: C. ZUFELATO; F. L. YARSHELL (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356-80, aqui p. 366, n. 35.

⁷⁷ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*: volume 1, *op. cit.*, §1, 4, p. 5.

⁷⁸ “Art. 2697. Ônus da prova. 1. Quem quer fazer valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem seu fundamento. 2. Quem excepciona a ineficácia de tais fatos ou excepciona que o direito se modificou ou se extinguiu deve provar os fatos sobre os quais se baseia a exceção.”

⁷⁹ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*: volume 1, *op. cit.*, §1, 4, p. 5.

⁸⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 6.

⁸¹ Cf.: F. A. C. HENNING. *Ação concreta*: relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

⁸² F. C. von SAVIGNY. *System des heutigen Römischen Rechts*: dritter Band. Berlin: Veit und Comp., 1840, §104, p. 1-8.

⁸³ Por exemplo: B. WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrechts*: erster Band. 5.ed. Frabkfurt am Main: Kütten & Loening, 1882, § 63, p. 166.

e que *normalmente* produzem esse efeito. Entretanto, para que essas circunstâncias produzam o efeito que lhes é normal, devem concorrer outras circunstâncias, cuja falta *impede* que o efeito das primeiras se produza. À categoria dos fatos *constitutivos*, contrapõe-se, assim, uma outra categoria, a dos *fatos impeditivos*.⁸⁴

A construção é densa e se esclarece com um exemplo:

Um acordo das partes para vender uma dada coisa por um dado preço é a circunstância específica (fato *constitutivo*) que produz a passagem da propriedade de uma parte à outra (cod. civ., art. 1448): mas se exige que as partes sejam capazes, que o consentimento seja livre; exige-se ainda que o acordo seja feito com seriedade; se ele é *simulado*, a passagem de propriedade não ocorre. (...) Nesses casos, a incapacidade, a violência, o dolo, o erro, a simulação, a ilicitude, a má-fé, a qualidade de coisa derrelita, são todos fatos *impeditivos* do direito: e assim toda circunstância que tolha a um fato a produção do efeito que lhe é normal, que constitui sua razão de ser.⁸⁵

Como sugere a metáfora do Sol, que, normalmente, entra pela janela para iluminar e é, circunstancialmente, *impedido* pela janela fechada,⁸⁶ a construção é dependente de uma impositação naturalística dos fatos jurídicos. Como veremos logo adiante (cf., *infra*, item 12.2), é a perspectivização operada pelo autor, na petição inicial, que torna determinado elemento de existência, requisito de validade ou fator de eficácia unidade integrante da figura do fato, vinculando o réu. Como é essa perspectivização, por meio das proposições do autor, que gera para o réu o dever de impugnação especificada, a figura do fato que interessa para o processo é aquela que é concretamente enunciada pelo autor.

Nesse sentido, é interessante que, no ano subsequente à publicação do primeiro volume das *Istituzioni*, BETTI distinga fatos constitutivos, modificativos, extintivos, mas não fatos, e sim *circunstâncias* impeditivas. É de notar que BETTI trate essa categoria em

⁸⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*: volume 1, *op. cit.*, §1, 4, p. 6.

⁸⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 7.

⁸⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 6.

função da desobrigação do autor de alegar a presença – pressuposta – de tais circunstâncias ao alegar os fatos constitutivos, embora seu concurso seja necessário “para a eficácia dos fatos constitutivos.”⁸⁷ Certamente, essa situação tem que ver com contexto, que não é o nosso, em que havia cisão não só lógica, mas também cronológica, entre causa de pedir e fundamentos (cf., *infra*, item 11.4).⁸⁸ Afinal, o problema repousa em saber se o autor precisa ou não incluí-los em suas alegações para alcançar um juízo de admissibilidade positivo. Também nesse ponto, contudo, o horizonte não é tão nítido, já que diferentes pretensões podem levar à necessidade de alegação pelo autor da ausência de requisitos de validade ou de fatores de eficácia (e.g., pretensão à anulação de casamento) (cf., *infra*, item 11.4).

A doutrina italiana mais recente parece cônica do problema. GIANPIERO BALENA destaca que “pode resultar bastante problemática [a classificação dos fatos principais] relativamente à individuação dos fatos impeditivos, que operam, ao revés, *simultaneamente* com os fatos constitutivos, ainda que em direção oposta a estes, isto é, paralisando sua eficácia.”⁸⁹ A dificuldade foi claramente impostada como a da possibilidade de, diante de uma mesma situação, correspondente a uma figura do fato determinada, poder-se adotar diversas perspectivas:

A bem refletir, com efeito, isso implica que, no plano meramente lógico, toda vez que uma determinada figura do fato substancial indica um determinado elemento (expresso de forma positiva ou negativa) como relevante para o nascimento do direito, poderia se tratar tanto de um fato constitutivo quanto de um fato impeditivo, segundo ele seja visto de uma certa forma (positiva ou negativa) ou da forma inversa; ou seja, de acordo com o caso, como existência de um fato ou como inexistência do mesmo.⁹⁰

⁸⁷ E. BETTI. *Diritto processuale civile italiano*. 2.ed. Roma: Foro Italiano, 1936, § 92, p. 338.

⁸⁸ Do ponto de vista da teoria geral do direito, entretanto, o ponto de partida dessa construção deve ser buscado na distinção entre objeto e pressuposto de qualificação jurídica como parte da teorização sobre a *fattispecie*, distinção radicada em primeiro lugar nos teóricos italianos e, mais além, na civilística alemã. Cf., à época: A. FALZEA. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milano: Giuffrè, 1939, especialmente p. 8-9.

⁸⁹ G. BALENA. *Istituzioni di diritto processuale civile: volume 2, il processo ordinario*. 4.ed. Bari: Cacucci, 2017, § 45, p. 106.

⁹⁰ IDEM, *Ibidem*.

Se, por vezes, o texto legislativo busca prefixar o caráter impeditivo de determinado elemento de fato, “fora dessas hipóteses, ao revés, o problema não se presta a soluções abstratas e generalizantes.”⁹¹ Referindo-se ao critério da “normalidade” – que, como visto, é aquele da formulação chiovendiana –, BALENA conclui que “se está diante de um critério amplamente empírico e que deixa, inevitavelmente, muitas zonas de sombra.”⁹²

No sistema brasileiro, no entanto, (cf., *infra*, item 11.4), o problema pode ser levantado relativamente ao mínimo necessário de alegações para que a demanda proposta seja tida como admissível; do ponto de vista do réu que exerce defesa direta, entretanto, há já uma narrativa perspectivada, de modo que não é mais à lei diretamente, mas à lei enformada pelas proposições do autor – que só chegam ao réu na medida em que tenham sido avaliadas como contendo, pelo menos, o mínimo de alegações necessárias para que o processo possa ter seguimento –, que se terá de responder.

GIOVANNI VERDE parece ter percebido que, mesmo no direito italiano, o fenômeno é o mesmo. Reputando o fato impeditivo “o instrumento dogmático mais refinado que o positivismo jurídico soube excogitar para exaltar até o extremo limite o coeficiente de elasticidade dos cânones de valoração pré-constituídos no seio do ordenamento”,⁹³ VERDE entende que o fato impeditivo força “necessariamente a examinar o elemento estrutural, isto é, a maneira como a *fattispecie* está configurada.”⁹⁴ Ele força, isto é, a que se veja a figura do fato em função da angulação ou perspectivação que é dada no discurso da parte: “a contraposição [entre fatos constitutivos e fatos impeditivos] – repita-se – depende do distinto ângulo visual, e ela é possível porque a atividade nomológica não se põe em antítese com a atividade crinológica.”⁹⁵

⁹¹ IDEM, *Ibidem*, p. 107.

⁹² IDEM, *Ibidem*, p. 108.

⁹³ VERDE, *L'onere della prova, op. cit.*, p. 181.

⁹⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 190-91.

⁹⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 206.

Assim concebido, o fato impeditivo é marca sistemática positivada da necessária discursivização da figura do fato legal no discurso das partes;⁹⁶ sobre ela, apenas mediamente incide o diálogo processual.

11.3. A linha divisória entre fatos jurídicos e fatos simples

RG1.1. Incide dever de impugnação sobre alegação de fato jurídico, incluídos os fatos complementares (especificadores da figura do fato).

RG1.2. Não incide dever de impugnação sobre alegação de fato simples, incluídos os fatos indiciários (instrumentais para o raciocínio judicial).

RG1.3. Quando, nos limites admitidos no processo, um fato afirmado pelo autor na inicial muda de qualificação, de simples para jurídico, o debate é reaberto, e passa a incidir, desobstruída a preclusão, o dever de impugnação especificada.

RG1.3.1. O exercício de poderes instrutórios pelo juiz apenas gera dever de impugnação especificada, desobstruindo preclusões, se se trata de fatos que concretizam a figura do fato, recortando-a em mais elementos ou sub-elementos do que na fase postulatória (fatos complementares), não os gerando se incidem sobre fatos simples.

RG1.3.2. Se proposição de fato simples na petição inicial, segundo a percepção do juiz, puder efetivamente ser tomada por indiciária, de modo a integrar o raciocínio decisório, cabe ao juiz desobstruir as preclusões e reabrir o diálogo processual para amplo debate, embora não incida no caso dever de impugnação especificada, que resultaria na

⁹⁶ JOSÉ LEBRE DE FREITAS chega perto da mesma conclusão, ao entender que a distinção entre fatos constitutivos e impeditivos não é essencial, mas prática, ditada pela “impossibilidade prática de alegar e provar todos os factos que deverão concorrer para se verificar uma fatispécie perfeita” (J. LEBRE de FREITAS. *A confissão no direito probatório*: um estudo de direito positivo. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 220).

provocação de efeito idêntico ao da confissão por iniciativa do juiz.

O reverso do quanto ficou dito no item anterior é que, sobre outras alegações de fato que desbordem da figura do fato, isto é, que não sejam necessárias a estabelecer homologia entre os eventos ocorridos e a prefiguração normativa, não incide dever de impugnação especificada, ficando o réu em posição de faculdade, isto é, de não-dever (cf. *supra*, item 3.2). Por outros termos, dentre os enunciados que declaram a realidade percebida como verdadeira, há uma depuração, que pode estar perfeitamente atendida na formulação do autor ou necessitar labor adicional do juiz, entre os fatos que importam ao direito (fatos afirmados como jurídicos e que verdadeiramente o são) e aqueles que não importam (fatos que não são jurídicos do ponto de vista da figura do fato que deve guiar a decisão, tenham sido afirmados como jurídicos ou não).⁹⁷

É por isso que o Código de Processo Civil português de 2013, entre as inovações redacionais que aportou, substituiu sistematicamente as formulações que remetiam ao mandamento de alegar “factos” pela locução “factos essenciais”: assim relativamente ao “ônus de alegação das partes” (art. 5.1), aos “requisitos da petição inicial” (art. 552.1.d), aos “elementos da contestação” (art. 572.c), etc.

Embora não haja orientação semelhante no CPC/2015 (cf., nos correspondentes arts. 319, III, e 336, o termo “fato”, sem complemento determinativo), é também o entendimento da doutrina brasileira que, do ponto de vista jurídico (logo, para a definição das posições jurídicas das partes), importam apenas aqueles fatos variamente nomeados principais, essenciais, nucleares, etc., em contraposição aos fatos também variamente chamados secundários, simples ou meras circunstâncias. Na formulação de PONTES DE MIRANDA, “[n]o narrar, é inútil mencionarem-se fatos que não determinam, ou não entram nos fatos jurídicos da causa.”⁹⁸

⁹⁷ Nos termos de KARL LARENZ: “A situação de facto como enunciado efectua sempre uma selecção de entre a multiplicidade do inabarcável, do constante fluir, do acontecer fáctico; esta selecção acha-a desde logo o julgador, tomando em consideração a possível relevância jurídica de cada um dos factos. (...) Neste relato encontram-se, antes de mais, ocorrências singulares e circunstâncias que são irrelevantes para a apreciação jurídica e que, por isso, o julgador separará, no decurso das suas ponderações, da situação de facto definitiva (enquanto enunciado). (...) A situação de facto (definitiva) é assim o resultado de uma elaboração mental, em que a apreciação jurídica foi já antecipada.” (K. LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*. 6.ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 391-93).

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 4, *op. cit.*, p. 14.

Tratando do problema da causa de pedir (cf., *infra*, item 11.3), ARAKEN DE ASSIS assinala o problema de “identificar os fatos que gozam de relevância, no âmbito da narrativa do autor, na individualização da causa de pedir”,⁹⁹ e distinguiu entre “fatos principais” e “fatos simples.” Os primeiros são “os que compõem a hipótese de incidência da norma da qual o autor retira o efeito jurídico pretendido perante o réu;”¹⁰⁰ já os segundos são os “pormenores que não se mostram essenciais à hipótese de incidência da norma (regra ou princípio).”¹⁰¹ Alerta o autor que “[n]em sempre se mostra fácil distinguir o fato principal dos fatos secundários, ou melhor: identificar o fato principal que empresta fisionomia própria à causa de pedir.”¹⁰²

Também CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO distinguiu entre “fatos *jurídicos*”, de um lado, e “fatos *simples*, ou *secundários*”, de outro.¹⁰³ Definiu os fatos jurídicos de forma muito rente à perspectiva aqui assumida (cf., *supra*, item 11.1): “Reputam-se fatos jurídicos... exclusivamente aqueles que reproduzem em concreto os modelos de fatos descritos em abstrato na norma de direito substancial (*fattispecie*, ou hipótese legal).”¹⁰⁴ Já os fatos simples são “aqueles que não estão incluídos na hipótese traçada na norma jurídica e por isso não são capazes de desencadear a *sanctio juris* imposta por esta. São meras circunstâncias que, embora possam contribuir para a formação do convencimento do juiz, não integram a causa de pedir, não concorrem para identificar a demanda e por isso não vinculam o juiz.”¹⁰⁵

Não parece impertinente entender que os fatos simples estão para os fatos jurídicos como os acidentes para as substâncias. ARISTÓTELES exemplifica com o musicista que, tomado como musicista, apenas acidentalmente é branco, já que, no ser musicista, não há necessidade (nem habitualidade) da coloração branca. Do mesmo modo, se o fato jurídico é aquele que é necessário para que se tenha concretizado a figura do fato (é de sua substância), o fato simples é aquele que é desnecessário (é um seu acidente): “É um musicista pode ser branco; mas, como isso não acontece necessariamente nem habitualmente, nós chamamos isso de acidente. Como há predicados e sujeitos [da predicação], e alguns predicados aplicam-se aos sujeitos apenas em determinado espaço e tempo, qualquer predicado que se aplique a um sujeito, mas não porque ele era um determinado sujeito ou espaço ou tempo, será um acidente (καὶ μουσικός γ' ἂν τις εἴη λευκός: ἀλλ' ἐπεὶ οὔτε ἐξ ἀνάγκης οὔθ' ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ τοῦτο γίγνεται, συμβεβηκὸς αὐτὸ λέγομεν. ὥστ' ἐπεὶ ἔστιν ὑπάρχον τι καὶ τινί, καὶ ἕνια τούτων καὶ ποὺ καὶ ποτέ, ὃ τι ἂν ὑπάρχη μὲν, ἀλλὰ μὴ διότι τοδὶ ἦν ἢ νῦν ἢ ἐνταῦθα, συμβεβηκὸς ἔσται).”¹⁰⁶

⁹⁹ A. de ASSIS. *Processo civil brasileiro*: volume 1, parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: RT, 2015, p. 718.

¹⁰⁰ IDEM, *Ibidem*.

¹⁰¹ IDEM, *Ibidem*, p. 725.

¹⁰² IDEM, *Ibidem*.

¹⁰³ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, §1190, p. 435, grifos do autor.

¹⁰⁴ IDEM, *Ibidem*.

¹⁰⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 436.

¹⁰⁶ ARISTOTLE. *The Metaphysics*: books I-IX. Ed. e trad. Hugh Tredennick. London/New York: William Heinemann/G. P. Putnam, 1933, V, 30, 1025a, p. 288-90 (Coleção *The Loeb Classical Library*, coordenada por G. P. Goold, volume 271).

Por entender que a oscilação terminológica não é produtiva e acarreta uma série de dificuldades,¹⁰⁷ preferimos nos ater à distinção entre fatos jurídicos e fatos simples, sem acúmulo de sinonímia duvidosa, ressalvada a identificação de espécies dentro desses gêneros (cf., *infra*, neste item).

Curiosamente, determinado julgado do Superior Tribunal de Justiça, que aplicou o art. 302 do CPC/1973, tratou, sob a denominação de “fatos secundários”, de fatos produtores de consequências jurídicas que importavam para o julgamento das pretensões trazidas a júízo. A ementa enuncia:

Os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo e que constituem a causa de pedir são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão; isto é, aqueles que são carregados de efeito pelo ordenamento jurídico. *Os fatos essenciais (também denominados de fato jurígeno ou principal) são particularizados por determinados acontecimentos produzidos pela dinâmica social (fatos simples ou secundários), dos quais é possível extrair uma consequência jurídica.* (STJ, REsp 702.739/PB, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ o acórdão Min. Ari Parglender, 3ª Turma, j. 19 set. 2006, DJ 02 out. 2006, grifos nossos.)

No voto condutor, evidencia-se a raiz do equívoco na confusão entre o ulterior recorte da figura do fato (a afirmação separada dos sub-elementos que, cumulativamente, presentificam o elemento do inadimplemento contratual) e os fatos simples (que seriam fatos incapazes de preencher, em sua projeção ideal, a figura do fato porque externas a ela):

Portanto, se o autor alega que o *fato principal* decorre de 2 (dois) *fatos secundários* – ambos suficientes por si sós para a demonstração da ocorrência daquele – e o réu não contesta apenas um desses *fatos secundários*, o *fato principal* resta provado por força da aplicação do art. 302 do CPC quanto ao *fato secundário* que não foi impugnado pelo réu.

¹⁰⁷ Seguindo ensinamento de CALAMANDREI, para quem, “na linguagem jurídica, é bom evitar os sinônimos o mais possível.” (P. CALAMANDREI. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice: parte prima, premesse storiche e sistematiche*. 2.ed. Padova: CEDAM, 1943, §39, p. 139.)

Foi exatamente isso que ocorreu na presente demanda, conforme se vê pela leitura da sentença (especialmente as fls. 163), onde consta que ‘não tendo a ré rebatido em momento algum as inúmeras irregularidades detectadas na construção da obra e que foram levantadas pelo promovente, como: a utilização de material diverso do que ficou mencionado no contrato, admitiu como verdadeiras as afirmações feitas pelo autor na exordial.’ Diante disso, o Juízo de 1º grau aplicou o art. 302 do CPC quanto a esse *fato secundário* não impugnado pelo recorrente e, por isso, considerou provado o inadimplemento contratual. (STJ, REsp 702.739/PB, Rel. Min. Nancy Andriahi, Rel. p/o acórdão Min. Ari Parglender, 3ª Turma, j. 19 set. 2006, DJ 02 out. 2006, grifos do original.)

A mesma Turma do Tribunal, em julgado posterior, incorreu novamente em imprecisão ao atribuir à ausência de “pormenores *ou circunstâncias*” na resposta do réu o condão de atrair a sanção do art. 302 do CPC/1973. No voto do relator, afirma-se:

Com efeito, a simulação de negócio jurídico de pagamento de pretensão débito atinente a transferência de parte da sociedade Tereza Gomes & Cia Ltda e a saldo de obrigações morais e materiais do avô-vendedor para com o filho, genitor do neto adquirente, não teve em seu prol nenhuma credibilidade, seja no campo probatório, visto que nenhum documento veio aos autos, como início de prova da seriedade da alegação (de forma que a ausência de credibilidade da alegação não podia autorizar produção de outras provas, não impedindo o julgamento antecipado da lide), *seja porque a própria alegação veio inteiramente vazia de credibilidade, consistindo em mera referência genérica, sem pormenores ou circunstâncias, como datas, fatos, atinentes a aludidas alegações (fls. 31), descumprindo, portanto, o ônus da impugnação especificada dos fatos alegados na inicial (CPC, art. 302).* (STJ, REsp 953.461/SC, Rel. Min. Sidnei Benetti, 3ª Turma, j. 14 jun. 2011, DJe 17 jun. 2011, grifos nossos.)

Ora, pode ser que tenha havido descumprimento do dever de impugnação especificada dos fatos por não ter a resposta do réu impugnado eficazmente os fatos aduzidos na inicial (cf., *infra*, item 12), assim como é possível que o juiz tenha valorado a prova

trazida (ou não trazida) aos autos de forma a não acolher a alegação de simulação, mas não se pode conceber que o descumprimento do dever de impugnação se tenha dado pela não alegação de circunstâncias, que, ao menos no vocabulário jurídico usual, é equivalente de fato simples, não podendo, sem ser valorado pelo direito, implicar, por si mesmo, uma sanção jurídica.

RUI PINTO, ao discutir a aludida modificação redacional do Código português de 2013, introduz, com base naquele diploma, distinções que julgamos úteis para afastar esse tipo de mal-entendido. Em vez de simplesmente opor fatos jurídicos e fatos simples, o autor distingue três modalidades de fatos: os fatos principais, os fatos acessórios, ou complementares, e os fatos instrumentais.

Os fatos principais corresponderiam ao núcleo essencial, ou “elementos típicos do direito que pretende fazer valer.”¹⁰⁸ Para o autor, trata-se de fatos a que corresponde uma “essencialidade processual”,¹⁰⁹ sendo eles necessários para identificar a ação (e, logo, afastar a litispendência, a coisa julgada, etc.), acarretando a sua omissão a inépcia da inicial. Os fatos acessórios ou complementares, a seu turno, “concretizam ou qualificam os primeiros, conforme previsto nas normas de procedência (*complementaridade intrínseca*).”¹¹⁰ São, na expressão sugerida por PINTO, “fatos concretizadores.”¹¹¹

Para extremar uns de outros, aduz os seguintes exemplos:

Por ex: na acção de indemnização por dano extracontratual podem ser alegados na petição inicial tanto os factos principais ou típicos (facto, dano, nexo...) como já os factos que lhes sejam complementares como a *medida* do dano; na acção de condenação no cumprimento podem ser alegados tanto os factos principais ou típicos (celebração do contrato) como os factos que lhes sejam complementares, como a *data do vencimento* da obrigação.¹¹²

O que se tem aí é a atividade já referida (cf., *supra*, item 11.1) de explicitação de elementos ou sub-elementos da figura do fato: não há dano sem medida, não há pretensão

¹⁰⁸ PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil, op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁹ IDEM, *Ibidem*.

¹¹⁰ IDEM, *Ibidem*, grifos do autor.

¹¹¹ IDEM, *Ibidem*, p. 24. Cf., também, IDEM, *Ibidem*, p. 125.

¹¹² IDEM, *Ibidem*, p. 21, grifos do autor.

ao pagamento de obrigação não vencida. Seja “factos essenciais”, seja “factos acessórios”, estamos sempre no domínio dos nossos fatos jurídicos.

Tudo se passa diversamente, no entanto, relativamente aos chamados fatos instrumentais. Eles assim se caracterizam:

*Os factos instrumentais não integram a causa de pedir: são factos indiciários ou presuntivos dos factos integrantes da causa de pedir. (...) Portanto, são factos meramente probatórios e não integram as normas de procedência, i.e., as previsões normativas dos regimes materiais que suportam o pedido do autor. (...) Esta categoria está, por conseguinte, fora do ónus de alegação. No entanto, esta categoria assume uma grande relevância na narrativa global. Da sua presença ou ausência pode depender a formação da convicção da realidade dos factos constitutivos da causa petendi.*¹¹³

Aqui não mais se especifica a figura do fato; está-se fora dela; logo, afirmado o fato simples pelo autor, não se cria dever algum para o réu, que impugna o fato se quiser, assim como não se gera para o juiz o dever de fazer prova do fato, cuja controvérsia é irrelevante para a movimentação das posições processuais. Como concluíram ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA e LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, “não há ónus de alegação nem, tão pouco, preclusão quanto a factos instrumentais”.¹¹⁴

Note-se que a noção de fato instrumental pode ser concebida na verdade como uma espécie do gênero fato simples: ele é instrumental porque, na glosa de RUI PINTO, tem utilidade “indiciária” ou “presuntiva”, isto é, pode servir de base para um raciocínio que, da existência do fato simples, conclua a existência do fato jurídico.¹¹⁵ É nesse sentido que LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART distinguiram “fato direto” e “fato indireto”, estes últimos nomeados também “secundários” e “indiciários”: “podem existir outros fatos que não sejam capazes de demonstrar diretamente a verdade dessas

¹¹³ IDEM, *Ibidem*, p. 22, grifos do autor.

¹¹⁴ GERALDES, PIMENTA & SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado*: volume 1, *op. cit.*, p. 648. No mesmo sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE: “Os factos instrumentais probatórios que o autor alegue na petição inicial não têm de ser diretamente impugnados pelo réu: a este basta impugnar o facto principal que deles se deduz, visto que este último é que integra a causa de pedir” (LEBRE de FREITAS & ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*: volume 2, *op. cit.*, p. 570).

¹¹⁵ Cf. J. C. BARBOSA MOREIRA. As presunções e a prova. In: IDEM. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71.

afirmações de fato, embora sirvam indiretamente para convencer o juiz de que elas são verdadeiras. Trata-se dos fatos indiciários ou secundários”.¹¹⁶

O que importa é que a alegação de fatos indiretos não gera dever de impugnação. Afinal, não cabe à parte antecipar o raciocínio dedutivo do juiz, já que apenas o tomar um fato genericamente simples especificamente como indiciário o torna apto a gerar efeitos sobre as partes, algo que pode se sugerir ao juiz até o momento de proferir a decisão. Fazer recair um dever de impugnação sobre os fatos indiciários como subcategoria dos fatos simples implicaria impor à parte o dever de impugnar todo e qualquer fato simples de antemão por precaução contra algum possível raciocínio futuro do juiz.

A solução passa antes por o juiz, atendendo ao art. 10 do CPC/2015, desobstruir qualquer preclusão sobre fato simples que passará (ou poderá passar) a ver como indiciário e, se não tiver havido debate amplo sobre tal fato, reabrir o canal de diálogo processual para alegações, e mesmo, eventualmente, para realização de prova. Trata-se aqui, no entanto, de concretização do direito das partes de influir eficazmente no convencimento do julgador, e não da criação de um módulo tardio do ciclo postulatório.

Embora o problema implique uma digressão, não podemos negligenciar a questão dos poderes instrutórios do juiz, já que seu exercício, na fase probatória, pode gerar reflexos na delimitação dos fatos sobre os quais, na fase postulatória, havia ou não havia incidido o dever de impugnação especificada. Infelizmente, o CPC/2015 é muito pouco claro relativamente ao tema, e mormente aos limites dos poderes instrutórios do juiz,¹¹⁷ contentando-se com enunciar laconicamente que “[c]aberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito” (art. 370, *caput*). Evidentemente, essa formulação comporta matizações, face a outros dispositivos do Código, relativos ao pedido (arts. 321, 322, 324, etc.), à sentença (art. 490) e à regra geral de que “[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*” (art. 141, grifos nossos) – a dificuldade sendo justamente a de determinar quando é que “a lei” exige iniciativa da parte.

Em determinados pontos, o CPC/2015 até mesmo aumentou a incerteza, por exemplo, ao modificar o art. 416 do CPC/1973, passando a prever, no art. 459 do CPC/2015, a inquirição direta da testemunha pelos advogados das partes. No Código revogado, o juiz interrogava a testemunha “sobre os fatos articulados” (reminiscência da época em que as petições eram

¹¹⁶ L. G. MARINONI; S. C. ARENHART. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 118.

¹¹⁷ Já sob a vigência do diploma anterior, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE identificava o problema, afirmando que “[q]uestão tão difícil quanto relevante é a fixação dos limites eventualmente impostos pelo sistema, ao exercício do poder probatório pelo juiz” (J. R. dos S. BEDAQUE. *Poderes instrutórios do juiz*. 3.ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154).

articuladas, mas que se lia claramente como “sobre os fatos alegados”); no atual, “as partes” (por meio de seus advogados se não tiverem capacidade postulatória) perguntam diretamente à testemunha, e o juiz não admite as perguntas que “não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória.” Como as relações podem ser de muitas naturezas e de muitas intensidades, o dispositivo retirou um critério sóbrio para a delimitação dos poderes instrutórios do magistrado.

O Código português de 2013 foi bastante mais preciso, ao prever, em seu art. 411º, que “[i]ncumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo officiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, *quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*” (grifos nossos). Isso porque o art. 5.2 especifica: “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 do 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” (grifos nossos). Reencontra-se aqui a distinção, que acima se reportou nos termos da conceituação de RUI PINTO, entre os fatos essenciais, os complementares e os instrumentais.

A possibilidade de o juiz determinar prova sobre os fatos alegados pelas partes é precisamente aquela que norteou a redação do art. 416 do CPC/1973, orientação mantida no CPC/2015, à luz de dispositivos como os arts. 139, VIII, 481, etc., que, mais que restringir, apresentam os poderes do juiz de forma lata. Os critérios fundamentais que aparecem, no diploma português, para franquear ao juiz o exercício de poderes instrutórios independentemente de requerimento da parte são dois, vale dizer, o resultarem da atividade probatória e o serem submetidos ao crivo do contraditório das partes. Em nosso sistema, o primeiro – o surgimento do fato não alegado por meio de atividade probatória previamente desenvolvida, isto é, por meio de prova solicitada pelas partes – tem validade por se arrimar na garantia de que não cabe ao juiz, via de regra, trazer fato novo ao processo (CPC/2015, art. 141). Já o segundo critério é explicitamente formulado em nosso sistema, ainda que apenas como norma fundamental, e não diretamente no âmbito da atividade probatória (CPC/2015, art. 10).

Admitido que o juiz pode determinar prova de fatos alegados pelas partes, para o propósito de bem esquadriñar o dever de impugnação especificada dos fatos, importa reter o seguinte: (a) a realização de prova de fatos simples alegados pelas partes não é vedada, mas apenas se justifica caso esses fatos venham a ser tratados como indiciários, o que implica, como afirmado *supra*, que as partes os possam rediscutir à luz da nova dimensão que esses fatos poderão tomar no processo, mas sem atrair a incidência de um dever de impugnação especificada, apenas a faculdade de o fazer; (b) a introdução, como reflexo do exercício dos poderes instrutórios do juiz, de novos fatos simples nunca gerará dever de impugnação, e por isso também não terá a sua irrupção no processo o condão de promover a sanção de se terem por

verdadeiros caso não sejam impugnados; (c) a introdução de fatos jurídicos novos que alterem a figura do fato (os fatos essenciais portugueses) não é viável: se eles completam uma figura do fato que estava essencialmente incompleta, o processo deveria ter sido encerrado antes, com o reconhecimento da inépcia da inicial, por força do art. 330, §1º, do CPC/2015, e, se eles expandem a figura do fato, o juiz está a mudar a ação, alterando a causa de pedir fática, o que tampouco é viável, por força do art. 141 combinado com os arts. 319, III, e 329; (d) a introdução de fatos jurídicos novos que apenas concretizam a figura do fato, recortando-a em mais elementos ou sub-elementos do que na fase postulatória, é possível, mas enseja o exercício do contraditório, abrindo novo espaço para alegações e correspondentes deveres de impugnação especificada, que evidentemente não ficaram atingidos pela preclusão havida para as alegações feitas e eventualmente impugnadas naquela fase.

As considerações que precedem permitem distinguir, no gênero dos fatos jurídicos, a espécie dos fatos complementares (especificadores da figura do fato) e, no gênero dos fatos simples, a espécie dos fatos indiciários (instrumentais para o raciocínio judicial). Esse refinamento das categorias é relevante para uma compreensão das alterações procedimentais eventualmente necessárias para garantir plenamente o exercício do contraditório quando da irrupção dessas espécies no processo. No entanto, o dever de impugnação especificada dos fatos atine aos gêneros e não se diferencia em razão das espécies: fatos jurídicos (incluídos os complementares) sujeitam-se a esse regime, ao passo que fatos simples (abrangidos os indiciários) não são por eles atingidos.

*

O esforço de delimitar os fatos sobre os quais incide ou não o dever de impugnação especificada, tal como o desenvolvemos neste sub-item, tem uma vasta ancestralidade. Novamente, o ponto de partida é o processo romano-canônico. Os tratados *de ordine iudicarii*, ao abordar as *positiones* (cf., *supra*, itens 7.2 e 7.3), preocupavam-se em identificar aquelas *positiones* a que a parte contrária não está obrigada a responder. Assim, por exemplo, GRATIA ARETINO (cf., *supra*, item 7.2) explica:

<p><i>Diximus, qualiter sunt formandae; nunc videamus, quibus positionibus pars adversa teneatur respondere. Est sciendum, quod omnibus positionibus, dummodo faciunt ad causam... Positiones enim, quae</i></p>	<p>Dissemos de que modo devem ser formadas [as <i>positiones</i>]; agora, vejamos a quais <i>positiones</i> a parte contrária tem de responder. Deve-se saber que [tem de responder]</p>
--	--

*ad causam non faciunt, non debent admitti. (...) Per istas positiones in nullo relevatur; verbi gratia, vis probare te contraxisse cum M. tali loco, et tu ponis, 'te comedis die dominico in tali loco cum B. muliere.' Haec positio vel consimilis non relevat, quia, si pars confiteatur, non prodest ponenti, et si neget, non obest.*¹¹⁸

a todas as *positiones*, desde que digam respeito à causa... Pois as *positiones* que não dizem respeito à causa não devem ser admitidas. (...) Por essas *positiones*, não se chega a nada; por exemplo, queres provar que contratasse com M. em determinado lugar, e formulas a seguinte *positio*: 'comeste no domingo em determinado lugar, com tua mulher B.' Essa *positio* ou outra semelhante não leva a nada, pois, se a parte confessar, não favorece o que formulou a *positio*, e, se negar, não o prejudica.

O almoço do réu com sua mulher fica de fora da projeção, nos eventos do mundo, da figura do fato do contrato celebrado entre o réu e o autor, de modo que não há repercussão, nas esferas jurídicas respectivas de autor e réu, dentro ou fora do processo, para a validação, como verdadeira ou falsa, da proposição “P. que o r. comeu no domingo no lugar tal com sua mulher B.” Diante da figura do fato em tela (o contrato), o fato do almoço não é fato jurídico, mas fato simples – e sequer lhe foi atribuído valor indiciário.

11.4. *Causa de pedir, pré-compreensão e reenquadramento dos fatos*

Na seção anterior, tangenciamos, ao distinguir fatos jurídicos de fatos simples, o conceito de causa de pedir. Embora um tratamento aprofundado do problema, que é dos mais controversos no direito processual,¹¹⁹ escape completamente ao escopo deste trabalho, precisamos assentar algumas premissas que têm impacto na definição do dever de impugnação especificada dos fatos. O CPC/2015 emprega diversas vezes a expressão “causa de pedir” (arts. 55, *caput*; 56; 113, II; 308, § 2º; 319, I e II e par. ún; 330, I; 337,

¹¹⁸ Gratiae Aretini de iudicario ordine. In: *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*. Ed. Friedrich Bergmann. Göttingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 1842, p. 317-384, aqui p. 363.

¹¹⁹ Para uma orientação, com a identificação das principais polêmicas sob a óptica do direito brasileiro, cf. J. R. CRUZ e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2001; J. R. CRUZ e TUCCI; J. R. dos S. BEDAQUE (coord). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

§2º; 1.013, II), mas o problema central a afetar o objeto de que estamos a tratar está localizado em dispositivo em que a expressão não aparece. Trata-se do art. 319, III, segundo o qual a petição inicial indicará “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. A formulação manteve-se estável desde o CPC/1939 (art. 158, III),¹²⁰ passando pelo CPC/1973 (art. 282, III),¹²¹ e está radicada no Código português de 1939, art. 480, *caput*, e 480.4,¹²² com inspiração em larga tradição jurídica lusitana¹²³ e na doutrina italiana.¹²⁴

Nesse dispositivo, a doutrina nacional identifica o requisito de que a petição inicial contenha a exposição da causa de pedir. Na formulação de JOSÉ FREDERICO MARQUES, à luz do CPC/1939, “[o] último elemento da ação é a *causa petendi*, ou seja, de acordo com a linguagem legal do Cód. de Processo Civil, ‘o fato e os fundamentos jurídicos do pedido’ (art. 158, nº III)”.¹²⁵ Nas palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, com referência ao CPC/1973, a petição inicial deverá indicar “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, isto é, a *causa petendi*”.¹²⁶ Na dicção de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, tendo em mira o CPC/2015, “[i]sso indica a composição... da *causa petendi*, indicada no Código de Processo Civil como *factos e fundamentos jurídicos* do pedido (art. 319, inc. III)”.¹²⁷

A dicção legal tem dois núcleos (factos, fundamentos jurídicos), distinção usualmente formulada como oposição entre causa de pedir próxima e remota.¹²⁸ A contraposição entre *causa*

¹²⁰ “Art. 158. (...) III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa.” Com alterações meramente redacionais relativamente ao art. 173, III, do Anteprojeto: “173. (...) III) o fato e os fundamentos jurídicos, expostos de modo claro e preciso, de maneira que o réu possa preparar a sua defesa e resposta.”

¹²¹ “Art. 282. A petição inicial indicará: (...) III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido.”

¹²² “Art. 480. A instância inicia-se por uma petição em que o autor exporá os fundamentos e o objecto da sua pretensão. (...) Na petição inicial deve o autor: (...) 4.º Expor, com a maior clareza e concisão, os factos e as razões de direito sobre que assentam as conclusões.”

¹²³ Por exemplo, com referências, em JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, “O Libello contém essencialmente: I. o nome do Autor, II. o do Réo, III. a narração do facto, IV. a exposição do direito, ou causa de pedir, V. a conclusão.” (J. J. C. PEREIRA e SOUSA. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*: tomo I. Lisboa: Na Offic. de Joaquim Rodrigues d’Andrade, 1813, §CIX, p. 75). Comentando amplamente o ponto, com diversas referências, a partir do texto de PEREIRA E SOUSA: M. de A. e S. de LOBÃO. *Segundas linhas sobre o processo civil, ou antes adições às primeiras do Bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*: parte primeira [1817]. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, p. 106-08. O texto das Ordenações é lacónico. Cf. CRUZ e TUCCI, *A causa petendi no processo civil, op. cit.*, p. 72.

¹²⁴ J. ALBERTO dos REIS. *Código de Processo Civil Anotado*: volume 2, artigos 409º a 486º. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1949, p. 334ss.

¹²⁵ J. FREDERICO MARQUES. *Instituições de direito processual civil*: volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959, §268, p. 26.

¹²⁶ J. C. BARBOSA MOREIRA. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 18.

¹²⁷ C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, §528, p. 151.

¹²⁸ Há discussão sobre qual delas seria a causa próxima e qual a remota. Cf., sobre as inconsistências terminológicas, nesse ponto, D. A. A. NEVES. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 95.

petendi proxima, ou *propinqua*, e *causa petendi remota* advém da escola dos comentadores,¹²⁹ indicando uma evidente recepção do aristotelismo no ambiente universitário europeu. ULRICH ZASIUS (1461-1535/36), trabalhando já sobre o aporte das gerações precedentes, em seu *In tit. Institutionum de actionibus enarratio*, que veio a lume em 1537, distingue *causa remota* de *proxima* de modo que a causa próxima remete a uma posição jurídica (a obrigação, como espécie obrigacional do dever), ao passo que a causa remota remete ao fato jurídico (a contratação) do qual nasceu aquela posição jurídica.¹³⁰ Trata-se, assim, de ver o mundo jurídico como sucessão de fatos e de posições que resultam dos fatos: a contratação, a obrigação, a ação (logo, em termos aristotélicos, como causas eficientes uns dos outros). A ideia ainda está presente no CHIOVENDA dos *Principii*, quando define um dos três elementos da ação como “a *causa* eficiente da ação... que, por sua vez, divide-se *habitualmente* em dois elementos: um direito e um estado de fato contrário ao próprio direito (*causa petendi*).”¹³¹

As noções modernas de *causa proxima* e de *causa remota*, no entanto, reconfiguraram a ideia, de modo que toda a longa cadeia de fatos e posições jurídicas se qualificaria como uma dessas causas, ao passo que a outra se localizaria num plano diverso, atemporal, o plano da norma jurídica posta como sede de um esquema de conduta (logo, como causa formal). Nessa transformação, ganha evidente relevo a ideia do direito como ordenamento jurídico e, assim, conquista realce a presença da figura do fato como elemento constitutivo da apreensão fenomenológica do mundo para os fins do processo; o direito não é só a relação concreta, na sua sucessão temporal, mas também e fundamentalmente a relação modelada por um ordenamento que lhe preexiste.

A problematização da relação entre “fatos” e “fundamentos jurídicos” está no cerne das discussões sobre a causa de pedir. O debate sobre esse ponto, entre os autores brasileiros, ficou maculado por uma recepção problemática da doutrina estrangeira – fundamentalmente alemã, filtrada pela italiana –, em torno das noções de substanciação e de

¹²⁹ CRUZ e TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, op. cit., p. 58-59, identificando o jurista PETRO DE FERRARA (1357/58-1416/21) como o primeiro a havê-la formulado.

¹³⁰ “Entre essas coisas, deve-se advertir que alguém pode dever-nos por uma causa dúplice, por uma causa remota e por uma próxima. A remota é o contrato ou o pacto, pois você e eu contratamos, de onde nasce o débito. E a causa próxima é a própria obrigação, que nasce do contrato, assim como a causa imediata de nossa produção é a mãe. Assim como os pais são nossa causa imediata e próxima, mas os avós são a nossa causa remota, pois os pais nascem deles, e nós dos pais, assim também a obrigação é a mãe da ação, os pais ou as mães da obrigação são os contratos e os pactos. (*Inter haec aduertendum est, quod nobis potest deberi ex duplici causa, ex causa remota & proxima. Remota est contractus uel conuentio, quia tu & ego contraximus, unde debitum oritur. Et est causa proxima ipsa obligatio, quae ex contractu enascitur, sicut causa immediata nostrae productionis est mater. Sicut parentes sunt nobis causa immediata & proxima, at qui nostri sunt nobis causa remota, quia parentes ex eis nascuntur, nos ex parentibus, sic actionis mater est obligatio, obligationis patres uel matres sunt contractus & conuentiones.*)” (U. ZASIUS. *In titulo institutionum de actionibus enarratio*. Basel: Apud Mich. Isingrinium, 1537, p. 2-3.)

¹³¹ G. CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile*: le azioni, il processo di cognizione. 3.ed. Napoli: Jovene, 1923, §1, p. 63, grifos do autor. A distinção no texto de CHIOVENDA evoca os conceitos de causa de pedir ativa e passiva.

individualização. Segundo a vulgata amplamente difundida, haveria duas correntes, que entenderiam diversamente qual deveria ser o conteúdo da “causa de pedir”: uma, para a qual importa a narrativa dos fatos (substanciação), e outra, para a qual interessa a categoria jurídica, ou, mais simplesmente, o direito (individualização). Segundo essa perspectiva, o sistema brasileiro aderiria à substanciação, devendo a propositura da ação conter uma exposição exaustiva dos fatos, que vincula o juiz, ao passo que seria de somenos importância o enquadramento jurídico, por não vincular o juiz.¹³² Essa perspectiva acumula uma série de equívocos.¹³³

Anote-se que as referidas teorias têm um escopo bastante mais restrito que aquele que lhes atribui em geral a doutrina brasileira: o problema a que o debate que opôs individualização e substanciação intenta responder é o de determinar o conteúdo mínimo para que uma demanda possa ser regularmente processada, isto é, para que seja admissível pelo juiz. Nos termos de JOHANN BRAUN, o âmbito do debate entre individualização e substanciação é o de saber “*qual o mínimo de determinação* que o objeto litigioso do processo deve ter para que o juízo tenha de proferir *uma sentença de mérito* acolhendo ou rejeitando o pedido.”¹³⁴ Por outras palavras, é o que afirma HANS-JOACHIM MUSIELAK: “é preciso fazer uma distinção entre os requisitos necessários, sem cuja observância a demanda não é tida por admissível, e aqueles cuja falta, não sendo observados, não torna a demanda inadmissível.”¹³⁵

Em breve caracterização, JAUERNIG e HESS descreveram as tradicionais teorias da individualização e da substanciação nos seguintes termos: “Aquela [teoria da individualização] tinha

¹³² Cf., por todos: “O direito brasileiro positivou a teoria da substanciação da causa de pedir, para a qual interessa a descrição do contexto fático em que as partes se encontram envolvidas. O Código de Processo Civil brasileiro não acolheu a teoria da individualização da causa de pedir. Pouco interessa, a propósito, a natureza do direito afirmado em juízo: toda e qualquer petição inicial deve trazer a descrição dos fatos da causa.” (L. G. MARINONI; S. C. ARENHART; D. MITIDIERO. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p. 408.)

¹³³ A construção é temerária, e, como já assinalou JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “o único caminho para se descobrir qual a vertente seguida, nesse particular, por determinado ordenamento processual, é o da interpretação lógico-sistemática.” (CRUZ e TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, *op. cit.*, p. 148.)

¹³⁴ J. BRAUN. *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts: Erkenntnisverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, §26, p. 403, grifos do autor. Não haveria como desenvolver aqui a ideia de objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*), que, no entanto, enredou-se no nosso texto por meio desta citação. Trata-se novamente de conceito muito polêmico e debatido. Ficamos, por impossibilidade de analisar a questão sob todos os ângulos, com a ideia sugestiva de FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, que já implica um problema no vernáculo: traduzir *Streitgegenstand* como “objeto *litigioso* do processo” ou como “objeto do processo”? Confira-se: “o termo objeto do processo é utilizado para designar aquilo que se coloca diante do juiz, à espera do provimento que ele proferirá ao final” (F. P. G. CORRÊA. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 26). Há indicações importantes para uma arqueologia do conceito em: R. de B. LEONEL. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 31-105.

¹³⁵ H.-J. MUSIELAK. *Grundkurs ZPO*. 6.ed. München: C.H. Beck, 2002, Rn. 60, p. 32-33.

por suficiente a denominação técnico-jurídica da relação jurídica em que se fundava a ação ('aluguel', 'empréstimo', 'propriedade', etc.). Ela, portanto, desprezava o princípio *iura nouit curia*. A teoria da substanciação errava o alvo por outro ângulo: ela requeria uma apresentação da matéria fática substanciada, isto é, pormenorizada e sem lacunas. Tal apresentação pode ser necessária para o sucesso da ação (...), mas, como dito, não para a determinação do objeto litigioso.”¹³⁶

O debate em que outrora se opunham as posições da substanciação e da individualização não é, portanto, o de definir o que importa genericamente afirmar na petição inicial, independentemente do fim, mas o que importa afirmar para um juízo positivo de admissibilidade. Trata-se de identificar uma ação para saber se ela é ou não idêntica (ou conexa) a outra, com todas as consequências que, também no nosso sistema, a identidade e a conexão produzem (CPC/2015, art. 337, §2º, além, v.g., dos arts. 55, 56, 113, 329 e 330). Outro é o problema de saber o que o autor deve afirmar na petição inicial para que não se opere preclusão relativamente a novas alegações de fato. Como apontou CLAUDIO CONSOLO, “os dois momentos, isto é, o de individuação da demanda e o de alegação dos fatos constitutivos (não individuados), podem ser coincidentes ou não, de acordo com cada ordenamento”.¹³⁷ É uma opção do legislador, prossegue o autor, a de que, “desde o início do processo, o tratamento dos fatos da causa seja bem preparado, impondo ao autor aduzi-los já na citação, ainda que sejam fatos ‘individualizadores’.”¹³⁸

Ora, no sistema alemão, assim como tradicionalmente no italiano, que se tornou mais preclusivo neste pormenor a partir de 1990,¹³⁹ os momentos de identificação da ação pelos *tria eadem* e de preclusão para as alegações de fato pelo autor são distintos; não no sistema processual brasileiro, em que todas as alegações de fatos jurídicos precisam constar já na inicial (como pressuposto lógico da alegação de toda a matéria da defesa na contestação, a teor dos arts. 336 e 342 do CPC/2015). Logo, a doutrina brasileira insiste

¹³⁶ O. JAUERNIG; B. HESS. *Zivilprozessrecht*: ein Studienbuch. 30.ed. München: C.H. Beck, 2011, §37, 16, p. 153.

¹³⁷ C. CONSOLO. *Spiegazioni di diritto processuale civile*: volume 1, le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale. 10.ed. Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 139.

¹³⁸ IDEM, *Ibidem*.

¹³⁹ IDEM, *Ibidem*.

em deslocar conceitos relativos aos requisitos de identificação das demandas, com impacto restrito ao juízo de admissibilidade, para expressar problema relativo à existência ou não de preclusão para alegações de fato, com impacto possível no juízo de mérito.¹⁴⁰

Parece-nos necessário, assim, extremar o problema da causa de pedir – que, visto sob a ótica das vetustas teorias da individualização e da substanciação, exsurge como forma de identificação da demanda para viabilizar o seu processamento pelo juízo – do problema do conteúdo necessário das alegações de fato feitas pelo autor na petição inicial, sob pena de preclusão para ulteriores alegações, e não de inadmissibilidade da demanda; essas alegações são, afinal, o objeto sobre o qual incide imediatamente o dever de impugnação especificada do réu.

Ora, se, conforme estabelecido anteriormente (cf., *supra*, item 11.1), as afirmações de fato que têm relevância no processo são declarações da ocorrência, no mundo dos eventos, do fato (isto é, da apreensão fenomenológica do evento) que estava previamente descrito em uma figura do fato (que é a base para a apreensão fenomenológica e, logo, a responsável pela sublimação do evento em fato), a que a norma jurídica associava uma prescrição (logo, do fato jurídico), então as proposições de fato que se sujeitam, no processo, a ser validadas ou invalidadas são todas de fatos intrinsecamente delineados pelo ordenamento (isto é, proposições de fatos juridicamente conformados, mais que fatos e seus fundamentos jurídicos, na formulação do art. 319, III, do CPC/2015).

Em formulação feliz de KARL ENGISCH, fica bem caracterizada a intrínseca dependência entre figura do fato e fato concreto (isto é, evento que aparece como fato). O jurista apresenta nos seguintes termos os passos da subsunção, na conhecida forma do silogismo judiciário: “Nessa subsunção, devem ser distinguidos três elementos: 1. a apresentação de um evento da

¹⁴⁰ É devido a essa distinção que a doutrina alemã hoje converge para o que se nomeia “teoria da individualização aprimorada” (*verbesserte Individualisierungstheorie*), de acordo com a qual: “A lei antes permite que a matéria fática seja complementada durante o processo (...) Dessas provisões, segue-se que o autor, para a determinação do objeto litigioso, apenas precisa apresentar tantos fatos quanto necessários para a individualização, isto é, para a delimitação do objeto desse processo relativamente ao objeto de um outro (com o mesmo pedido).” (JAUERNIG; HESS, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, §37, 14, p. 152.) No mesmo sentido, para MUSIELAK, “a assim chamada teoria da individualização aprimorada requer a alegação de fatos que descrevam a relação jurídica tão precisamente que seja possível diferenciá-la das outras.” (MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*, *op. cit.*, Rn. 64, p. 34.) Daí se depreende que a recepção brasileira do debate sobre a individualização e a substanciação, além de inexistente quanto ao posicionamento sistemático desse debate (identificação da ação, e não preclusão das alegações de fato), perdeu-se no tempo, pois, na avaliação de JAUERNIG e HESS, “a antiga teoria da individualização e seu oposto, a teoria da substanciação, estão ultrapassadas.” (JAUERNIG; HESS, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, §37, 16, p. 153.) Para além disso, a doutrina brasileira, enfim, deixa a desejar na discussão sobre as diversas configurações da causa de pedir relativamente às diferentes modalidades de tutela e aos diferentes tipos de direitos controvertidos em juízo. Esse ponto é extensamente tratado por BRAUN, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, *op. cit.*, §26, p. 404-416.

vida concreto, da ocorrência fática (*Sachverhalt*); 2. a determinação de que essa ocorrência fática efetivamente se deu; 3. a valoração de que a ocorrência fática como tal, que exhibe as características da lei, isto é, mais precisamente, da premissa maior, isto é, constitui o termo médio.”¹⁴¹ A relação entre a ocorrência fática e a figura do fato vem tratada como uma interação (*Wechselwirkung*): “Não se trata de um círculo aqui? Por um lado, apenas são introduzidos na premissa maior aqueles momentos para os quais o evento concreto da vida incita à atração; por outro lado, o evento concreto da vida deve ser julgado em primeiro lugar com base na premissa maior jurídica, no interior da qual o essencial e o não-essencial são separados. (...) Em suma: é essencial para a premissa maior o que se refere ao caso concreto, é essencial para o caso concreto o que se refere à premissa maior. Olhando-se, no entanto, mais de perto, trata-se apenas de uma interação constante, de uma ida e vinda do olhar entre premissa maior e evento da vida, não, ao contrário, de um círculo falho.”¹⁴² Diante dessa interação constante, seria ingênuo e, mais que isso, equivocado, pressupor que é singela qualquer operação que isole a narração do evento concreto, como se ela pudesse gerar efeitos perfeitamente independentes da figura do fato.

Assim, as proposições constantes da petição inicial só delineiam fatos jurídicos porque há um fundamento jurídico, uma figura do fato associada a um enunciado deontológico. Isso implica que o enquadramento – vale dizer, a perspectivação – dos enunciados fáticos do autor é constitutivo da proposição. Trata-se, aqui, do fundamento da demanda em sentido amplo, mais do que do mínimo extrato desse fundamento tomado como necessário para que a demanda não seja desde logo rejeitada por inépcia da inicial (CPC/2015, art. 330, §1º, I). É a noção de fundamento (*Grund*), definida por ROSENBERG, SCHWAB e GOTTWALD nos seguintes termos:

O fundamento da demanda ajuizada é a ocorrência fática, o evento da vida, com o qual o autor justifica o seu pedido; ele é o requisito de qualquer efeito jurídico, pois o ordenamento jurídico vincula os efeitos aos fatos. O fundamento da demanda não é a relação jurídica que é condição para o efeito jurídico pretendido e que deriva desses fatos.¹⁴³

¹⁴¹ K. ENGISCH. *Logische Studien zur Gesetzanwendung*. 3.ed. Heidelberg: Carl Winter, 1963, p. 19.

¹⁴² IDEM, *Ibidem*, p. 14-15.

¹⁴³ L. ROSENBERG; K. H. SCHWAB; P. GOTTWALD. *Zivilprozessrecht*. 17.ed. München: C.H. Beck, 2010, §95, 17, p. 520.

Parece, portanto, que haveria utilidade, a despeito da tradição, em distinguir o conceito de fundamento (presente na formulação do art. 319, III, do CPC/2015), que assim abarca o conjunto das alegações de fato que – apenas por opção legislativa do processo civil brasileiro – precisam ser todas aduzidas na petição inicial, e o conceito de causa de pedir (presente em outros dispositivos do CPC/2015), que alude, nessa formulação, a uma parte dos fundamentos fático-jurídicos (porque inextricáveis): aqueles cuja omissão na petição inicial impede um juízo positivo de admissibilidade, bloqueando o ulterior processamento da demanda, porque insuficientes para a identificar (*individualizar*), apontando, desde logo, para fenômenos como a conexão, a litispendência, a coisa julgada.

Na nossa tradição jurídica, essa noção restrita da causa de pedir parece estar bem caracterizada por PASCHOAL JOSÉ DO MELLO FREIRE, em fins do século XVIII, que, ao tratar do libelo, escreveu: “Narra-se depois o facto, de que provem o direito, e a causa de pedir, donde nasce a acção... Pelo que nas acções reaes deve-se designar a especie do *jus in re*, em virtude do qual demandamos, e nas pessoas a especial causa da obrigação...”¹⁴⁴ A distinção relativa aos requisitos nas ações reais e nas pessoais indica o mesmo esforço empreendido por autores contemporâneos, como BRAUN, na Alemanha, e CONSOLO, na Itália (cf., *supra*, neste item), para indicar como o conteúdo mínimo necessário para extremar uma demanda das demais varia em função da natureza do direito controvertido. No mesmo sentido, polemizando sobre qual é o mínimo conteúdo necessário para saber que não se repete uma mesma ação real e pessoal, são as discussões de FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA sobre as relações entre a causa de pedir e a coisa julgada.¹⁴⁵

Na verdade, adotamos uma leitura particular do dispositivo em que nos inspiramos – o já citado art. 480.4 do CPC português de 1939. Conforme explicava JOSÉ ALBERTO DOS REIS à luz daquele diploma, “o conceito legal de causa de pedir... não deve confundir-se com o que se lê no n° 4° do artigo 480°. Determina-se aqui que a petição exponha, com a maior clareza e concisão, os *factos* e as *razões de direito* sobre que se assentam as conclusões. Já salientamos que a inobservância do n° 4° do artigo 480° não importa necessariamente a ineptidão da petição prevista da alínea b) do artigo 193°”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Citamos na tradução de JOSÉ NICOLAU REGUEIRA COSTA: P. J. de MELLO FREIRE. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular*: livro quarto, das obrigações e acções [contém os títulos VI a seguintes, correspondentes às “acções”]. Trad. Jozé Nicolau Regueira Costa. Pernambuco: Typ. Fidedigna de J. N. de Mello, s/d., p. 83.

¹⁴⁵ F. de PAULA BAPTISTA. *Compendio de theoria e pratica do processo civil*. Recife: Typographia Universal, 1855, §91, n. 1, p. 71, e § 169, nn. 1 e 2, p. 145-46.

¹⁴⁶ J. ALBERTO DOS REIS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1945, p. 369.

Embora para situação bastante específica, relativa a uma das hipóteses da ação de consignação em pagamento (cf., *infra*, item 22.2), Ovídio Augusto Baptista da Silva, sugeriu justamente a distinção aqui avançada, concebida pelo autor em função da separação entre *cognitio* e *iudicium*, logo atentando para a disciplina da coisa julgada: “Em termos técnicos, a ‘justa recusa’ ataca a *causa petendi* da demanda e não apenas os eventuais *fundamentos*, a que alude o art. 469, II, do Código de Processo Civil.”¹⁴⁷

É do ponto de vista dos fundamentos, porque esses são dirigidos ao diálogo processual com o réu (como deixava clara a redação, mais extensa, do art. 158, III, do CPC/1939: “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, *de maneira que o réu possa preparar a defesa*”), que a questão ganha relevo neste trabalho, mais do que do ponto de vista, assim extremado, da causa de pedir, imediatamente voltada à apreciação do juiz.

Isso posto, para identificar as alegações sobre as quais incide o dever de impugnação especificada, cabe retomar o problema dos fundamentos inextricavelmente fático-jurídicos da demanda do ponto de vista de seu ulterior processamento pelo réu e das implicações da atividade judicial para esse processamento. Destarte, quando Dinamarco, em consonância com boa parte dos intérpretes do direito processual brasileiro, enuncia que “a *qualificação jurídica* dos fatos ou atos não é vinculativa do juiz”,¹⁴⁸ de modo que ela “[n]ão passa de mera *proposta de enquadramento*, que o juiz acatará ou não”,¹⁴⁹ é preciso um grão de sal.

A afirmação não mereceria reparos se estivéssemos falando de sistema que separasse cronologicamente, e não apenas logicamente (como defendemos ser o brasileiro) a exposição da causa de pedir e a exposição, de que decorre preclusão de todas as proposições relativas a fatos jurídicos pelo autor. Como tudo isso vem concentrado no mesmo ato processual, o problema que de fato se precisa tratar é o de saber em que medida o processo pode admitir uma modificação no sistema de correspondências entre proposições sobre fatos jurídicos e a figura do fato que subjaz àquelas proposições. Trata-se de

¹⁴⁷ O. A. BAPTISTA da SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, artigos 890 a 981, dos procedimentos especiais. São Paulo: RT, 2000. Infelizmente, em seu *Curso*, o autor não desenvolveu essa intuição, potencialmente profícua, segundo cremos, e identificou a formulação do art. 282, III, do CPC/1973, com a *causa petendi* (O. A. BAPTISTA da SILVA. *Curso de Processo Civil*: volume 1, tomo 1. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177).

¹⁴⁸ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, §1189, p. 434.

¹⁴⁹ IDEM, *Ibidem*.

um problema relativo a como se estrutura um diálogo em função de um contexto de inteligibilidade.

A figura do fato que modela a apresentação dos fatos no processo é uma rede de inteligibilidade para aquilo que se discute. Afinal, a predefinição das regras de atribuição de sentido às coisas é condição de qualquer processo de compreensão. O sentido inicial que alguém atribui a um texto, diz HANS-GEORG GADAMER, “apenas emerge porque ele está lendo o texto com certas expectativas relativamente a um certo sentido;”¹⁵⁰ eventualmente, as pré-compreensões podem se mostrar equivocadas, forçando a sua substituição, mas por meio da “própria apropriação dos sentidos prévios e das pré-compreensões.”¹⁵¹ Sem fincar a pré-compreensão e criar mecanismos apropriados, não aleatórios, para adaptar uma eventual mudança, o diálogo processual seria um diálogo incapaz de produzir entendimento. É a esse imperativo de estruturar um diálogo significativo sobre o sentido das coisas (os fatos *jurídicos*) que a figura do fato atende no processo. Ela não é, então, elemento acidental a ser eventualmente descartado sem mais; ela é constitutiva de todo o debate, e sua eventual adaptação, dentro dos limites tolerados pelo sistema, atendendo ao propósito de dar sentido ao que se alega e sobre o quê eventualmente se controverte, precisa ser tratada com extrema cautela.

Há sistemas – é o que pretende o processo civil alemão, com a diretriz clara do §139.1 da *ZPO*¹⁵² – que estruturam a rede de inteligibilidade de forma dialogada desde o começo, com a ativa participação do juiz. Há outros sistemas, como o nosso, em que o enquadramento do diálogo é dado, já em uma conformação com pretensão de definitividade, pelo autor.

O réu, ao responder às proposições do autor, afirmando-as verdadeiras ou falsas, pressupõe um enquadramento (uma figura do fato) com relação ao qual a proposição faz sentido, seja esse enquadramento o pressuposto pelo próprio autor ou aquele que o réu lhe opôs. Uma alteração desse enquadramento após a resposta do réu tem o potencial de aniquilar as premissas em função das quais as respostas adquiriam sentido. Não se questiona aqui reenquadramento que importe na modificação do pedido, que não pode ser alterado potestativamente pelo autor após a citação (art. 329, I, do CPC/2015) e em hipótese alguma pelo juiz (art. 141 do CPC/2015), nem na modificação de alegações atinentes a fatos jurídicos, que se sujeitam a um regime estrito de preclusões (arts. 329 e 342 do

¹⁵⁰ H.-G. GADAMER. *Truth and Method*. 2.ed. Trad. Joel Weinsheiner e Donald G. Marshall. New York: Continuum, 1989, p. 267.

¹⁵¹ IDEM, *Ibidem*, p. 269.

¹⁵² “§139.1. O juízo deve discutir com as partes, na medida tida como necessária, os fatos e a relação controvertida em seus perfis de fato e de direito e formular perguntas a seu respeito. Deve fazer com que as partes se expressem tempestivamente e de modo completo sobre cada fato relevante, especialmente completando indicações insuficientes a respeito dos fatos deduzidos em juízo, indicando os meios de prova e determinando movimentações pertinentes.”

CPC/2015). No entanto, a possibilidade de o juiz reperspectivar as alegações já feitas, sem alterar o pedido e sem admitir novas alegações de fatos jurídicos, pode implicar modificação qualitativa das alegações de fato no processo – problema próximo ao da irrupção de novos fatos no processo como fruto do exercício de poderes instrutórios pelo juiz (cf., *supra*, item 11.2).

O ponto nodal do problema reside, assim, nos casos em que, diante de uma figura do fato implicada nos enunciados do autor, determinada proposição se referia a um (elemento de) fato simples, mas, diante de outra figura, em que se vêm reenquadrar aquelas alegações, a proposição passa a se referir a um (elemento de) fato jurídico. Isso porque, na hipótese inversa, isto é, na requalificação de um (elemento de) fato jurídico para um (elemento de) fato simples, não surgirá situação em que o réu possa ficar prejudicado por eventualmente não ter impugnado especificadamente determinada alegação.

Considerem-se dois exemplos. Se um motivo é reenquadrado como motivo principal do negócio jurídico, a teor do art. 139, III, do CC/2002, devido a uma nova categorização do negócio, *v.g.*, o motivo da doação em uma doação reenquadrada como remuneratória, nos termos do art. 540 do CC/2002, não é admissível outra solução senão a de reabrir o diálogo processual, com novo espaço para alegações e deveres de impugnação especificada atinentes ao elemento requalificado. O mesmo vale para debate que fora perspectivado pela figura da responsabilidade objetiva (art. 932 do CC/2002), nos quais alegações sobre a culpa do réu figuravam como elementos de fato simples (art. 933 do CC/2002), mas que, reperspectivado como caso de responsabilidade subjetiva pela recategorização de alguma das hipóteses do art. 932, inc. I a V, do CC/2002, passa a assumir a culpa como elemento de fato jurídico.

A solução de reabrir o debate sobre o ponto é a mesma apontada para o recorte de elemento, ou sub-elemento, de fato (jurídico) como reflexo do exercício dos poderes probatórios do juiz (cf., *supra*, item 11.2). Isso porque, em ambos os casos, há efetiva alteração da figura do fato dentro dos limites tolerados pelo sistema, que prefere reabrir parcialmente um ciclo encerrado, facultando novas alegações às partes, a multiplicar sentenças de improcedência quando os fatos alegados podem, em tese, conduzir ao pedido formulado pelo autor. A simples reperspectivação, no entanto, sem facultar ao réu rever sua manifestação sobre fato que antes reputava simples, de acordo com expectativa criada pelo enquadramento fornecido pelo próprio autor, acarretaria potencial prejuízo para o exercício da defesa, o que o sistema não pode tolerar, já que maximiza o contraditório

(CF/88, art. 5º, LV) e protege a confiança, corolário da boa-fé (CPC/2015, art. 5º), vedando decisões incompatíveis com as expectativas legitimamente geradas (CPC/2015, art. 10).

É o que vem reconhecido explicitamente pelo §139.2 da *ZPO* alemã (na versão após a reforma da *ZPO*, de 27 de julho de 2001), *in fine*, que apenas desenvolve, em mais pormenor, o conteúdo do art. 10 do CPC/2015, explicitando que, quando o juiz for decidir segundo um ponto de vista distinto daquele de ambas as partes, ele deve permitir que elas se pronunciem sobre o mérito: “O juízo pode basear a sua decisão em um aspecto que a parte desconsiderou ou por um evidente equívoco ou porque não reputou relevante, na medida em que tal aspecto não seja relativo a um pedido meramente acessório, apenas se o tribunal chamou a atenção para o ponto e concedeu a possibilidade às partes de se expressarem sobre o mérito. *O mesmo vale a respeito de um aspecto que o tribunal considere de modo diferente que ambas as partes.*” No nosso sistema, mais preclusivo, isso equivale a desfazer a preclusão para que as partes tornem a se pronunciar sobre fatos que, por terem entendido desempenhar outro papel diante de outra figura do fato, elas abordaram sob outra óptica.

12. Os fatos e o réu como sujeito cognoscente

O art. 341 do CPC/2015 se vale, no seu *caput*, do participio do verbo “impugnar” (*impugnadas*) e, no par. ún., do substantivo correlato (*impugnação*); em linha com a dicção do texto legal, vimos falando até aqui em “impugnação especificada”. Trata-se de noção (antes que conceito) jurídica indeterminada, vale dizer, noções “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”,¹⁵³ ou antes, noção jurídica determinável, que depende de uma atividade de concretização, passível de ser feita até um certo ponto no plano abstrato e ulteriormente dependente de uma apreciação do caso concreto.¹⁵⁴

Os dicionários especializados são lacônicos ao tratar de “impugnação”,¹⁵⁵ de forma coerente, aliás, com a amplitude com que o termo é empregado no diploma processual. Em meio a muitas ocorrências, o termo é frequentemente solicitado para designar

¹⁵³ K. ENGISCH. *Einführung in das juristische Denken*. 8.ed. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1983, p. 108.

¹⁵⁴ Sobre essa ideia, cf.: B. de O. SILVA. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: L. B. de MACEDO; R. PEIXOTO; A. FREIRE (org.). *Procedimento Comum*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 447-61 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, volume 2, coordenada por Fredie DIDIER JR).

¹⁵⁵ Para ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, impugnação é “uma objeção ou contrariedade a um ato processual do adversário ou de terceiro,” sendo a palavra utilizada “para manifestar uma ideia contrária a uma situação, cabendo ao juiz resolver” (A. de MENDONÇA LIMA. *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 1994, p. 335). No entender de JOSÉ CRETELLA NETTO, trata-se de “argumentação contrária, ataque” (J. CRETELLA NETTO. *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 207). Já para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “[q]uem se opõe a um ato ou decisão, ou a uma pretensão

condutas do réu no bojo da própria contestação: CPC/2015, art. 100, *caput*, relativamente à “impugnação” à gratuidade judiciária; art. 293, quanto a “impugnar” o valor da causa; art. 336, de acordo com o qual o réu “impugna”, na contestação, o pedido do autor (em contraposição ao art. 341, em que o que ele impugna são as alegações de fato), etc. São casos em que o réu se posiciona de forma contrária ao autor.

Diante da amplitude com que o texto legal trata o termo impugnação, contudo, não é possível tratá-lo com a limpidez de um conceito, não sendo tampouco imediata a identificação daquelas condutas discursivas do réu que preenchem o comando normativo em cada caso. É possível, no entanto, que o próprio *caput* do art. 341 contenha uma glosa localizada, isto é, que vale ao menos para a noção de impugnação mirada por aquele dispositivo. Ao enunciar que “[i]ncumbe também ao réu *manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial*, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas”, parece que, ao texto legal, subjaza a seguinte definição: impugnar as alegações de fato da petição inicial é manifestar-se precisamente sobre elas, ou, talvez melhor, *contra* elas. Logo, como consequência, não se manifestar ou se manifestar imprecisamente sobre (contra) as alegações de fato enunciadas pela petição inicial importa não-caracterização da impugnação.

Sem dúvida, a ausência de manifestação sobre determinada alegação de fato não gera maiores dúvidas, a menos que a ausência de manifestação sobre determinado ponto seja logicamente vinculada à presença de manifestação sobre outro (cf., *infra*, item 13). O advérbio “precisamente”, no entanto, é mais problemático. Conforme já examinado (cf., *supra*, item 9.2), no processo legislativo, o advérbio “especificamente” foi substituído no *caput* pelo atual “precisamente” – mantendo-se o adjetivo cognato “específica” no parágrafo único, que não cedeu espaço à formulação de uma “impugnação *precisa*”. Até em função dessa manutenção de dois qualificativos (“precisamente” e “específica”), como também já vimos, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS entendeu que a alteração de “especificamente” para “precisamente” era meramente lexical, não importando em mudança de sentido.¹⁵⁶

alheia, está a *impugnar* esse ato, decisão ou pretensão” (C. R. DINAMARCO. *Vocabulário do Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 162, grifos do autor).

¹⁵⁶ J. J. CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 270 a 331. 3.ed. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 375-76.

Como nem um nem outro advérbio – ou seus correlatos – é termo próprio ao vocabulário técnico do direito,¹⁵⁷ é preciso se socorrer da linguagem geral, que é necessariamente pressuposta para o direito e que ganha força normativa ao ser assumida no texto legal.¹⁵⁸ Nesse sentido, parecem relevantes os distintos sentidos do verbo “especificar”: de acordo com o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, em uma primeira acepção, trata-se de “indicar a espécie de; ser a característica especial de”;¹⁵⁹ em uma segunda acepção, significa “explicar miudamente; esmiuçar”;¹⁶⁰ na terceira significação, enfim, é “apontar individualmente; especializar”.¹⁶¹ O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* traz lição compatível.¹⁶² Note-se que há uma tensão nesse campo semântico: ao se entender que “especificar” é uma forma de enunciar proposições ou, antes, a enunciação de proposições doadas de certas qualidades, a proposição que “especifica” aparece, de um lado, como sendo aquela que permite discriminar esse algo dentro de um universo maior, particularizando-o (“apontar individualmente”), e, de outro, como aquela proposição (ou, talvez forçosamente, aquele conjunto de proposições) que promove um tendencial esgotamento da caracterização desse algo (“explicar miudamente”).

A sobreposição desse campo semântico com aquele do verbo “precisar” parece restringir um pouco a amplitude. Segundo o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, “precisar” (para além do conjunto de sentidos que remetem ao núcleo semântico “ter a necessidade de”) é “indicar com exatidão; particularizar, distinguir, especializar”,¹⁶³ “citar ou mencionar especialmente”,¹⁶⁴ “tornar-se ou mostrar-se preciso, definido,

¹⁵⁷ Embora, como assentado *supra*, item 9.2, a mudança tenha sido motivada porque, em “especificamente”, tenha-se visto uma referência ao estilo articulado, logo a uma particularidade da tradição jurídica.

¹⁵⁸ “A definição jurídica oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra, isto é, o uso corrente da palavra para a designação do fato, e o aspecto semasiológico, isto é, a sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isto ocorre. O legislador, nestes termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente dá-lhes um sentido técnico que precisa ser elucidado. Este sentido técnico não é arbitrário mas está ligado de algum modo ao sentido usual, sendo, por isso, entre outras razões, passível de dúvida.” (T. S. FERRAZ JR. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75.)

¹⁵⁹ A. B. de H. FERREIRA. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 701.

¹⁶⁰ IDEM, *Ibidem*.

¹⁶¹ IDEM, *Ibidem*.

¹⁶² Transcreve-se o verbete: “especificar v. (sXV cf. FichiVPM) t.d. dar especificidade a 1 t.d. determinar a espécie de (algo); classificar 2 t.d. indicar com precisão; precisar, apontar, discriminar <ela não especifica o tecido que era para comprar> 3 t.d. descrever pormenorizadamente; caracterizar, detalhar <e. todos os casos detalhados como exemplos> 4 t.d. dar instruções minuciosas e precisas; explicitar, esclarecer, informar <e. o que os assistentes devem fazer>” (p. 1226).

¹⁶³ A. HOUAISS; M. de S. VILLAR; F. M. de MELLO FRANCO. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1380.

¹⁶⁴ IDEM, *Ibidem*.

exato.”¹⁶⁵ Para o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, trata-se de “indicar ou exprimir com exatidão”,¹⁶⁶ de “tornar (algo) preciso, exato, rigoroso; ajustar, precisar.”¹⁶⁷ O sentido de “precisar” (e logo de “preciso”, bem como de “precisamente”) não parece se estender à amplitude que “especificar” atinge quando equivale a “explicar miudamente”. Nas definições sucintas de FRANCISCO FERNANDES,¹⁶⁸ “especificar” é “constituir o caráter especial de; apontar individualmente; determinar de modo preciso e explícito; esmiuçar”;¹⁶⁹ “precisar” é “indicar com exatidão; especializar; particularizar.”¹⁷⁰

Para fins de interpretação do art. 341 do CPC/2015, sendo de se privilegiar o campo semântico partilhado entre “especificar” e “precisar”, a injunção normativa não alcança, assim, aquela amplitude, isto é, o réu não tem diante de si, ao menos *prima facie*, um dever de esmiuçamento, minudenciamento, ou seja, de “desfazer em partes miúdas, fragmentar, esmigalhar”.¹⁷¹ Até porque, como já se viu (cf., *supra*, itens 11.1 e 11.2), quebrar uma figura do fato em mais elementos do que os oferecidos pelo autor vai além da impugnação especificada dos fatos, podendo se configurar como defesa indireta (cf., também, *infra*, item 12.2). Bastaria, no entanto, “particularizar”, isto é, identificar, a alegação de fato do autor que se contraria ou seria necessário “precisar, ajustar” aquilo que, tendo sido afirmado pelo autor, está em disputa, isto é, tornar exato aquilo que, nas proposições do autor, é errado ou inexato?

ABÍLIO NETO, comentando o Código de Processo Civil português de 1961, saiu-se com a seguinte explicação, identificando especificação e individualização, compreensão bastante bem adaptada ao sistema dos articulados lusos:

Quer isto [especificadamente] significar que a impugnação tem de ser feita *facto por facto* (*espécie factual por espécie*), não em termos *genéricos*, por meio de referência global. Pretende-se deste modo que o réu, negando as afirmações do autor, assuma a responsabilidade jurídica e

¹⁶⁵ IDEM, *Ibidem*.

¹⁶⁶ HOUAISS; VILLAR; MELLO FRANCO, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, *op. cit.*, p. 2281.

¹⁶⁷ IDEM, *Ibidem*.

¹⁶⁸ Para ANA MARIA ALVES DE OLIVEIRA E PAIVA, a lexicografia de FRANCISCO FERNANDES seria superior à de AURÉLIO BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA, o primeiro vindo caracterizado como tendo vivido “uma vida dedicada ao garimpo do léxico”, e o segundo, como “um lexicógrafo por acaso.” (A. M. A. de O. e PAIVA. *Fernandes e Aurélio: um estudo comparativo de duas obras lexicográficas*. Dissertação de Mestrado em Estudos em Linguística e Linguística Aplicada, Universidade Federal de Uberlândia, 2005.)

¹⁶⁹ F. FERNANDES. *Dicionário Brasileiro Contemporâneo Ilustrado*. 2.ed. Porto Alegre: Globo/Melhoramentos, 1967, p. 463.

¹⁷⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 857.

¹⁷¹ HOUAISS; VILLAR; MELLO FRANCO, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, *op. cit.*, p. 1220.

moral da *negação* perante *cada facto*, para que não possa comodamente refugiar-se, no caso de fracasso parcial da sua tese, na alegação de que negara, não todos os factos *uti singuli*, mas apenas a *linha geral* dos factos traçada pela contraparte.¹⁷²

JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, JOSÉ MIGUEL BEZERRA e JOSÉ JOAQUIM SAMPAIO E NORA sugerem compreensão, sempre tendo em mira o Código de Processo Civil português de 1961, sugerem compreensão semelhante, ao propor que “impugnação especificada é a que se faz *individualizando* os factos cuja veracidade se contesta”.¹⁷³ Controvertem, no entanto, sobre ser a simples negação individualizada de cada fato da inicial suficiente para a eficácia da impugnação, aduzindo julgados lusos nos dois sentidos.¹⁷⁴

Parece-nos, de toda sorte, que a resposta não pode ser dada de modo geral para todos os casos. Se, ainda de acordo com o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, “específico” é o que se diz “de medicamento que tem ação especial contra determinada doença”,¹⁷⁵ é necessário que o medicamento (a impugnação específica, especificada, ou precisa) se ajuste à doença a que visa a combater (logo, às diferentes categorias de proposições enunciadas pelo autor). É desse ajustamento, condicionado pelas proposições do autor e pela posição do réu em relação a elas, isto é, daquilo que lhe pode ser legitimamente exigido saber e dizer sobre tais proposições, que nasce a eficácia da impugnação do réu, vale dizer, sua aptidão a tornar controvertida cada proposição contra a qual se volta. Como bem pontuou MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “o *quantum* da impugnação pode variar consoante as situações”.¹⁷⁶

Há contestações tão tênues, que certamente poucos hesitariam em dá-la por inespecífica. É assim um caso que veio às mãos do STJ ainda sob a vigência do CPC/1973:

A afirmativa genérica que o banco apresentou em sua contestação (“não assiste nenhuma razão de direito à requerente”), que é a resposta mais direta à pretensão da requerente em toda a contestação apresentada pelo réu, não pode ter a eficácia que o requerente lhe pretende atribuir, pois,

¹⁷² A. NETO. *Código de Processo Civil Anotado*. 5.ed. Lisboa: Petrony, 1983, p. 317, grifos do autor.

¹⁷³ ANTUNES VARELA; BEZERRA; SAMPAIO e NORA, *Manual de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 368.

¹⁷⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 370.

¹⁷⁵ FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, *op. cit.*, p. 701.

¹⁷⁶ TEIXEIRA de SOUSA, Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação no novo processo civil português, *op. cit.*.

na lição de Calmon de Passos, “a primeira consequência a retirar-se do dispositivo (art. 302 do CPC) é a da impossibilidade da contestação por negação geral” (Comentários, / 274).

Acertada, portanto, a conclusão a que chegou a instância ordinária, quanto à dispensa de prova sobre a existência de descumprimento do contrato e do dano dali resultante, fatos não contestados pelo réu. (STJ, REsp 107.313/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 09 dez. 1996)

No entanto, se, topicamente, é possível dizer que determinado caso, claramente não se enquadra na norma, quais são os limites, mais precisamente, do que é e do que não é aceitável? É desse ponto de vista que passamos a tratar do conteúdo mínimo que é condição de eficácia da impugnação especificada dos fatos pelo réu.

O problema que aqui se investiga guarda afinidade com questão atinente à valoração da prova, mais especificamente os *standards of proof*, padrões, ou paradigmas, de prova, ou ainda “modelos de constatação.”¹⁷⁷ Trata-se de problema pouco visitado pela doutrina nacional, fortemente apegada ao paradigma da livre valoração da prova.¹⁷⁸ Nesse sentido, contrariamente à Alemanha, o Brasil alinha-se com países como França, Itália e Espanha, onde, nos termos de MICHELE TARUFFO, “não há *standards of proof* fixos, pois a valoração da prova é deixada ao livre arbítrio do juiz.”¹⁷⁹

Basicamente, a investigação dos paradigmas probatórios se preocupa com saber “qual quantidade de prova é necessária”¹⁸⁰ – ou ainda, qual o grau de probabilidade suficiente – para autorizar a decisão judicial relativamente à veracidade de uma alegação de fato. Conforme ARTUR THOMPSEN CARPES, são “critérios que, com base na natureza do direito material envolvido e com base na maneira com que ele se apresenta em juízo, informam o grau de suficiência da prova necessário à formação do juízo a respeito dos enunciados fáticos da causa.”¹⁸¹ Cuida de uma prévia “valoração dos interesses em jogo, sobretudo do impacto

¹⁷⁷ A. T. CARPES. *Ônus da prova no Novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: RT, 2017, p. 58.

¹⁷⁸ Uma breve explanação sobre os três principais sistemas de valoração da prova se encontra em: O. A. BAPTISTA da SILVA. *Curso de Processo Civil*: volume 1, tomo 1. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 269-73.

¹⁷⁹ M. TARUFFO. Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, n. 51, p. 659-77, 2003, aqui p. 669.

¹⁸⁰ P. O. EKELÖF. Free evaluation of evidence. *Studies in Scandinavian Law*, Stockholm, n. 8, p. 47-66, 1964, aqui p. 47.

¹⁸¹ CARPES, *Ônus da prova no Novo CPC*, *op. cit.*, p. 58.

negativo de uma possível decisão injusta ou de uma variante específica de decisão injusta.”¹⁸² Afinal, em algumas modalidades de processo (e.g., processo penal), há um padrão probatório bastante exigente para autorizar um juízo de condenação, ao passo que em outras modalidades de processo (e.g., processo civil), o padrão é menos rígido, havendo ainda zonas intermediárias (e.g., procedimento de improbidade administrativa).

A forma pela qual se exprimem esses padrões probatórios não é rígida, a despeito de tentativas de formalizá-los com porcentagens e fórmulas matemáticas. Nos termos de PER OLOF EKELÖF: “normalmente, o grau de probabilidade apenas se pode expressar por um termo *vago*, como *plausível*, *provável*, *certo* ou *óbvio*; nessa gradação, *provável* e *certo* se referem a distintos graus de probabilidade.”¹⁸³ A definição de tais padrões de suficiência probatória é um importante guia não só para o juiz, mas também e sobretudo para as partes, que podem “orientar sua atividade probatória de modo a provar suficientemente na perspectiva do modelo de constatação aplicável ao caso.”¹⁸⁴

A indeterminação, assim, configura fator negativo de insegurança, deixando “aberta a via para percepções subjetivas e parciais,”¹⁸⁵ e a livre apreciação da prova pode degenerar em uma “intuição subjetiva – que seria substancialmente arbitrária.”¹⁸⁶ Propugna-se, em contraposição, por um modelo de avaliação racional da prova, balizado por critérios, vale dizer, “parâmetros racionais objetivos e controláveis.”¹⁸⁷ Nos termos de TARUFFO: “o grau de confirmação de um enunciado deriva de inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade das provas disponíveis que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência.”¹⁸⁸

Ora, menos ainda que com critérios de suficiência de prova preocupam-se nossos tribunais e nossa doutrina com critérios de suficiência das alegações – daí a confusão entre causa de pedir e fundamentação (cf., *supra*, item 11.3) e daí, sem dúvida, a inexistência de trabalhos que proponham e discutam critérios de suficiência para que uma alegação se possa ter por especificadamente impugnada. Por detrás dessa atitude, seja no campo das alegações, seja no probatório, está o postulado – de que se tratou *supra*, item 11.1 – de que o fato é e existe em si mesmo, e não em função da apreensão dos eventos mediada por categorias jurídicas. Segundo DANILO KNIJNIK: “se o *fato* não mais é *independente do direito*, nem pode ser construído com total abstração das categorias jurídicas, é sinal de que ele está a reclamar um

¹⁸² G. R. COSTA. Livre convencimento e *standards* de prova. In: C. ZUFELATO; F. L. YARSHELL (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356-80, aqui p. 367.

¹⁸³ EKELÖF, Free evaluation of evidence, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸⁴ CARPES, *Ônus da prova no Novo CPC*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁵ M. TARUFFO. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, § 96, p. 135.

¹⁸⁶ M. TARUFFO. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 251.

¹⁸⁷ COSTA, Livre convencimento e *standards* de prova, *op. cit.*, p. 363.

¹⁸⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 252.

instrumental jurídico de controle.”¹⁸⁹ Nesse sentido, é justamente um instrumental jurídico de controle que se trata de buscar aqui.

12.1. Fatos e atos jurídicos

RG2. Se há fato jurídico (em sentido lato) que aparece – tipicamente, isto é, de acordo com a categoria, não com cada evento concreto do mundo – à consciência do réu (atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos, atos-fatos jurídicos), o dever de impugnação especificada exige que ele se pronuncie positivamente sobre tal fato, narrando-o tal qual aparece à sua consciência, sem omissões que importem em sua descaracterização (dever de completude); se há fato jurídico que não aparece – tipicamente – à consciência do réu (fatos jurídicos *stricto sensu* ou atos de terceiros), o dever de impugnação especificada se cumpre com a mera declaração de desconhecimento.

RG2.2. Não há descumprimento do dever de impugnação especificada, por falta de contranarrativa fática, quando sobre o fato jurídico que aparece tipicamente à consciência do réu incide uma razão de escusa (art. 388 do CPC/2015). Como, no entanto, esses fatos podem ser confessados (não incidindo o art. 341, I), é necessária a manifestação do réu para os impugnar, bastando, para fins de eficácia, a afirmação de que o réu impugna tais fatos. Sua negação, no entanto, caso sejam verdadeiros, pode atrair a incidência dos arts. 77, I, e 80, II, do CPC/2015.

Quando afirmamos que os fatos objeto de proposições do autor sobre os quais incide o dever de impugnação especificada pelo réu são os fatos jurídicos, e não os fatos simples (cf., *supra*, item 11), tomamos, evidentemente, os fatos jurídicos em sentido lato, como todos aqueles que identificam, nos eventos do mundo, determinada ocorrência que estava previamente descrita, vale dizer, prevista, em uma figura do fato. É, no entanto, no

¹⁸⁹ D. KNIJNIK. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan.-fev. 2001, aqui p. 21.

exame cuidadoso das diversas espécies de fatos jurídicos que se pode buscar critérios para identificar a distinta forma de incidência desse dever, vale dizer, para entender como o dever se impõe para o réu em cada caso.

São diversas as propostas de categorização dos fatos jurídicos, a começar por aquela que está ínsita no CC/2002 (no livro III, “Dos fatos jurídicos”, da Parte Geral, arts. 104 a 188: negócios jurídicos, atos jurídicos lícitos e atos ilícitos), passando por diversas construções doutrinárias, com marco inicial na construção de SAVIGNY (de um lado, atos livres, subdivididos em atos em que a vontade visa primordialmente a um fim jurídico – as declarações de vontade, ou negócios jurídicos, por sua vez distintos em declarações de vontade única e declarações de duas ou mais vontades, os contratos – e em atos cujo fim imediato não é jurídico; de outro, circunstâncias acidentais),¹⁹⁰ em que ocupa posição nuclear a noção de vontade, radicada na distinção entre liberdade e natureza.¹⁹¹ É por essa centralidade da vontade que a categorização dos fatos jurídicos por SAVIGNY pode ser tida por marco inicial do debate moderno sobre o tema.

Mais recentemente, essa centralidade da vontade na categorização dos fatos jurídicos – como reflexo da própria reconsideração da centralidade da vontade na vida jurídica – vem sendo posta em questão. Conforme ANGELO FALZEA, “o critério da vontade... se sustenta ou se afasta segundo se aceite ou se rejeite a concepção voluntarista do direito.”¹⁹² Para o jurista:

Reconhecendo-se que não é a vontade que está na raiz do direito, mas a vida humana com todos os seus valores práticos, e considerando-se ademais que esses valores podem se evidenciar no campo da experiência jurídica, não apenas mediante a vontade, mas também em razão de comportamentos não voluntários e mesmo inconscientes do homem, resulta necessária a consequência de que se deve refazer a classificação dos fenômenos jurídicos em função desse seu aspecto essencialmente axiológico ou, melhor, ‘axiológico-prático’.¹⁹³

¹⁹⁰ F. C. von SAVIGNY. *System des heutigen Römischen Rechts*: dritter Band. Berlin: Veit und Comp., 1840, §104, p. 5-8.

¹⁹¹ Uma das mais bem acabadas formulações nessa linha é a desenvolvida por FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA. Os fundamentos dessa categorização são explicados em M. B. de MELLO. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 166-83.

¹⁹² FALZEA, Fatto giuridico, *op. cit.*, p. 948.

¹⁹³ IDEM, *Ibidem*, p. 948-49.

Parece-nos conveniente, diante dessa impositação e para os fins deste estudo, resgatar formulação de EMILIO BETTI, que estabelece uma única polaridade de base entre o que chama, de um lado, atos jurídicos e, de outro, simples fatos jurídicos.¹⁹⁴ Em suas *Istituzioni di Diritto Romano*, o autor formula a distinção nos seguintes termos:

<p>La distinzione tra <i>atti</i> e semplici <i>fatti</i> giuridici s'impone sulla rilevanza o meno della coscienza e volontà umana. (...) Bisogna piuttosto porre a base della distinzione il modo come <i>l'ordine giuridico considera e valuta</i> la fattispecie in questione: bisogna vedere se la volontà umana sia considerata uno degli elementi rilevanti che costituiscono il tipo astratto di situazione di fatto configurato nella norma giuridica.</p>	<p>A distinção entre <i>atos</i> e simples <i>fatos</i> jurídicos se baseia na <u>relevância ou irrelevância da consciência e da vontade humana</u>. (...) É necessário antes fundamentar a distinção na forma como <i>o ordenamento jurídico considera e valora</i> a figura do fato em questão: é preciso ver se a vontade humana é considerada um dos elementos relevantes que constituem o tipo abstrato de situação de fato configurado na norma jurídica.</p>
<p>Se l'ordine giuridico prende in considerazione il comportamento dell'uomo come tale e, nel ricollegarvi effetti giuridici, <i>valuta la coscienza che di solito l'accompagna e la volontà che normalmente lo determina, la fattispecie dovrà qualificarsi come atto giuridico</i>. Diciamo 'di solito' e 'normalmente' perchè il diritto in genere – e il diritto romano in particolare – prende in esame il comportamento umano attraverso una condizione <i>tipica</i>, e cioè in base alla previsione generica del modo com'esso si presenta d'ordinario nella vita di relazione, e quindi configurandolo secondo quelli che sono i suoi caratteri</p>	<p>Se o ordenamento jurídico leva em conta o comportamento do homem como tal e, ao atribuir-lhe efeitos jurídicos, <u>valora a consciência que comumente o acompanha e a vontade que normalmente o determina</u>, a figura do fato deverá se qualificar como ato jurídico. Dizemos 'comumente' e 'normalmente' porque o direito em geral – e o direito romano em particular – examina o comportamento humano por meio de uma condição <i>típica</i>, vale dizer, com base em uma previsão genérica do modo como ele se apresenta em geral na vida de relação, e por isso o configurando segundo aquelas que são as suas características <i>normais</i>, não em função, a</p>

¹⁹⁴ ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR, a despeito de não destringir as definições, pois lhe interessa antes a definição do ato processual como "subespécie do ato jurídico (*lato sensu*)" (A. J. DALL'AGNOL JUNIOR. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 154 a 261, dos atos e nulidades processuais. Porto Alegre: LeJur, 1985, p. 5) endossa a distinção dos fatos jurídicos em fatos jurídicos (*stricto sensu*) e atos jurídicos, que julga "sobremodo aceitável" (IDEM, *Ibidem*, p. 4).

normali, non già con riguardo, volta per volta, alle circostanze accidentali del caso concreto.

La fattispecie dovrà, invece qualificarsi come *fatto* giuridico in senso stretto, allorchè il diritto tiene in conto il *fenomeno naturale* come tale; oppure allorchè esso considera, sì, l'opera dell'uomo sulla natura esteriore ma, ciò facendo, *non valuta tanto l'atto umano in se stesso, quanto il risultato oggettivo* cui esso mette capo.¹⁹⁵

cada vez, das circunstâncias accidentais do caso concreto.

A figura do fato deverá, ao revés, qualificar-se como *fato* jurídico em sentido estrito quando o direito leva em consideração o *fenômeno natural* como tal; ou então quando ele considera, sim, a obra do homem sobre a natureza exterior, mas, ao fazê-lo, *não valoriza tanto o ato humano em si mesmo, quanto o resultado objetivo* a que ele dá origem.

A formulação,¹⁹⁶ que tem por base a distinção entre fatos em que a figura do fato pressupõe a consciência e a vontade (ato jurídico) e fatos em que a figura do fato não considera essas consciência e vontade (fato jurídico), mas apenas a ocorrência objetiva do fato, parece-nos adequada à abertura propugnada por FALZEA, que, mais que com esteio na vontade pura e simples, incita a classificar os fatos jurídicos em função da participação, juridicamente relevante, que neles tem o sujeito:

*À progressão das esferas de realidade corresponde uma crescente participação do sujeito no fato. A participação é mínima nos fatos meramente físicos, em que ela se exaure em uma pura situação do homem relativamente ao mundo externo. Ela é maior nos fatos orgânicos e ainda mais nos fatos psíquicos, porque nos primeiros o evento tem sede no organismo humano e, no segundo, chega a empenhar a sua consciência. É máxima enfim nos atos, que procedem da iniciativa do sujeito.*¹⁹⁷

¹⁹⁵ BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., §46, p. 81, itálicos do autor, sublinhamos na tradução.

¹⁹⁶ Retomada depois pelo autor, em termos sintéticos, em sua *Teoria generale del negozio giuridico*: “A distinção entre atos e simples fatos jurídicos se fundamenta na relevância jurídica reconhecida ou não à consciência e à vontade humanas.” (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit., §2, p. 8).

¹⁹⁷ FALZEA, *Fatto giuridico*, op. cit., p. 949-50, grifos nossos.

A distinção bettiana entre fatos e atos traça uma linha divisória operativa nesse contínuo de participação, e corresponde, *grosso modo*, à mesma linha que FALZEA traçou entre “eventos” e “comportamento”, como proposta para refundar uma classificação dos fatos jurídicos:

La rettifica del criterio di classificazione dei fenomeni temporali, in funzione degli interessi giuridici anziché in funzione della volontà, e la considerazione che gli interessi giuridici si costituiscono a tutti i livelli della realtà ed esigono la loro exteriorizzazione sul piano oggettivo della comune esperienza e cultura, conducono in definitiva alla distinzione dei fenomeni temporali (o fatti giuridici in senso lato) nelle due grandi classi degli “eventi” (o fatto giuridici in senso stretto, ovvero, più semplicemente, “fatti”) e dei “comportamenti”. La distinzione, come si è visto, riposa sul modo di costituzione degli interessi giuridici, che nei fatti è dovuta allo spiegamento di energia – fisiche, organiche, psichiche, spirituali – al di fuori di ogni atteggiamento del corpo umano, mentre nei comportamenti avviene in virtù di una iniziativa esterna dello stesso soggetto e consiste in un modo di atteggiarsi del suo corpo.¹⁹⁸

A retificação do critério de classificação dos fenômenos temporais, em função dos interesses jurídicos e também em função da vontade, e a consideração de que os interesses jurídicos se constituem em todos os níveis da realidade e exigem sua exteriorização no plano objetivo da experiência e cultura comuns, conduzem enfim à distinção dos fenômenos temporais (ou fatos jurídicos em sentido lato) nas duas grandes classes dos “eventos” (ou fatos jurídicos em sentido estrito, ou antes, mais simplesmente, “fatos”) e dos “comportamentos”. *A distinção, como se viu, repousa no modo de constituição dos interesses jurídicos, que nos fatos é devida ao emprego de energias – físicas, orgânicas, psíquicas, espirituais – sem qualquer vinculação com o corpo humano, ao passo que, nos comportamentos, ocorre em virtude de uma iniciativa externa do próprio sujeito e consiste em uma forma de atuar de seu corpo.*

Nesse panorama, a vontade deixa de ser em si mesma a pedra de toque de classificação dos fatos jurídicos e passa a funcionar mais, quando pressuposta em um ordenamento recheado de figuras de fato que a ela fazem alusão, como índice de uma estreita participação do homem nas ocorrências do mundo, capazes, máxime, por evidente,

¹⁹⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 950, grifos nossos na tradução.

quando fruto das mesmas de uma ação voluntária, de aparecer para a sua consciência. Assim, sem rejeitar as categorias que foram gestadas pelas classificações de fundamento voluntarista, elas podem ser relidas e reinterpretadas à luz do critério central da apreensão dos fenômenos pela consciência humana. EDUARDO COUTURE parecia se dar conta da importância dessa viragem para a compreensão do processo ao afirmar que, “no processo dispositivo, aparecem-nos, assim, dois mundos perfeitamente separáveis: o do querer e o do saber.”¹⁹⁹

Para a configuração do dever da impugnação especificada dos fatos, essa revisão do critério classificatório é essencial, na medida em que a conduta do réu diante do fato jurídico (em sentido lato) de que tem consciência não pode ser a mesma que aquela em face do fato jurídico (em sentido lato) de que não tem consciência. Se o autor enuncia proposições, em sua petição inicial, relativamente a uma ocorrência do mundo que é apreendida pela consciência do réu, vale dizer, uma ocorrência que apareceu para o réu fora do processo, antes dele, então o réu tem condições de cumprir plenamente o dever que lhe é imposto pelo art. 77, I, do CPC/2015, de “expor os fatos em juízo conforme a verdade”. Se ele tem condições de cumprir, ele naturalmente deve fazê-lo.

O dever de expor os fatos de acordo com a verdade está ademais intimamente associado a um dever de completude, já que a omissão de parcelas da verdade gera uma impressão de conjunto que, no todo, não corresponde à verdade, criando imagem diversa para quem ouve ou lê a exposição, relativamente àquela que aparece para a consciência do réu.²⁰⁰ Conforme JAUERNIG e HESS, “a inverdade não acomete apenas aquele que afirma positivamente algo falso, mas também aquele que suprime fatos. Uma ocorrência fática apresentada de forma incompleta pode ser tão errada e inverídica quanto uma falsa descrição dos fatos.”²⁰¹ Arrematam os autores: “uma meia verdade é uma inverdade completa.”²⁰² Por isso se deve entender que, relativamente aos fatos em que tenha participado

¹⁹⁹ E. J. COUTURE. El deber de las partes de decir la verdad. In: _____. *Estudios de derecho procesal*: tomo 3, el juez, las partes y el proceso. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 233-58, aqui p. 247.

²⁰⁰ Já PONTES DE MIRANDA dizia: “[o] dever de veracidade contém em si o *dever de completude (Pflicht zur Vollständigkeit)*. As partes têm de narrar o ocorrido, expor os fatos, de modo que não omitam o que fundamentaria objeção, exceção, ou réplica, ou outra contra-exceção do adverso, salvo se os fatos de que provieram ou provêm são outros, sem ligação jurídica, ou se a exceção é independente” (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, artigos 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 368).

²⁰¹ JAUERNIG; HESS, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 107.

²⁰² IDEM, *Ibidem*. No mesmo sentido, MAURO CAPPELLETTI: “Coloca-se, ademais, como premissa que, ainda que falte um dispositivo legislativo como aquele que se encontra nos códigos de processo civil austríaco e alemão, o dever de *verdade* não pode, em qualquer dos casos, não implicar também um dever de *completude* (dever de dizer *toda* a verdade) ao menos quando o silêncio, a reticência, a reserva mental

de modo que se lhe apareçam à consciência, deve o réu oferecer uma contranarrativa fática dos fatos jurídicos (em sentido lato) narrados pelo autor.²⁰³ Essa modalidade de impugnação está fortemente ancorada em nossa tradição jurídica (cf., *supra*, item 7.2).

O STJ, inclusive, já teve a oportunidade de assentar o dever de oferecer contranarrativa fática como componente do dever de impugnação especificada. Assim, na ementa do REsp 81.968/RJ, ficou estabelecido o seguinte:

Admitindo o réu que efetivamente se verificaram os fatos alegados, mas de forma diversa do apresentado pelo autor, cumpre-lhe explicitar como teriam ocorrido, não bastando, para atender ao artigo 302 do C.P.C., a genérica afirmação de que se passaram de modo diferente. (STJ, REsp 81.968/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 28 maio 1996)

Mais amiúde, no corpo do voto do relator, com citação da própria contestação, a fornecer modelo negativo, isto é, daquilo que não se pode ter por contranarrativa fática:

De qualquer sorte, entretanto, o certo é que não houve a impugnação específica, exigida pelo art. 302 do Código de Processo Civil.

A contestação, em relação à matéria de fato em exame, segundo o próprio recurso, ter-se-ia limitado ao seguinte trecho:

“no caso presente, os fatos, como apresentados pela autora, não autorizam a sua pretensão, posto que ocorreram de forma diversa, conforme resultará provado”.

A impugnação do fato exposto na inicial, como salienta CALMON DE PASSOS, pode consistir na sua negação absoluta. Possível também que o réu admita haja ocorrido, mas de modo diferente. Nesse caso, terá o

equivaleriam, praticamente e moralmente, à mentira (por exemplo: a parte alega ou narra os fatos constitutivos do seu crédito, mas voluntariamente esconde a remissão da dívida ou o seu pagamento” (M. CAPPELLETTI. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: parte prima, contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1974, p. 385).

²⁰³ MOACYR AMARAL SANTOS bem o percebeu, formulando em termos simples o que é, no mais das vezes, o regime próprio do dever de impugnação especificada dos fatos: “[i]mpugnando-os [os fatos em que o autor fundamenta o seu direito e o seu pedido], terá que dar as razões da impugnação, isto é, dizer por que não são verdadeiros ou por que, na verdade, são diversos dos fatos expostos pelo autor” (M. AMARAL SANTOS. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*: volume 2. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, § 463, p. 212).

ônus de explicitar como se teria verificado. Essa segunda hipótese é a dos autos. Pretendendo que os fatos se passaram de forma diferente da descrita na inicial, cabia à contestante relatar como isso se deu. (STJ, REsp 81.968/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 28 maio 1996)

Veja-se, contudo, em outro julgado do mesmo Tribunal, conclusão diversa, que tende a eliminar a necessidade de contranarrativa fática mesmo na ausência de negação absoluta da ocorrência dos fatos:

Ora, evidentemente, não poderia o Tribunal alegar que não houve impugnação, ou, ainda, que estava presente a revelia. A leitura da contestação apresentada mostra que, de fato, pediram o Condomínio e a empresa que fosse suspenso o processo até o final do julgamento na Justiça criminal, o que foi indeferido, mas tiveram a cautela de afirmar que “o fato não se deu por sua culpa e nem é de sua responsabilidade a indenização do dano, como provará no decorrer da presente ação”. (STJ, REsp 60.539, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 03 dez. 2011)

Essa solução, de acordo com a argumentação que vimos tecendo, não se afigura, contudo, adequada, tendendo a reduzir a impugnação especificada a mera formalidade, o que, ademais, fica patente na expressão ministro relator, em seu voto, ao afirmar que o trecho da contestação que tomou por impugnação suficiente foi uma “cautela” dos réus, o que, a nosso sentir, devolve o instituto ao reino das estratégias, subtraindo às funções precípuas que lhe são atribuídas em nosso ordenamento.

Por contranarrativa fática, deve-se entender um conjunto de proposições (cf., *supra*, item 10) que podem seja tomar os mesmos sujeitos dos enunciados do autor, atribuindo-lhes predicados diferentes, seja tomar outros sujeitos para predicação, conexos com aqueles, no sentido de impedir logicamente a valoração de uns e outros como verdadeiros. Telegraficamente, diante da proposição do autor “A é x”, o réu oferecerá contranarrativa fática ao afirmar que “A é y” ou que “A é y (logo, A não é x)”, mas não ao afirmar apenas que “A não é x”. Tornaremos ao ponto (cf., *infra*, item 12.2), que é relacionado ao problema da difícil distinção entre defesa direta e defesa indireta.

Não se trata, evidentemente, como sublinha a doutrina ao comentar o art. 77, I, de um dever de acertar,²⁰⁴ mas, como evidenciamos pela relação entre contranarrativa e consciência, de um dever de ser fiel à própria apreensão dos fatos. Tampouco se trata de um dever de enunciar todos os fatos absolutamente, em vista das disposições com que o próprio CPC/2015 protege as partes. No caso, tem incidência o art. 388, segundo o qual: “A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família”.

É evidente que, se o réu não precisa depor sobre esses fatos perante o juízo, ele não pode ser obrigado a os narrar em sua contestação. Isso não equivale, no entanto, a afirmar, com parte significativa da doutrina, arrimada no art. 379, *caput* (“Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte...”),²⁰⁵ que o réu não está obrigado a narrar os fatos contrários a si. Narrar fatos e produzir prova são coisas distintas e, ademais, essa previsão genérica é limitada claramente por outros dispositivos do CPC/2015 (por exemplo, no curso do procedimento de exibição de coisa ou documento, arts. 396ss). Os fatos contrários a si imunizados pelo ordenamento são alguns fatos, especialmente protegidos (os do art. 388), e não todos. Se não fosse assim, quedariam letra morta (como infelizmente o quedam na prática forense, mas nosso objeto é o dever-ser, não as deformações do ser na prática judiciária) diversas das previsões que visam a combater a litigância de má-fé, especialmente aquela consagrada no art. 80, II, que consagra como caso de litigância de má-fé “alterar a verdade dos fatos.” É evidente que, nos casos em que a verdade lhe fosse favorável, o réu não teria qualquer interesse em alterá-la, mas apenas nos casos em que ela lhe fosse desfavorável. É para tutelar o dever de veracidade mesmo nesses casos que se devem conjugar os arts. 77, I, e 80, II, do CPC/2015. O processo não é (não deve e não pode ser) um jogo de espertos.

O vínculo entre a impugnação especificada e o dever de narrar os fatos de forma conforme à verdade e completa (vale dizer, sem omissões que importem em uma alteração global da verdade, ainda que mantida a veracidade dos elementos efetivamente narrados) pode ser traçado geneticamente nos vínculos de nosso ordenamento com seus modelos

²⁰⁴ Cf., por exemplo, B. V. C. LOPES. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, arts. 70 a 118. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55-59 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por J. R. F. GOUVÊA; L. G. A. BONDIOLI e J. F. N. da FONSECA).

²⁰⁵ Por exemplo, LOPES, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 58.

diretos e indiretos. No caso, importa especialmente a relação direta com o modelo português (o art. 302 do CPC/1973 originou-se, conforme visto, *supra*, item 9.2, no art. 490º do CPC português de 1961) e indireta com o modelo alemão (o §138 da *ZPO*).

Em sua redação atual, o art. 574.3 (idêntico ao 490.3 do diploma anterior) do CPC português de 2013 determina que, “[s]e o réu declarar que não sabe se determinado facto é real, a declaração equivale a confissão *quando se trate de facto pessoal ou de que o réu deva ter conhecimento* e equivale a impugnação no caso contrário” (grifos nossos). Como bem notou ARTUR ANSELMO DE CASTRO, comentando o diploma anterior, esse ponto é mera explicitação do que já está contido no art. 574.1 (correspondente ao antigo 490.1), segundo o qual “[a]o contestar, deve o réu tomar posição definida perante os factos que constituem a causa de pedir invocada pelo autor”, redação que é próxima do texto legal brasileiro, em que “manifestar-se precisamente” vale por “tomar posição definida”.²⁰⁶ Na dicção de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “trata-se de manifestações da esfera cognitiva sobre fragmentos da realidade que é objecto de conhecimento.”²⁰⁷ Desse modo, a não-reprodução dessa pormenorização no texto legal brasileiro, quando da redação do Anteprojeto do CPC/1973 (cf., *supra*, item 9.2) não prejudica a compreensão de que o sistema continua a demandar aquela previsão como consequência da obrigatoriedade de que o réu tome posição definida, ou se manifeste precisamente. Na verdade, mais do que para instituir um dever, o dispositivo vale para resguardar a posição daquele que não tem consciência do fato narrado na inicial, caso em que uma contranarrativa fática não se pode ter por exigível.²⁰⁸

Note-se que o “fato pessoal ou de que o réu deva ter conhecimento” é exatamente o fato jurídico de que o réu é consciente – ou, como modula, de forma importante, o texto português, de que *deva* ser consciente, já que, retomando a formulação de BETTI citada

²⁰⁶ “É inadmissível, por outro lado, a impugnação do facto com alegação de simples desconhecimento ou de ignorância sobre se o facto é ou não real, quanto a factos pessoais ou de que se deva ter conhecimento (art. 490º, nº 3º), regras estas que são desenvolvimento da inicial proposição da lei – exigência de posição definida perante cada um dos factos articulados” (A. A. de CASTRO. *Direito processual civil declaratório*: volume 3. Coimbra: Almedina, 1982, p. 209).

²⁰⁷ LEBRE de FREITAS, *A acção declarativa comum*, *op. cit.*, p. 88.

²⁰⁸ É outra a posição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem, genericamente: “Consideram-se afirmações colidentes com outra feita antes pura e simples *negativa* do fato alegado ou a proposta de *outra versão* que exclua aquela já feita. Se nego a ocorrência do dano alegado pelo autor, ou se nego ter agido culposamente, estou fazendo uma *afirmação oposta*, de natureza negativa, e portanto criando controvérsia em torno da afirmação contida na petição inicial; se na contestação descrevo os fatos de outro modo, com alegação de culpa exclusiva do autor, estou fazendo uma afirmação positiva, mas igualmente colidente” (DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, §941, p. 64-65). O tratamento da simples negativa e da contranarrativa como equivalentes, pensamos, passa por cima das diferentes qualidades dos fatos em função da posição do réu como sujeito que tem ou não consciência deles.

mais atrás neste item, “o direito... examina o comportamento humano por meio de uma condição *típica*, vale dizer, com base em uma previsão genérica do modo como ele se apresenta em geral na vida de relação.”²⁰⁹

Se há fato jurídico (em sentido lato) que aparece – tipicamente, isto é, de acordo com o tipo, vale dizer, com a categoria do fato – à consciência do réu, o dever de impugnação especificada exige que ele se pronuncie positivamente sobre tal fato, narrando-o tal qual aparece à sua consciência, a menos que incida sobre tal fato uma razão de escusa (art. 388 do CPC/2015), quando tal fato não precisa ser objeto de uma contranarrativa fática. Como esses fatos podem ser confessados (não incidindo o art. 341, I), é necessário, no entanto, a manifestação do réu para os impugnar, bastando, para fins de eficácia, a afirmação de que o réu impugna tais fatos (preferível à sua negação, caso sejam verdadeiros, para evitar colidência com os arts. 77, I, e 80, II, do CPC/2015).

A previsão do direito português está, por sua vez, radicada no §138.4 da ZPO alemã,²¹⁰ fruto de uma reforma processual que remonta a 1933:²¹¹

§ 138. Dever de declaração sobre fatos; Dever de veracidade

(1) As partes devem formular suas declarações sobre circunstâncias de fato de forma completa e de acordo com a verdade.

(2) Cada parte deve fornecer esclarecimentos sobre os fatos afirmados pela parte oposta.

(3) Os fatos que não são explicitamente impugnados devem ser tidos por admitidos, a menos que o propósito de os impugnar derive das demais declarações da parte.

(4) *Uma declaração de desconhecimento só é admissível a respeito de fatos que não se refiram nem aos próprios atos (Handlungen) da parte nem tenham sido objeto de sua própria percepção (Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung).*

²⁰⁹ BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, op. cit., §46, p. 81, grifos do autor.

²¹⁰ Conforme reconhece CASTRO, *Direito processual civil declaratório*: volume 3, op. cit., p. 210.

²¹¹ E. PETERS. Comentário ao §138. In: G. LÜKE; A. WALCHSHÖFER. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*: Band 1, §§ 1-354. München: Beck, 1992, p. 991-997, aqui p. 991.

Esclarecendo o conteúdo desse dispositivo, EGBERT PETERS afirma que “apenas se o réu não tem como oferecer uma impugnação substanciada (*ein substantiiertes Bestreiten*), isto é, se ele não tem conhecimento da afirmação e não pode obter esse conhecimento, é-lhe permitida uma impugnação simples.”²¹² Mais que isso, de forma coerente com as conclusões dogmáticas acima extraídas para o art. 341 do CPC/2015, PETERS entende que “uma impugnação substanciada significa oferecer uma contranarrativa (*eine Gegendarstellung*), tanto quanto seja possível ao réu.”²¹³ Assim, exemplificativamente: “ele [o réu] tem de descrever o desenvolvimento das negociações contratuais do seu ponto de vista, se a conclusão ou o conteúdo do contrato está em questão.”²¹⁴

Muito interessante, no ponto, julgado do STJ que permitiu que a ré, primeiramente, promovesse incidente de exibição de documentos para depois se pronunciar especificadamente sobre as alegações do autor. Isso porque a provocação do incidente trazia consigo alegação de desconhecimento de fato de terceiro cujo esclarecimento era, no entanto, relevante para a posição processual da ré. Assim, ficou consignado na ementa:

Requerida pela seguradora, ré, a apresentação de documentos a fim de examinar se a parte autora preenchia os requisitos para desfrutar do seguro, não há violação dos artigos 300 e 302 do Código de Processo Civil, já que somente com a chegada dos referidos documentos foi possível verificar a presença, ou não, das condições para o pagamento da apólice. (STJ, REsp 245.711/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 03 mar. 2005)

O caso é bastante relevante porque o ministro relator ficou vencido, tendo entendido pela incidência do art. 302 do CPC/1973 à espécie. A ele se contrapôs, abrindo a dissidência, ao final vencedora, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que, em seu voto consignou o quanto segue:

A parte ré requereu a apresentação de documentos a fim de examinar se a parte autora preenchia os requisitos para desfrutar do seguro. Apresentados os documentos, a seguradora verificou que, nos termos do contrato mantido com a empresa, a autora somente tinha direito a receber

²¹² IDEM, *Ibidem*, p. 995.

²¹³ IDEM, *Ibidem*, p. 996.

²¹⁴ IDEM, *Ibidem*.

o seguro se o lesado fosse empregado com o prazo de carência lá estipulado. Ora, nesse caso, com todo o respeito ao entendimento do eminente Relator, não há falar em violação dos artigos 300 e 302 do Código de Processo Civil, porque somente com a chegada dos documentos é que o Juiz ou o Tribunal ou as partes puderam verificar o preenchimento, ou não, das condições para o pagamento da apólice. (STJ, REsp 245.711/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 03 mar. 2005)

Acompanhando o Min. Menezes Direito, proferiu, em seu voto-vista, a Min. Nancy Andrighi:

A juntada posterior de documentos, que veio comprovar a ausência do direito subjetivo dos recorrentes, não pode ser considerada uma inovação à contestação, porque, a defesa de mérito direita [sic] teve o condão de afastar integralmente o direito postulado pelos recorrentes, quer quanto a titularidade, quer quanto a qualquer outro requisito que integre o contrato de seguro vinculativo das partes. (...) A simples afirmação da seguradora de que não se negou a pagar o seguro devolveu aos recorrentes o dever de provar todas as condições exigidas para o exercício do seu direito. (STJ, REsp 245.711/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 03 mar. 2005)

A mera alegação de desconhecimento em caso de atos jurídicos que, no entanto, não façam parte da esfera cognitiva do réu por não serem atos próprios, no sentido do §138.4 da *ZPO* alemã, veio tida por suficiente para afastar a presunção de veracidade em julgado posterior do STJ, embora, a nosso sentir, fundamentando-se equivocadamente no art. 302, III, do CPC/1973, correspondente ao art. 341, III do CPC/2015:

Com efeito, a alegação de que a autora sofrera os prejuízos relatados na inicial, em decorrência de pedidos cancelados pelos clientes, foi contraditada pela defesa, considerada como um todo, uma vez que a ré rebateu a possibilidade de se responsabilizar pelos lucros cessantes que a autora “talvez” viesse a experimentar. (STJ, REsp 794.537/MT, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 05 mar. 2009)

Em realidade, o que se tem aí é um reconhecimento do próprio limite do conhecimento presumido da parte, que não dispõe, *a priori*, dos meios para tecer uma contranarrativa fática de atos jurídicos em que não esteve diretamente envolvida.

Comentando o art. 14 do CPC/1973 e o dever de veracidade nele positivado, ARRUDA ALVIM mobilizou, no ponto, a doutrina alemã:

Inadmite, tal princípio [da veracidade], que o próprio perfil dos fatos relatados ao juiz, provoquem – em função da narração, mais ou menos habilidosa – uma impressão diversa da realidade. Isto porque poderá haver distorções dos fatos, isoladamente, ou, se afirmados isoladamente, respondendo à verdade, poder-se-á, todavia, na narração, estruturá-la de tal forma, a provocar uma impressão diversa da realidade. É neste sentido que a doutrina afirma que o litigante tem de dar ao juiz uma visão, ou um quadro correto (*richtiges Bild...*). Acentua-se, enormemente, a função da narração, tendo em vista o Direito Material.²¹⁵

A referida reforma da ZPO alemã de 1933, neste ponto, na verdade, acolhe diretriz fundamental da ZPO austríaca de 1895 (§178), posterior à redação original da ZPO alemã, de 1877. Para o ponto que nos interessa mais imediatamente aqui, no entanto, o §138.4 da ZPO alemã, é o Projeto de Reforma Processual de autoria de GIUSEPPE CHIOVENDA, remontando a 1920, que funciona como antecedente direto. No art. 20, lê-se:

“Na exposição dos fatos, as partes e seus advogados têm o dever de não dizer o que sabem ser contrário à verdade. A parte deve, na primeira oportunidade que tenha para tanto, declarar se cada fato exposto pelo adversário está, de acordo com sua convicção, conforme com a verdade. *A respeito dos fatos que não lhes são próprios, ou que ela não observou pessoalmente, a parte pode se limitar a declarar não saber se são verdadeiros: essa declaração tem o valor de contestação.* A parte deverá, semelhantemente, declarar se ela se opõe aos meios de prova propostos pelo adversário. Em caso de silêncio, ficará estabelecido que ela não tem nada a opor.”²¹⁶

²¹⁵ M. ARRUDA ALVIM NETTO. *Código de Processo Civil Comentado*: volume 2, artigos 7º a 49. São Paulo: RT, 1975, p. 128.

²¹⁶ G. CHIOVENDA. Appendice – Progetto di riforma del procedimento civile. In: G. CHIOVENDA. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*: volume secondo. Roma: Foro Italiano, 1931, p. 113-96, aqui p. 121, grifos nossos.

Essa diretriz, em geral mediada pela *ZPO* alemã, espalhou-se por diversos ordenamentos – concretizados ou projetados –, sendo o português um dentre muitos. Pela relevância de sua autoria, veja-se o art. 115 do Projeto de Código de Processo Civil redigido para o Uruguai por EDUARDO J. COUTURE:

“*Atitude de expectativa*. – Quando a demanda deve ser contestada por quem não teve participação pessoal nos fatos e não tem a possibilidade imediata de se informar a respeito deles, como o herdeiro ou o defensor de ofício, ser-lhe-á admitido reservar sua resposta definitiva para depois de produzida a prova. A resposta de expectativa não impede de produzir prova sobre fatos tendentes a destruir as pretensões do autor.”²¹⁷

Se os atos jurídicos de BETTI (a que correspondem os atos *stricto sensu* e os negócios jurídicos na classificação ponteana),²¹⁸ porque tipicamente presentes à consciência, demandam, para que sejam eficazmente impugnados, uma contranarrativa fática, correspondentemente, os simples fatos jurídicos, porque tipicamente caracterizados pelo ordenamento como objetividade desvinculada da consciência humana, não demandam, em princípio, contranarrativa fática para que se tenham por impugnados. É caso em que será admitida, de acordo com os modelos, imediatamente, português e, mediadamente, alemão, a declaração de desconhecimento. Evidentemente, essa declaração é admitida para fins de que ponto afirmado pelo autor se tenha por controvertido e, assim, possa dar azo à atividade probatória. Se atividade processual subsequente demonstra que o réu, na realidade, tinha conhecimento daquele fato, é caso de incidência do art. 80, II, do CPC/2015.

Um problema se levanta a partir dessas considerações, justamente em razão da possível falta de correspondência entre a consciência do fato (critério fenomenológico) e a concorrência da vontade para produzi-lo (critério voluntarista), em casos em que a consciência está empenhada, mas a vontade é descartada. Isto é, há casos em que a vontade não é bom índice de consciência. Afinal, a redação do CPC português, na esteira da *ZPO* alemã, que – conforme já assentado – entendemos fundamentalmente compatível com o sistema brasileiro, faz incidir o dever de apresentar uma contranarrativa fática como forma de impugnar eficazmente as alegações da inicial, em caso de fatos pessoais ou de que o réu deva ter conhecimento, o que nos termos da *ZPO* alemã corresponde a atos

²¹⁷ E. J. COUTURE. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*: con exposición de motivos. Buenos Aires: DePalma, 1945, p. 173.

²¹⁸ Cf. o esquema em MELLO, *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, *op. cit.*, p. 177.

(*Handlungen*) próprios e *fatos que tenham sido objeto da percepção do réu*. A formulação é tendencialmente mais ampla do que a mera categoria de “atos voluntários.”

Ainda que a vontade não seja o único ou melhor critério classificatório, ela é índice de primeira importância. Assim, se o réu reconheceu um filho, se constituiu domicílio, se testou, se comprou, etc., a consciência do fato jurídico pode legitimamente ser pressuposta. Como define MARCOS BERNARDES DE MELLO, em atenção à categoria pontiana de ato jurídico *lato sensu*, está-se diante de “fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu *cerne* uma exteriorização consciente de vontade.”²¹⁹ Esse é sem dúvida o núcleo central dos atos jurídicos no sentido em que são tomados por BETTI, de acordo com a definição exposta neste item, *supra*.

No caso dos fatos jurídicos *stricto sensu*, que, na tradição pontiana, são “apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial”,²²⁰ a potencial independência completa entre consciência humana e fato jurídico é suficiente para que seja admitida uma impugnação eficaz com mera alegação de desconhecimento – a negativa, a seu turno, pressupõe confissão de conhecimento. Bastante complexo, todavia, na fronteira apontada pelos ordenamentos alemão e português, é o caso dos chamados atos-fatos jurídicos, vale dizer, atos que se materializam como resultantes de uma conduta humana, mas que “a norma jurídica... recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, *se houve, ou não vontade* em praticá-lo.”²²¹ Seria razoável pressupor desconhecimento, ainda que legitimamente se possa desconsiderar a vontade, em atos como “a caça, a pesca, a especificação, a comistão, a descoberta do tesouro, a sementeira, a ocupação, o abandono de bem móvel...”²²² Seria, logo, admissível a mera declaração de desconhecimento?

Tratando a categoria como “fatos humanos”, CARLO MAIORCA afirma que “[n]a ‘construção’, ‘especificação’, ‘tomada de posse’, etc., intervém um ato de vontade, mas a determinação normativa dos efeitos não é correlativa àquilo que ‘quis’ o sujeito a quem os efeitos são atribuídos.”²²³ Ou seja, em uma série de atos humanos, em que a vontade é tida por irrelevante para o ordenamento, no mais das vezes, há, em sua gênese, um im-

²¹⁹ IDEM, *Ibidem*, p. 198.

²²⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 185.

²²¹ IDEM, *Ibidem*, p. 188.

²²² IDEM, *Ibidem*.

²²³ MAIORCA, *Fatto giuridico – Fattispecie, op. cit.*, p. 115.

pulso volitivo, de modo que, para situação em que não se perquire a vontade, mas a consciência – pois é ela que importa para que se possa legitimamente exigir ou não uma contranarrativa fática ao réu para que se tenha sua impugnação por eficaz –, seria descabido pressupor, ao contrário, a ausência de consciência, facultando ao réu a mera afirmação de desconhecimento.

Não estamos distantes da compreensão de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que, entendendo haver variação do “*quantum* da impugnação... consoante as situações”,²²⁴ indicou ser reduzido o *quantum* da impugnação “relativamente aos factos que o réu não tem obrigação de conhecer”, bastando então “a afirmação do desconhecimento do facto para que este deva ser considerado impugnado”, mas maior esse *quantum* “em relação aos factos... que o réu não pode deixar de conhecer”, caso em que “o réu tem um ónus de contra-afirmação, pelo que lhe incumbe, se os quiser impugnar, dar uma outra versão dos mesmos”.²²⁵ O esforço aqui empreendido de associar os fatos de um e outro tipo a categorias de fatos, a partir das categorizações do fato jurídico, tem por fito sobretudo permitir que se possa ver além da casuística, em direção a uma aplicação mais regular, e sistematicamente referendada, do mandamento da impugnação especificada.

Do quanto exposto, resulta que a impugnação do réu, para ser eficaz, precisa consistir em uma contranarrativa fática relativamente à narrativa do autor – vale dizer, de um conjunto de proposições positivas que, sobre os fatos enunciados pelo autor, enunciem outros tantos fatos, e não a mera negação (que pressupõe conhecimento) ou a mera declaração de desconhecimento – em todos aqueles casos em que se pode tipicamente pressupor uma consciência do réu, no que estão contidos os atos jurídicos como categoria geral (particularmente, atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos), mas também os atos-fatos jurídicos. Ao contrário, no caso dos simples fatos jurídicos (fatos jurídicos *stricto sensu*), bastará a declaração de desconhecimento para que se tenham por eficazmente impugnados.

12.2. Fatos que são suporte de existência, validade e eficácia

²²⁴ TEIXEIRA de SOUSA, Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação no novo processo civil português, *op. cit.*.

²²⁵ IDEM, *Ibidem*.

RG2.3. O réu pode se desincumbir do dever de impugnação especificada sem oferecer qualquer contranarrativa fáctica se não reconhece em absoluto a existência dos fatos narrados pelo autor, caso em que afirma saber que nada ocorreu no mundo dos eventos da vida que possa corresponder, ainda que imperfeitamente, àquilo que foi afirmado pelo autor.

RG2.3.1. Fica, no entanto, vedada essa via caso a petição inicial seja instruída com documento que contém declaração de vontade (“instrumento” ad substantiam ou ad probationem) do réu conexa com as alegações de fato do autor, a menos que o réu afirme a falsidade material ou ideológica do referido documento.

Para fins de clareza da exposição, as considerações expendidas no subitem anterior passaram ao largo de ponto que, no entanto, precisa ser considerado, isto é, o fato de que a impugnação do fato jurídico (em suas distintas modalidades) não se dá necessariamente no mesmo plano. Afinal, mais precisamente, impugnam-se elementos do fato jurídico que lhe servem ora como suporte de existência, ora como suporte de validade, ora como suporte de eficácia.

Essas categorias, como é consabido, remetem a categorização de PONTES DE MIRANDA que dialoga com a civilística alemã, sem, no entanto, se ter apresentado de modo acabado naquela tradição.²²⁶ A concepção do fato jurídico em planos distintos faz parte do esforço dogmático de analisar, vale dizer, separar, o fenômeno jurídico em unidades significativas que tenham implicações para o seu regime jurídico, unidades que ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, trabalhando no interior do universo conceitual ponteano, nomeou elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia.²²⁷ Conforme

²²⁶ Para um esmiuçamento da relação entre essas categorias e a ciência jurídica alemã, cf. J. P. SCHMIDT. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia ‘existência, validade e eficácia do negócio jurídico’. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, n. 3, p. 135-58, jan./abr. 2014. Para uma crítica a esse artigo, cf. M. B. de MELLO. Breves considerações acerca da crítica de Jan Peder Schmidt à concepção de Pontes de Miranda dos planos do mundo jurídico. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, n. 12, p. 189-95, maio/ago. 2016.

²²⁷ A. JUNQUEIRA de AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, especialmente p. 26-30.

veremos, essa separação em planos tem também implicações para o regime jurídico da impugnação especificada dos fatos.

Nessa impostação científica, tem-se que, “[q]uando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*. (...) O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos.”²²⁸ Daí decorre que é possível analisar, em primeiro lugar, se o fato reúne os elementos necessários para existir e, em segundo lugar, se, existindo, ele pode produzir efeitos jurídicos, já que há tipos de fatos jurídicos que podem existir e não produzir efeitos (caso, por exemplo, do testamento, que, embora existente, só produzirá efeitos a partir da morte do testador, caso não venha a ser revogado anteriormente). Entre o plano da existência e o da eficácia, situa-se, nos casos dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos, o plano da validade,²²⁹ que, segundo JUNQUEIRA DE AZEVEDO, referindo-se especificamente ao negócio jurídico, funciona como meio para promover segurança diante daqueles atos em que a declaração de vontade está no núcleo do fato jurídico.²³⁰

Note-se que, coerentemente com a definição de proposição assumida neste trabalho (cf., *supra*, item 10), o que nos interessa, neste ponto, é a situação do réu que visa a impugnar eficazmente os elementos de existência, os requisitos de validade ou os fatores de eficácia do fato jurídico afirmado pelo autor em sua petição inicial, de modo a cumprir o dever de impugnação especificada dos fatos. Passamos a analisar sucintamente essas situações e suas distintas implicações para o regime da impugnação especificada.

Diante da configuração do dever de impugnação especificada como o de oferecer uma contranarrativa fática daqueles fatos jurídicos que apreendeu (tipicamente) com sua consciência e de ao menos declarar seu desconhecimento relativamente àqueles fatos jurídicos que não atingiram (também tipicamente) sua consciência (cf., *supra*, item 12.1), o caso mais radical é aquele em que o réu não reconheça em absoluto a existência dos fatos alegados pelo autor, vale dizer, caso em que o réu pretende *saber* que nada ocorreu

²²⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 23.

²²⁹ Segundo PONTES DE MIRANDA: “Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu* (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: tomo 4, parte geral, validade, nulidade, anulabilidade. São Paulo: RT, 2012, §356, p. 62).

²³⁰ Segundo o autor: “essa verdadeira fonte jurídica não pode entrar a funcionar, dentro do ordenamento como um todo, sem qualquer regulamentação, sob pena de ser total a anarquia; há de se proibir a declaração contrária às normas superiores, há de se cercar de segurança certas declarações que interessam a todos” (JUNQUEIRA de AZEVEDO, *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, *op. cit.*, p. 42).

no mundo dos eventos da vida que possa corresponder, ainda que imperfeitamente, àquilo que foi afirmado pelo autor.

Imagine-se, por exemplo, demanda em que o autor cobra o réu pelo vício redibitório (CC/2002, arts. 441ss) de coisa que alega dele ter comprado (CC/2002, arts. 481ss), mas o réu não reconhece ter tido qualquer contato com o autor ou jamais ter vendido aquela ou outra coisa para ele. Trata-se de caso em que, tratando-se embora de alegação relativa a ato jurídico *lato sensu* (no caso, um negócio jurídico), não há qualquer contranarrativa fática a oferecer, e deverá ser tida por eficaz a impugnação que se limite à pura e simples negação dos fatos narrados pelo autor *in totum*, constituindo, por isso, caso excepcional em que logicamente não há como não se admitir espécie de negação geral.

Afinal, em nada acrescentaria a acumulação de negativas, já que as negativas não se provam a não ser que se resolvam em assertivas, como já ensinavam as Ordenações Filipinas.²³¹ Não haveria cabimento, por isso, de uma banda, em articular proposições como “P. que não conhece o autor”, “P. que nunca lhe vendeu nada”, etc., já que tornaria excessivamente difícil a produção probatória (CPC/2015, art. 373), e, de outra banda, em particularizar afirmações como “Afirma não conhecer o autor”, “Afirma não lhe ter vendido nada”, já que essas distinções em nada acrescentam à negação em bloco de toda a narração feita pelo autor, *e.g.*: “Afirma que os fatos narrados pelo autor nunca aconteceram.”

O problema é, contudo, um tanto mais complexo, pois há, dentro dos casos de negação absoluta de todos os elementos de existência do ato jurídico, hipóteses distintas, por expressa previsão legal. O art. 341, II, está intimamente associado aos casos em que o réu pretende negar a existência dos fatos jurídicos absolutamente (isto é, não de alguns de seus elementos, mas de todos eles): trata-se da determinação de que o dever de impugnação especificada não incide se “a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato.” Com essa formulação, o CPC/2015 remete à ideia de instrumento²³², e, especificamente, àqueles instrumentos que, segundo

²³¹ l. 3, t. 53, 10.

²³² Trata-se de tipo de documento que constitui “registros de declarações de vontade, elaborados com o objetivo de perpetuá-las no tempo de modo idôneo e vincular os declarantes” (DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, §1353, p. 660). Na bela dicção de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, na segunda edição de seu *Direito Judiciário Brasileiro*, revisada após o advento do CC/1916, colhe-se inspirada contraposição entre documento e instrumento: “O Código Civil distingue o instrumento do documento. Instrumento é a forma especial, dotada de força orgânica para realizar ou tornar

distinção tradicional, são *ad substantiam*, e não meramente *ad probationem*, isto é, que são forma necessária para a própria validade do ato jurídico,²³³ nos termos do art. 104, III, do CC/2002. É o caso, *v.g.*, da escritura pública ou do instrumento particular para a doação que não verse sobre bens móveis e de pequeno valor (CC/2002, art. 541). Examinemos as três possibilidades que daí derivam.

Nos casos em que a lei não determina forma especial para a validade do ato jurídico e em que, por isso, não há instrumento *ad substantiam*, vai possibilitada a negação geral, como no caso dos vícios redibitórios acima tratados, desde que não se trate de compra-e-venda de imóvel com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, em que o art. 108 do CC/2002 tem a escritura pública por “essencial à validade,” ou de outro caso em que haja instrumento *ad substantiam*. Figure-se, por exemplo, o caso de cobrança de alugueis atrasados com base em contrato de locação de imóvel residencial urbano concluído verbalmente (Lei nº 8.245/1991, art. 47, *caput*). O réu poderá impugnar negando absolutamente a existência da relação locatícia, o que bastará para gerar controversia e franquear a produção de prova. Naturalmente, isso não afasta a incidência dos arts. 77, I, e 80, II, do CPC/2015, havendo sanção por litigância de má-fé caso a negação do réu se revele falsa.

Já nos casos em que a lei determina forma especial para a realização do negócio – ou do ato jurídico *stricto sensu* – e o autor, em cumprimento aos arts. 320 e 434 do CPC/2015, traz a juízo, com a petição inicial, os instrumentos que registram as declarações de vontade do réu, a menos que se cogite de arguição de falsidade (CPC/2015, arts. 430ss) – que é, em si mesma, uma arguição motivada, logo com proposições afirmativas especificadas, a teor do art. 431 do CPC/2015 –, haverá, no próprio conteúdo do instrumento, obstáculo à impugnação pela negação *in totum* da existência do fato jurídico, sendo possível cogitar apenas de uma impugnação de *parte* dos seus elementos de existência, de seus requisitos de validade e/ou de seus fatores de eficácia. Trata-se meramente do caso previsto, *a contrario sensu*, pelo art. 341, II, como inadmitindo a contestação por

exequível um acto jurídico; *documento* é a forma escripta apenas dotada de relativa força probante, contribuindo para a verificação dos factos” (J. MENDES JUNIOR. *Direito Judiciario Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 217).

²³³ Nos termos de PAULO LÔBO: “A forma que invalida é a substancial – formalismo negocial (*ad substantiam*) – e não a formalidade com finalidade simplesmente probatória (*ad probationem*). A forma substancial tem por objetivo obrigar as pessoas a refletir sobre as consequências daquele negócio jurídico, a facilitar o reconhecimento do negócio jurídico por terceiros e quando se impuser maior segurança” (P. LÔBO. *Direito Civil*: parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 265).

negativa geral. A previsão corresponde à inferência elementar de que, afirmando o autor a existência de determinada relação jurídica, produzida por declaração de vontade do réu que está consubstanciada no instrumento previsto em lei, não haveria como compatibilizar a idoneidade daquele documento (vale dizer, a ausência de falsidade material ou ideológica) com uma negação completa do referido ato jurídico.

Enfim, é possível que a relação não exija forma especial para se constituir (instrumento *ad substantiam*), mas que, no caso, tenha-se produzido instrumento *ad probationem*, o que é muito comum, por exemplo, na locação de imóveis residenciais urbanos, em que, embora dispensada como requisito de validade, a forma escrita é habitual. Trazendo o autor esse documento (*ad probationem*, e não *ad substantiam*) com a inicial, seria caso de admissibilidade de uma negação global das afirmações do autor, independentemente da arguição de falsidade daquele documento? A resposta tem de ser pela negativa, pela mesma razão de incompatibilidade lógica entre aceitação do conteúdo do instrumento e negação absoluta do ato jurídico que ele registra. Assim, deve-se entender que o art. 341, II, *dixit minus quam uoluit*: sem impugnação especificada, há presunção de veracidade, na espécie, salvo se “a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que registre a declaração de vontade do réu.”

Possivelmente, a dicção restritiva do texto legal tem que ver com problema conexo ao da impugnação especificada, mas que com ele não se confunde. Trata-se da previsão do art. 320 do CPC/2015, segundo o qual “[a] petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”, produzindo-se, caso descumprido o comando, o efeito do art. 321, vale dizer, a determinação de que o autor emende ou complete a inicial (com o documento faltante) em quinze dias, sob pena de ser a petição inicial indeferida. De fato, se determinado instrumento é *ad substantiam*, e o autor não o produz junto com a inicial, não sendo o caso de escusa justificável (por exemplo, o instrumento está depositado junto ao réu ou a terceiro, sendo necessária a exibição de documento, a teor dos arts. 396 e ss. do CPC/2015), será a petição inicial indeferida. No entanto, a solução não é a mesma para instrumento *ad probationem*, e a petição inicial será admitida independentemente de sua juntada, embora, tanto em um como em outro caso, crie-se presunção de conhecimento pelo réu relativamente ao ato, a demandar uma impugnação especificada.

Em outros termos, ao alegar, como fato constitutivo de seu direito, ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico realizado pelo réu, o autor gera presunção de conheci-

mento pelo réu na medida em que carregue aos autos instrumento em que está consubstanciada a declaração de vontade do réu. Inversamente, se o autor não traz ao processo essa prova, seu caso está em posição mais frágil, dependendo da futura dilação probatória. Em situação dessa natureza, não seria cabível que o réu precisasse se desdobrar em uma contranarrativa, admitindo, por consequência, um enquadramento ao menos parcialmente concorde com o apresentado pelo autor; em casos assim configurados, não faz o autor presumir a vontade e, com ela, o conhecimento, pelo réu, dos fatos alegados, logo, não pode exigir mais que a simples negativa, suficiente para gerar a controvérsia. No caso do ato-fato jurídico do réu, por fim, será possível evidentemente a negação *in totum*, já que, via de regra, não haverá instrumento contendo declaração de vontade, mas não a alegação de desconhecimento (cf., *supra*, item 12.1).

Não parece admissível expandir essa compreensão como se a impossibilidade da negação *in totum* se estendesse aos casos em que o autor carrega aos autos não um instrumento (que registra, com as formalidades necessárias, *ad substantiam* ou *ad probationem*, declaração de vontade do réu), mas um documento escrito de outra natureza, em que não está captada a declaração de vontade do réu. Ora, nesses casos, é perfeitamente concebível que o réu negue, por saber inexistentes, todos os fatos alegados pelo autor e, ao mesmo tempo, declare não saber nada sobre o teor de determinado documento. Afinal, o referido documento não o implica diretamente, trazendo uma declaração volitiva sua para o processo, não gerando, assim, presunção de conhecimento seu. Destarte, parece-nos problemática a equiparação, ao menos neste ponto, entre instrumento e prova pré-constituída, que LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART pensam ver em diversos dispositivos do CPC/2015: “[o] Código de Processo Civil utiliza, em vários dispositivos, a expressão *instrumento*, pretendendo aludir especificamente à prova pré-constituída de fatos jurídicos.”²³⁴

O dever de apresentar uma contranarrativa fática, no entanto, não se afasta caso o réu impugne um ou alguns dos elementos de existência (mas não todos eles absolutamente) afirmados pelo autor: há aqui a admissão, pelo réu, de que as proposições de fato do autor têm um referente no mundo dos eventos, que lhe é conhecido, mas que esse referente não é precisamente tal e qual narrado pelo autor.

Tomando como exemplo o caso do negócio jurídico, em que ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO identifica como elementos constitutivos as circunstâncias negociais, a forma

²³⁴ MARINONI; ARENHART, *Prova e convicção*, *op. cit.*, p. 611.

e o objeto,²³⁵ não afirmando o réu – nos casos em que pode – que nada ocorreu e querendo impugnar algum desses elementos, apenas impugnará eficazmente as proposições do autor por meio de proposições assertivas que indiquem como as coisas efetivamente se passaram. Assim, por exemplo, com relação às circunstâncias negociais, se a autora pede o divórcio e a meação dos bens, o autor poderá alegar que o casamento foi uma brincadeira de festa junina, não concorrendo para ele “o *padrão cultural* que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos.”²³⁶ Se, relativamente à forma, o autor pede que o réu devolva um livro raro de seu sebo, o réu poderá alegar que depositou o dinheiro sobre o balcão diante dos olhos do autor, que silenciou e permitiu que saísse da loja com o livro, importando em declaração tácita de vontade. Enfim, relativamente ao objeto, se o autor pede determinada prestação, o réu poderá alegar tratar-se de negócio *per relationem*, e que a consideração de outros tantos instrumentos que compõem o todo do negócio leva a uma redefinição do objeto.

Como se vê, em um caso, a autora afirmou que houve casamento, ao passo que o réu afirmou não ter havido casamento, mas folguedo; no outro, o autor afirmou ter havido subtração de livro de sua loja, enquanto o réu afirmou não ter havido subtração do livro, mas compra-e-venda; no último exemplo, o autor afirmou ter havido o negócio A, enquanto o réu afirmou que não se tratava do negócio A, mas sim do negócio B, com distinto objeto. Em todos esses casos, houve impugnação especificada, consistente na negação de um elemento de existência do fato jurídico alegado pelo autor e na afirmação de elementos que, sob a óptica do réu, integraram diversamente os eventos referidos, tendo por resultado a sua incompatibilidade com a figura do fato referida pelo autor. O réu nega uma ou mais proposições do autor, reperspectivando-as.

Foi o que aconteceu em caso julgado pelo STJ, em que o conteúdo da impugnação especificada foi a natureza do negócio jurídico celebrado, tendo por objeto uma linha telefônica:

Considero que tem razão o recorrente. O recorrido, ao contestar, negou que houvesse cedido ao autor os direitos que tinha relativamente ao terminal. Sustentou que de outra natureza o pacto que, a propósito fizera. Em momento algum, entretanto, afirmou que versasse sobre terminal

²³⁵ A. JUNQUEIRA de AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, *op. cit.*, p. 117ss.

²³⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 122.

identificado por número diverso. Bem ao contrário. Na contestação encontra-se mais de uma menção ao telefone de prefixo 273773, como sendo aquele cujo uso teria sido cedido temporariamente. Não apenas deixou de haver impugnação, quanto ao ponto, como a circunstância foi expressamente admitida. O que se contestou, repita-se, foi a natureza do negócio, não a identidade do bem a que se referia. (STJ, REsp 7.907/BA, Terceira Turma, Rel. Min. Dias Trindade, j. em 20 mar. 1991)

Em outro caso, com solução semelhante, assim se pronunciou o mesmo Tribunal:

Com esses fatos devidamente comprovados nos autos, assim como admitidos na r. sentença, é verossímil a assertiva dos autores de que as notas promissórias não representam outra relação senão a locatícia, em razão da qual lhes foram exigidos os títulos, com reforço de garantia da fiança. Na sua defesa, o credor informa que “tais documentos decorrem de várias transações comerciais entre as partes”. Porém, não explicita quais foram, nem sequer as indica ou menciona. Como os autores demonstraram documentalmente que a relação subjacente era o contrato de locação e a sua posição de garantes daquele contrato, cabia ao réu demonstrar ao Juízo que negócios originaram a significativa dívida de R\$ 40.000,00, já que negara qualquer liame com o contrato de aluguel. No entanto, não apenas nada provou nesse sentido, como sequer informa quais os fatos que justificaram a criação do débito.

Nesse contexto, acredito que o ônus de explicitar e comprovar a outra fonte das notas promissórias era do réu, porquanto foi ele que apresentou defesa em oposição ao que os autores alegaram e comprovaram. É certo que a nota promissória tem abstração, mas quando fica demonstrado, com prova convincente, que se trata de título vinculado a contrato de locação, a sua autonomia desaparece, para ficar a exigibilidade do crédito nele expresso dependente da existência de dívida oriunda daquela relação locatícia.

Assim, ao deixar de impor ao réu o ônus de explicitar as “várias transações comerciais” que manteve com os autores, que não o contrato de locação, o r. acórdão vulnerou a regra do art. 302 do CPC. (STJ, REsp

298.499/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 07 ago. 2001)

Neste ponto, é essencial, conforme havíamos anunciado (cf., *supra*, item 12.1), retornar ao problema da definição de contranarrativa fática, em sua relação com a distinção entre defesa direta e defesa indireta. Definimos a contranarrativa fática como um conjunto de proposições – logo um discurso (cf., *supra*, item 10) – que podem seja tomar os mesmos sujeitos das proposições do autor, atribuindo-lhes predicados diferentes dos por ele afirmados, seja tomar outros sujeitos para predicação, conexos com aqueles que figuravam nas proposições do autor, de modo que não possam as proposições do autor e aquelas do réu que lhes são conexas ser tidas por simultaneamente verdadeiras.

Pense-se, por exemplo, na seguinte proposição: “a coisa locada se deteriorou por culpa do locatário” (CC/2002, art. 567). Trata-se, na verdade, de proposição que precisa ser particularizada, pois ela enuncia categorias jurídicas, e não os eventos do mundo que, assumidos como fatos, fazem incidir aquelas categorias normativas. Assim, reformulando: “o aparelho de som locado se deteriorou porque o locatário o deixou ao relento, tendo sofrido efeito da chuva.” Reconhecer-se-á que se trata de proposição complexa (cf., *supra*, item 10), cindível, em um primeiro grau – e, depois, ulteriormente subdivisível – nas proposições: “o aparelho de som foi locado”; “o aparelho de som se deteriorou”; “o locatário deixou o aparelho de som ao relento”; “a chuva deteriorou o aparelho de som.”

Não sendo negados absolutamente os fatos em questão – o que seria possível, pois não há instrumento *ad substantiam* para a locação de coisas –, não ficam autorizadas as meras negativas particulares, *e.g.*: “o aparelho de som não foi locado”; “o aparelho de som não se deteriorou”; “o locatário não deixou o aparelho de som ao relento”; “a chuva não deteriorou o aparelho de som.” Isso porque, conforme já estabelecido (cf., *supra*, item 12.1), a presunção de conhecimento dos eventos, gerada pelo fato de se ter em vista um ato jurídico *lato sensu* (no caso, negócio jurídico), torna necessário que o réu afirme o que aconteceu de modo distinto do quanto enunciado pelo autor. Conduta diversa é incompatível com o dever de boa-fé (CPC/2015, art. 5º) e com o conexo dever de veracidade (CPC/2015, art. 77, I), que implica, sob pena de subversão de seu conteúdo substancial, também um dever de completude (cf., *supra*, item 12.1).

Seriam, nessa linha, admissíveis para impugnar especificadamente aquelas proposições, v.g.: “o aparelho de som foi doado”; “o aparelho de som está funcionando perfeitamente”; “o locatário guardou o aparelho de som na garagem de sua casa”; “a deterioração do aparelho de som é fruto do desgaste natural de seus componentes pelo uso regular.” Note-se que, mais precisamente, em cada uma dessas proposições está pressuposta a negação da correspondente proposição do autor: “o aparelho de som não foi locado, mas sim doado”; “o aparelho de som não se deteriorou, mas está funcionando perfeitamente”; “o locatário não deixou o aparelho de som ao relento, mas antes o guardou na garagem de sua casa”; “a deterioração do aparelho de som não foi causada pela chuva, mas pelo desgaste natural de seus componentes pelo uso regular.” Em todos esses casos, está infirmada a proposição complexa do autor, segundo a qual “o aparelho de som locado se deteriorou porque o locatário o deixou ao relento, tendo sofrido efeito da chuva.”

O STJ analisou caso semelhante ao verificar ter ocorrido impugnação especificada em contestação em que, contrapondo-se à narrativa que lhe atribuía responsabilidade pelo dano no imóvel que tomara em locação, o locatário foi particularizando proposições que infirmam aquela asserção:

De início, não há falar em violação ao artigo 302 do Código de Processo Civil, pois a contestação oferecida em sede de audiência de instrução e julgamento, conforme preconizava o antigo rito sumaríssimo, embora sucinta, não foi genérica, *verbis*:

“Dada a palavra ao advogado do réu este disse: que o réu pede improcedência da ação em todos os seus termos porque o mesmo diante do despejo compulsório isentou-se do imóvel estando o imóvel em perfeitas condições de conservação, sendo que o oficial de justiça sem poder fazer a referida certidão na presença do inquilino, não o fez; o proprietário do imóvel e seu patrono demoraram muito para requerer uma perícia judicial, sendo feito praticamente depois de sete meses quando o imóvel já se encontrava praticamente danificado, parecendo que o proprietário do imóvel queria se aproveitar desta situação para ter uma indenização vantajosa, e que as testemunhas apresentadas merecem todo o respeito primeiramente porque as testemunhas só podem ser aquelas que presenciam os fatos, não sendo parentescas, apenas tem um bom conhecimento; diante do depoimento das testemunhas caracterizado a má-fé do proprietário requer em todos os seus termos a improcedência

da referida ação.” (STJ, REsp 285.661/PA, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 21 fev. 2002)

Encontramos aqui a linha divisória entre defesa direta e defesa indireta, no que tange às proposições de fato. A defesa direta consiste na rejeição da ocorrência de fato (ou elemento ou sub-elemento) alegado pelo autor, quer baste negar a afirmação do autor (nos casos específicos já tratados de dispensa da contranarrativa fática), quer seja necessário contrapor à negação uma afirmação com ela incompatível (nos casos em que se faz necessária a contranarrativa fática). ARAKEN DE ASSIS denominou a primeira modalidade de defesa direta “impugnação direta do fato constitutivo”, e a segunda modalidade, de “impugnação indireta do fato constitutivo.”²³⁷ A defesa indireta, por sua vez, é aquela que deixa subsistir o fato (ou elemento ou sub-elemento) alegado pelo autor, de modo que não pode consistir em negação de sua existência, ou daquela de seus elementos ou sub-elementos, afirmando, contudo, a existência concomitante de fato que, de algum modo, bloqueia a produção de efeitos por aquele outro, isto é, afeta seus requisitos de validade ou seus fatores de eficácia.

Assim, no caso com que estamos exemplificando, v.g.: “(é verdade que o aparelho de som foi locado), mas, tão logo findo o prazo da locação, o locatário o adquiriu ao seu proprietário, que é terceiro relativamente à relação locatícia”; “(é verdade que o aparelho de som se deteriorou), mas isso ocorreu por força maior, graças a um *tsunami* que inundou tanto a casa do réu quanto a loja do autor simultaneamente”; “(é verdade que o locatário deixou o aparelho de som ao relento), mas isso se deve ao seu uso em festa ao ar livre, que estava convencionado no contrato”; “(é verdade que a chuva deteriorou o aparelho de som), mas, por cláusula contratual acordada verbalmente diante de tais testemunhas, o locador assumiu o risco, dada a finalidade da locação.” Em todos esses casos, permanecerá verdadeira a proposição complexa “o aparelho de som locado se deteriorou porque o locatário o deixou ao relento, tendo sofrido efeito da chuva”, mas outros fatos, que não

²³⁷ Segundo o autor: “Objetivando contradizer os fatos invocados pelo autor, frequentemente o réu elabora versão própria de tais fatos. Trata-se de impugnação indireta do fato constitutivo. A alegação do réu infirma os fatos do autor, apresentando um quadro de fatos que lhe é favorável. Em mais de um aspecto, naturalmente, o réu admitirá um ou mais fatos simples, mas a mudança de perspectiva, ou a distorção dos fatos, apresenta um quadro que lhe é favorável.” (ASSIS. *Processo Civil Brasileiro*: volume 1, *op. cit.*, §331, p. 925).

constavam dos enunciados do autor, impedem a produção das consequências queridas pelo locador, isto é, a condenação do réu ao pagamento das perdas e danos.

Assim, a afirmação, pelo réu, de que todos os elementos de existência do fato jurídico enunciado pelo autor são conformes às proposições constantes da petição inicial, mas que lhes faltam requisitos de validade ou fatores de eficácia, na medida em que tais requisitos e fatores não tenham sido eles mesmos enunciados pelo autor, caso em que passariam a integrar uma mais complexa figura do fato (cf., *supra*, item 11.1), constituem defesas indiretas e escapam, considerados por si mesmos, ao problema dogmático da impugnação especificada dos fatos. O critério essencial para a distinção, no caso concreto – e, logo, para circunscrever o dever de impugnação especificada – é, conforme anteriormente afirmado (cf., *supra*, item 11.1), o destrinchamento dos eventos do mundo, com base em uma figura do fato, pelo autor, na petição inicial. Nesse sentido, passa-se, com os requisitos de validade e com os fatores de eficácia o mesmo que com os elementos de existência.

Imagine-se, assim, que o autor visa a anular o negócio por vício resultante de coação (CC/2002, art. 171, II) ou a anular o casamento contraído sob coação (CC/2002, art. 1558). Nesses casos, o objeto da impugnação especificada contém, conjuntamente com eventuais elementos de existência que possam vir a descaracterizar a própria existência de negócio ou de casamento, um requisito de validade. Deverá, assim, o réu, de um modo ou de outro, afirmar que não houve coação e, caso reconheça haver correspondência entre os eventos evocados pelo autor e determinados eventos efetivamente ocorridos (isto é, não sendo caso de negação absoluta de existência), afirmar em que circunstâncias se deu o negócio ou o casamento que sejam distintas daquelas que suportam a alegação de invalidade do autor. Toda a vinculação do réu é produzida, destarte, pelo conteúdo das proposições do autor, desde que, em tese, correspondam às previsões normativas.

Note-se, mais amplamente, que as figuras do fato têm uma independência apenas parcial umas relativamente às outras, inserindo-se cada figura do fato em figuras mais abstratas e interferindo as figuras umas com as outras mesmo quando não se encavalam. CARLO MAIORCA caracterizou a estrutura da figura do fato como concêntrica:

Examinando a estrutura da figura do fato, percebe-se que ela é constituída por uma série de ‘elementos’ dispostos em posição concêntrica,

dos mais genéricos aos mais específicos, próprios do efeito típico (relativamente ao qual se fala da ‘figura do fato típica’). Queremos dizer que alguns elementos condicionam de modo típico o efeito particular em mira, enquanto outros atinem a esquemas mais gerais ou a outra figura do fato. O estudo do tecido normativo põe em evidência um intercâmbio, uma comunicação recíproca, e mesmo por vezes uma compenetração dos elementos de diversas figuras do fato, pelo quê apenas teoricamente se pode isolar uma figura do fato individualizada.²³⁸

A figura do fato que importa é aquela que, emergindo do ordenamento (com possíveis combinações e deslocamentos de dispositivos normativos, já que estes não se identificam com a norma jurídica), é enunciada pelo autor. Assim, desenvolvendo, por exemplo, o art. 481 do CC/2002, seria possível dizer que a compra-e-venda não apenas se configura quando “um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”, mas quando “um dos contratantes *capazes* se obriga, valendo-se de forma prescrita ou não defesa em lei, a transferir o domínio de certa coisa *lícita, possível, determinada ou determinável*, e o outro *contratante capaz*, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”, integrando na própria figura do fato os requisitos de validade que o art. 104 do CC/2002 determina para os negócios jurídicos em geral.

Esse tipo de fusão não é, contudo, dado *a priori*, mas faz parte da perspectivação apta a criar dever de pronunciamento pelo réu. Desse modo, apenas se essa particularização, ou desenvolvimento, da figura do fato foi promovida pelo autor (cf., *supra*, item 11.1) é que tem o réu o dever de se posicionar, com fundamento na homologia que devem guardar suas proposições com aquelas do autor. Nesse caso, requisitos de validade e fatores de eficácia (desde que tenham relevância jurídica) terão sido integrados pelo autor em uma figura do fato complexa, e se estará tratando de impugnação especificada – logo, de defesa direta, e não de defesa indireta. É nesse sentido que insistimos nas proposições do autor como objeto imediato do dever de impugnação especificada. É o autor quem perspectiva, pela primeira vez e com ambição de definitividade, o processo (cf., *supra*, item 11).

²³⁸ MAIORCA, Fatto giuridico – Fattispecie, *op. cit.*, p. 127.

13. Os fatos em sua relação recíproca

RG3. Impugnada eficazmente a alegação prejudicial, fica automaticamente impugnada também, por necessidade lógica, a alegação prejudicada, de modo que ambas ficam controvertidas, dando ensejo à produção de prova.

O art. 341, III, do CPC/2015 tem o seguinte teor: “[i]ncumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: (...) III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”.

Esse texto se origina no direito processual português, em que, segundo JOSÉ ALBERTO DOS REIS, a ideia foi desenvolvida sob a vigência do Decreto 13:979 e finalmente inserida no Código de 1939 (art. 494º).²³⁹ A diretriz foi reproduzida nos diplomas sucessivos (art. 490º do Código de 1961 e art. 574º do Código de 2013), de onde veio aportar ao nosso direito (cf., *supra*, item 9.2). Nos termos desse autor, comentando o primeiro diploma português a enunciá-la, trata-se de regra de grande repercussão prática:

[ela] atenua o rigor da exigência da impugnação especificada, pelo que exerce função de grande alcance prático; dispensa a parte do trabalho fastidioso e pesado de impugnar, um por um, cada facto concreto alegado pela parte contrária, *quando estes fatos sejam incompatíveis com aqueles que se articulam*.²⁴⁰

O problema é o de incompatibilidade lógica entre fatos impugnados e fatos não impugnados:

embora determinado facto não tenha sido impugnado especificadamente pela parte contrária, não pode reputá-lo admitido por esta quando o facto esteja em flagrante oposição com tudo quanto ela articulou. Se tudo quanto o réu alegou *exclui necessariamente* a possibilidade de ser

²³⁹ J. ALBERTO dos REIS. *Código de Processo Civil Anotado*: volume 3, artigos 487º a 549º. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 55.

²⁴⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 56, grifos nossos.

verdadeiro determinado facto articulado pelo autor, seria absurdo entender que aquele aceitou o facto como exacto, por o não ter impugnado direta e especificadamente.²⁴¹

Frise-se a ideia de que se trata de caso de exclusão necessária, isto é, de impossibilidade lógica da subsistência da negação do facto impugnado com a afirmação do facto que não se impugnou especificadamente (cf., *supra*, item 10). Em estudo anterior ao Código de 1939, sob a onda das reformas processuais que nele desaguaram, ALBERTO DOS REIS já se manifestara nesse sentido:

A parte não carece de atacar facto por facto; ou melhor, a parte não carece de impugnar particularmente cada um dos factos alegados pela parte contrária; *desde que apresenta e se bate por uma situação de facto manifestamente incompatível com a que o adversário quiere fazer passar por verdadeira*, é evidente que há oposição especial ou especificada entre as duas partes quanto aos factos da causa.²⁴²

ALBERTO DOS REIS exemplifica com situação, sobre a qual foi consultado, em que o dever de impugnação poderia ser atribuído ao autor, na réplica, em função de facto alegado pelo réu na contestação. O autor pleiteava a anulação de testamento por incapacidade mental do testador, ao passo que o réu alegava, na contestação, que o testador se conduzira, na feitura do testamento, como pessoa perfeitamente sã. A dúvida levada ao processualista foi a de determinar se, não tendo o autor contrariado na réplica esse facto específico, ele deveria ser tido por admitido. A resposta foi a seguinte:

Desde que o autor tinha afirmado na petição e repetido na réplica que o testador sofria de anomalia mental *congénita* e que essa anomalia sempre o inibira de se apresentar como uma pessoa de juízo, é claro que não precisava de rebater, em particular, a afirmação concreta feita pelo réu. Toda a matéria da petição e da réplica era um ataque vivo e directo a essa alegação: o testador não podia comportar-se, na ocasião do testamento, como uma pessoa normal, pela razão simples de que nascera

²⁴¹ IDEM, *Ibidem*, p. 55, grifos do autor.

²⁴² J. ALBERTO dos REIS. *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929, p. 371, grifos nossos.

anormal e anormal fôra durante toda a vida. (...) *Eram duas teses que se excluía*m.²⁴³

Pode-se, assim, conceber que o núcleo semântico do art. 341, III, em conformidade com sua gênese no direito luso, é o de dispor que as alegações de fato não impugnadas particularmente, cuja afirmação é, no entanto, logicamente incompatível com uma alegação de fato especificadamente impugnada consideram-se como tendo sido também particularmente impugnadas. Esse núcleo lógico do dispositivo foi reconhecido por vezes pela doutrina brasileira,²⁴⁴ de modo, no entanto, que nos parece poder ser ulteriormente precisado.

Outro problema, conexo àquele de que tratamos no corpo do texto, que foi indicado pela doutrina – e que já se encontra contido nas considerações de ALBERTO DOS REIS²⁴⁵ – é o de que os diferentes meios pelos quais o réu possa veicular a sua contrariedade às alegações do autor, antes de se consumir a preclusão consumativa da oferta da contestação, hão de ser considerados idôneos para tanto, por exemplo, caso haja alegação contrária não na contestação, mas *v.g.*, na reconvenção,²⁴⁶ distinção que perde um pouco o sentido em face do novo regime da reconvenção, inserto na contestação (CPC/2015, art. 343), mas que guarda a sua relevância *a priori*, para entender que o que importa são as proposições contraditórias do réu

²⁴³ IDEM, *Ibidem*, p. 372, grifos nossos.

²⁴⁴ Assim, por exemplo, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, para quem trata-se de hipótese em que “as alegações na petição inicial colidem, sob a perspectiva lógica, com a defesa globalmente considerada” (J. R. CRUZ e TUCCI. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 7, arts. 318 a 368. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 224 [Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por J. R. F. GOUVÊA; L. G. A. BONDIOLI e J. F. N. da FONSECA]). Também ARLETE INÊS AURELLI, que assentou: “Esta exceção se dá quando o réu deixa de contestar os fatos alegados pelo autor, mas impugna um fato do qual decorre a rejeição implícita dos demais, por incompatibilidade lógica entre o que foi arguido e os fatos não contestados” (A. I. AURELLI. Comentário ao art. 341. In: L. L. STRECK; D. NUNES; L. C. da CUNHA (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 498-99, aqui p. 499). Humberto Theodoro Júnior fala em “incompatibilidade lógica” (H. THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual*: volume 1. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 790).

²⁴⁵ “O que acaba de expor-se suscita um outro problema. Precisar-se-á o autor de impugnar especificadamente, na réplica, um facto alegado pelo réu na contestação, quando tal facto esteja em manifesta colisão com o conjunto da matéria de facto da petição inicial? Impõe-se a solução negativa. O autor não carece de repetir na réplica o que já alegou na petição; a matéria desta subsiste, na medida em que não for rectificada ou alterada pela réplica. Portanto, se o facto do réu briga claramente com a matéria de facto da petição e o autor não modificou esta matéria na réplica, o facto não pode considerar-se admitido por acordo. O mesmo se há-de entender a respeito da tréplica. Se o autor, na réplica, alegar facto a que o autor não responda especialmente na tréplica, nem por isso o facto há-de considerar-se admitido por acordo, uma vez que contrasta abertamente com o conjunto da defesa deduzida na contestação” (ALBERTO dos REIS, *Código de Processo Civil Anotado*: volume 3, *op. cit.*, p. 55-56).

²⁴⁶ De acordo com YARSHELL, PEREIRA e RODRIGUES: “o legislador quis que qualquer controvérsia, lançada em qualquer peça da defesa – e não apenas na contestação –, seja suficiente para que se afaste a presunção de veracidade” (F. L. YARSHELL; G. S. J. PEREIRA; V. S. RODRIGUES. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 334 ao 368. São Paulo: RT, 2016, p. 170 [Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por L. G. MARINONI e coordenada por S. C. ARENHART e D. MITIDIERO]).

(cf., *supra*, item 10), não a forma exata de sua veiculação, o que se potencializa em um sistema como o nosso, que, contrariamente ao português, não demanda a articulação da contestação (cf., *supra*, item 11).

Nesse sentido, pode-se evocar julgado interessante do STJ, ainda sob a vigência do CPC/1973, em que a existência, na reconvenção, de afirmações contrárias às proposições da inicial, foi suficiente para elidir os efeitos da revelia e, mais que isso, para ter as afirmações da inicial por especificadamente impugnadas. Assim, no voto-vista do Min. Fernando Gonçalves:

Partindo dessa premissa, com maior razão, no caso concreto, não há como se sustentar a revelia, porquanto, não obstante ausente a contestação, a reconvenção é, na verdade, a própria negação da tese do autor, pois funda-se, veementemente, na prática de adultério por parte do cônjuge varão que, por sua vez, fundamenta o pedido de separação na pretensa ofensa à sua honra, justamente por não reconhecer a existência da infidelidade conjugal”. (STJ, REsp 735.001/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 08 nov. 2005)

Sobre a situação do réu que, sem impugnar uma alegação de fato, produz documento, junto com a contestação ou no lugar da contestação, cf., *infra*, item 17.2.1.

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o art. 341, III, do CPC/2015 seria “projeção da interpretação contextual da contestação.”²⁴⁷ A nosso sentir, no entanto, a substituição dos nexos lógicos entre proposições pela noção de contexto, que se nos afigura mais vaga, contribui para a incerteza na identificação do cumprimento ou descumprimento do dever de impugnação especificada dos fatos. Parece que, *in casu*, seja justamente essa a diretriz do pensamento do processualista, já que, para ele, o referido dispositivo veicula “a confirmação de que qualquer modo de criar *controvérsia* sobre os fatos gera a necessidade de comprová-los.”²⁴⁸ Como, segundo já vimos em itens anteriores deste trabalho, DINAMARCO admite como intercambiáveis a mera negação e a apresentação de versão distinta dos fatos e mesmo anota (sugerindo endosso) a constante relativização do dever da impugnação especificada dos fatos pela jurisprudência, é natural que prefira uma leitura mais aberta do dispositivo. Não é, no entanto, conforme pensamos, aquela sustentada pela história da norma e, como vimos argumentando, pelo sistema do CPC/2015, para o qual a impugnação especificada é um dever, de modo que a sanção precisa se dar em clima de previsibilidade, promovendo a segurança jurídica.

²⁴⁷ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, §1323, p. 624.

²⁴⁸ IDEM, *Ibidem*, grifos do autor.

Esse nexó lógico entre proposições pode ser caracterizado como um nexó de prejudicialidade. É importante, nesse sentido, a distinção, proposta por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, entre questões prejudiciais e questões preliminares:

[O] critério discretivo entre prejudiciais e preliminares há de ser buscado na diferenciação entre os dois tipos de influência acima descritos; cabendo a qualificação de “prejudiciais” às questões de cuja solução dependa o *teor* ou o *conteúdo* da solução de outras, reservar-se-á a expressão “questões preliminares” para aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu *modo de ser*, mas no seu próprio *ser*; isto é, para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o *sentido* em que estas outras hão de ser resolvidas.²⁴⁹

Assim, ao passo que as questões preliminares se relacionam com as questões que lhes são subordinadas de modo a determinar se haverá ou não resolução destas, sem influir no sentido em que serão resolvidas, as questões prejudiciais, uma vez decididas, determinam o sentido de resolução das questões que lhes são subordinadas, por isso chamadas prejudicadas. Em formulação sintética do autor, são prejudiciais “as questões de cuja solução depender necessariamente o *teor* da solução que se haja de dar a outras questões.”²⁵⁰

Veja-se que é exatamente o que acontece no caso do art. 341, III, do CPC/2015: estabelecendo-se, por exemplo, que alguém nasceu e se manteve louco por toda a vida, dúvida relativa à sanidade mental dessa pessoa na hora de testar fica prejudicada, já que não pode ser mentalmente sã em momento algum quem se manteve louco ao longo de toda a vida. Na verdade, trata-se de um silogismo: 1. Fulano é louco (em toda a extensão da sua vida) – premissa maior; 2. Fulano fez um testamento (em algum ponto de sua vida) – premissa menor; 3. Logo, Fulano fez um testamento em estado permanente de loucura – conclusão.

²⁴⁹ J. C. BARBOSA MOREIRA. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Do autor, 1967, p. 29-30.

²⁵⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 27.

A situação relativa às questões preliminares é diversa. Imagine-se que, diante de uma demanda que pede sua condenação em danos materiais por ter causado acidente automobilístico destruindo o automóvel do autor, o réu se limite a impugnar o ato ilícito que lhe é imputado (por exemplo, não estava dirigindo em alta velocidade, sendo antes o réu que arrancou o carro de sua garagem sem respeitar a preferência dos que trafegavam na via). Provada a versão do réu, a questão do ato ilícito assume o papel de preliminar – isto é, os demais pontos elencados pelo autor não serão analisados –, mas a impugnação do ato ilícito não equivale à impugnação logicamente subordinada do dano, de modo que não serão objeto de prova os demais pontos e, afastada a ocorrência do ato ilícito, as demais alegações, porque não impugnadas, serão admitidas como verdadeiras. Neste caso, não há silogismo possível.

É assim que o STJ, corretamente, não atribuiu à impugnação de questão preliminar o condão de espriar efeitos da impugnação sobre outras questões:

[O] *Estado do Paraná*... não impugnou o fato básico do litígio – venda *a non domino* –, por isso fincada como verdadeira (art. 302, CPC). Preferiu arguir a *prescrição* e *ausência de denúncia da lide* quando do cancelamento dos registros imobiliários, terminando por irresignar-se, alegando que a decisão foi *ultra petita* no pormenor da condenação em juros *compostos*. Portanto, está definitivo que o *Estado* deve indenizar, apenas remanescendo discussão afeita aos limites da obrigação de resarcir os danos. (STJ, REsp 3.069/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 19 out. 1992)

Esclarece-se, assim, que o âmbito de incidência do art. 341, III, é o de alegações do autor que se vinculem segundo um nexo de prejudicialidade: impugnada eficazmente a alegação prejudicial, fica também impugnada, por necessidade lógica, a alegação prejudicada, de modo que ambas ficam controvertidas, dando ensejo à produção de prova.

Mantém-se, assim, hígida a ideia de que, para cumprir o dever de impugnação especificada, “[c]ada fato que o autor afirmar, tem de ser negado com precisão pelo réu,”²⁵¹ imperativo que, no caso, é cumprido expressamente para uma alegação e tacitamente, mas necessariamente, para outra.

14. Conclusão parcial: regime geral da impugnação especificada dos fatos

A investigação até aqui empreendida permitiu uma primeira estruturação do regime jurídico do dever de impugnação especificada dos fatos, conforme já anunciado pelos enunciados na cabeça de alguns dos itens ou subitens deste capítulo.

É possível, agora, em conclusão, de modo a conferir inteligibilidade ao todo e fornecer uma primeira conclusão parcial, com os resultados dogmáticos desta investigação, apresentar uma visão de conjunto desses enunciados, articulados hierarquicamente. A numeração, em negrito, ao fim de cada enunciado, remete aos itens deste capítulo em que a argumentação que dá suporte ao enunciado é desenvolvida. Confira-se:

(objeto do dever de impugnação especificada dos fatos)

RG1. O dever de impugnação especificada dos fatos incide sobre todas as proposições simples enunciadas pelo autor, desde que cada proposição seja necessária para preencher uma figura de fato normativa (um fato jurídico previsto no ordenamento) e desde que, em seu conjunto, essas proposições sejam suficientes para preenchê-la (caso contrário, a própria petição é inepta). **(11.1)**

Nesses termos e nesses limites:

RG1.1. Incide dever de impugnação sobre alegação de fato jurídico, incluídos os fatos complementares (especificadores da figura do fato). **(11.4)**

RG1.2. Não incide dever de impugnação sobre alegação de fato simples, incluídos os fatos indiciários (instrumentais para o raciocínio judicial). **(11.4)**

RG1.3. Quando, nos limites admitidos no processo, um fato afirmado pelo autor na inicial muda de qualificação, de simples para jurídico, o debate é reaberto, e

²⁵¹ J. FREDERICO MARQUES. *Manual de Direito Processual Civil*: volume 2, processo de conhecimento, parte 1. São Paulo: Saraiva, 1974, § 378, p. 78.

passa a incidir, desobstruída a preclusão, o dever de impugnação especificada. **(11.4)**

RG1.3.1. O exercício de poderes instrutórios pelo juiz apenas gera dever de impugnação especificada, desobstruindo preclusões, se se trata de fatos que concretizam a figura do fato, recortando-a em mais elementos ou sub-elementos do que na fase postulatória (fatos complementares), não os gerando se incidem sobre fatos simples. **(11.4)**

RG1.3.2. Se proposição de fato simples na petição inicial, segundo a percepção do juiz, puder efetivamente ser tomada por indiciária, de modo a integrar o raciocínio decisório, cabe ao juiz desobstruir as preclusões e reabrir o diálogo processual para amplo debate, embora não incida no caso dever de impugnação especificada, que resultaria na provocação de efeito idêntico ao da confissão por iniciativa do juiz. **(11.4)**

(conteúdo do dever de impugnação especificada dos fatos)

RG2. Se há fato jurídico (em sentido lato) que aparece – tipicamente, isto é, de acordo com a categoria, não com cada evento concreto do mundo – à consciência do réu (atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos, atos-fatos jurídicos), o dever de impugnação especificada exige que ele se pronuncie positivamente sobre tal fato, narrando-o tal qual aparece à sua consciência, sem omissões que importem em sua descaracterização (dever de completude); se há fato jurídico que não aparece – tipicamente – à consciência do réu (fatos jurídicos *stricto sensu* ou atos de terceiros), o dever de impugnação especificada se cumpre com a mera declaração de desconhecimento. **(12.1)**

RG2.2. Não há descumprimento do dever de impugnação especificada, por falta de contranarrativa fática, quando sobre o fato jurídico que aparece tipicamente à consciência do réu incide uma razão de escusa (art. 388 do CPC/2015). Como, no entanto, esses fatos podem ser confessados (não incidindo o art. 341, I), é necessária a manifestação do réu para os impugnar, bastando, para fins de eficácia, a afirmação de que o réu impugna tais fatos. Sua negação, no entanto, caso sejam verdadeiros, pode atrair a incidência dos arts. 77, I, e 80, II, do CPC/2015. **(12.1)**

RG2.3. O réu pode se desincumbir do dever de impugnação especificada sem oferecer qualquer contranarrativa fática se não reconhece em absoluto a existência dos fatos narrados pelo autor, caso em que afirma saber que nada ocorreu no

mundo dos eventos da vida que possa corresponder, ainda que imperfeitamente, àquilo que foi afirmado pelo autor. **(12.2)**

RG2.3.1. Fica, no entanto, vedada essa via caso a petição inicial seja instruída com documento que contém declaração de vontade (“instrumento” *ad substantiam* ou *ad probationem*) do réu conexa com as alegações de fato do autor, a menos que o réu afirme a falsidade material ou ideológica do referido documento. **(12.2)**

(impugnação especificada dos fatos por prejudicialidade lógica)

RG3. Impugnada eficazmente a alegação prejudicial, fica automaticamente impugnada também, por necessidade lógica, a alegação prejudicada, de modo que ambas ficam controvertidas, dando ensejo à produção de prova. **(13)**

Embora configure já um primeiro resultado do esforço analítico aqui empreendido, pensamos que é possível avançar mais, adensando esse regime por meio de uma consideração sistemática do CPC/2015, tarefa que será empreendida no próximo capítulo, adotando o mesmo sistema de referência de enunciados normativos aqui apresentado, com as adaptações que serão de pronto indicadas. Na conclusão deste trabalho, articulando o conjunto dos resultados, estaremos em condições de propor uma visão estruturada dessas inferências normativas.

CAPÍTULO 4

IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA DOS FATOS NO SISTEMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

τούτων δὴ ἔγωγε αὐτός τε ἐραστής, ὃ Φαῖδρε, τῶν διαιρέσεων καὶ συναγωγῶν, ἵνα οἷός τε ὃ λέγειν τε καὶ φρονεῖν (“É pelo seguinte, Fedro, que eu, de minha parte, sou muito apaixonado: pelas divisões e pelas uniões, pelas quais se é capaz de falar e de pensar”).¹

15. Considerações introdutórias: διαίρεσις, sistema e a extração de inferências normativas. 16. Impugnação especificada e contraditório. 17. Impugnação especificada e fase postulatória. 17.1. A demanda. 17.1.1. O pedido: CPC/2015, arts. 322; 324; 330. 17.1.2. Estabilização da demanda: CPC/2015, arts. 329; 357, §§ 2º e 3º. 17.2. A resposta do réu. 17.2.1. Contestação: CPC/2015, arts. 336; 436; 437. 17.2.2. Ausência de contestação: CPC/2015, arts. 344; 345; 348; 349. 17.3. Proibição e abuso de direito processual: CPC/2015, arts. 77 e 80. 18. Impugnação especificada e fase probatória. 18.1. Considerações preliminares sobre o “ônus” da prova: CPC/2015, art. 373. 18.2. Depoimento pessoal: CPC/2015, arts. 386; 388; 392. 18.3. Confissão: CPC/2015, arts. 389; 393; 395. 19. Impugnação especificada e fase decisória: CPC/2015, art. 489, § 1º. 20. Impugnação especificada e fase recursal: CPC/2015, arts. 932, III; 1.021, §§1º a 3º. 21. Impugnação especificada e fase executiva: CPC/2015, arts. 525; 917. 22. Impugnação especificada e procedimentos especiais. 22.1. Da utilidade do estudo dos procedimentos especiais: relações associativas. 22.2. Ação de consignação em pagamento: CPC/2015, art. 544. 22.3. Ação de exigir contas: CPC/2015, arts. 550, §§ 1º e 3º, e 551, caput e § 1º. 22.4. Inventário: CPC/2015, art. 627. 22.5. Embargos de terceiro: CPC/2015, art. 680. 22.6. Ação monitória: CPC/2015, art. 702, §§1º a 3º. 22.7. Homologação do penhor legal: CPC/2015, art. 704.

¹ PLATON. *Oeuvres complètes*: tome IV, 3º partie, Phèdre. Ed. e trad. Léon Robin. Paris: Les Belles Lettres, 1947, 266b, p. 73.

15. Considerações introdutórias: διαίρεσις, sistema e a extração de inferências normativas

Partindo da narrativa de SEXTO POMPÔNIO (século II d.C.)² no Digesto a respeito da história da *iurisprudencia* romana e confrontando-a com os mais antigos fragmentos de juristas romanos preservados, ALDO SCHIAVONE localiza, em um grupo atuante na segunda metade do século II a.C. e no começo do século I a.C., “o esforço de um percurso fatigante em direção à obtenção de formulações gerais, digamos ainda, em direção aos primeiros esboços de ‘conceptualização’ da experiência jurídica.”³

Entre os “fundadores do *ius ciuile*,”⁴ QUINTO MÚCIO SCAEVOLA⁵ – o primeiro jurista a expor o direito de forma sistemática segundo uma hierarquia dos conceitos,⁶ *generatim* (de acordo com classes, tipos, gêneros, espécies ou outras classificações, ou ainda em grupos separados)⁷ – tem particular relevo porque é testemunha e artífice da transplantação do método grego da διαίρεσις (divisão, distribuição, distinção, separação)⁸ para o direito (romano). Por meio dessa técnica do pensamento e da exposição, o direito passou a se apresentar como sistema normativo abstrato, vale dizer, como um esquema articulado de conceitos que preenchem enunciados de carga preceptiva.

O escopo de aplicação do método diairético é o mais amplo possível. Trata-se de uma técnica do pensamento que busca apreender e expressar a composição da realidade por meio de uma articulação entre conceitos que se ligam, no limite, a uma unidade que tudo engloba e, no outro sentido, distinguem-se, articuladamente, um a um, em todos os elementos que compõem o mundo corpóreo e incorpóreo.

Estudando a influência da filosofia grega no direito romano, HELMUT COING destacou, nesse ponto, o influxo da lógica aristotélica, e mais especificamente da “arte da

² Cf. W. KUNKEL. *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*. Weimar: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1952, p. 170ss.

³ A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*. Torino: G. Giappichelli, 1994, p. 60.

⁴ D.1.2.2.39.

⁵ Para uma reunião dos fragmentos que se referem a QUINTO MÚCIO SCAEVOLA, cf. O. LENEL. *Palingsenesia iuris civilis*: volume 1. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1889, coll. 757-764. Cf. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, op. cit.*, p. 18.

⁶ Foi ele “que primeiro escreveu sobre o *ius ciuile* empregando divisões, redigindo dezoito livros sobre o assunto” (*ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*, D.1.2.2.41)

⁷ P. G. W. GLARE. *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: The Clarendon Press, 1983, p. 757.

⁸ H. G. LIDDELL; R. SCOTT; H. S. JONES. *A Greek-English Lexicon*: volume 1. 9.ed. Oxford: The Clarendon Press, 1948, p. 395.

definição e da distinção de *genera* e *species*, como desenvolvidos por Aristóteles.”⁹ A percepção é aguda, na medida em que ARISTÓTELES, mesmo involuntariamente – pois tinha uma relação polêmica com a διαίρεσις, pela (tentativa de) superação (mas efetiva sublimação, *Aufhebung*) da qual erigiu a lógica silogística¹⁰ –, sofreu forte influxo da διαίρεσις platônica e, tratando, diferentemente de PLATÃO, de problemas jurídicos, valeu-se do método das divisões para estabelecer algumas distinções que viriam a ser fundamentais para a *iurisprudencia* romana.¹¹

Segundo um processo de transmissão complexo, está, enfim, radicada nesse influxo da διαίρεσις grega a origem da sistematicidade própria ao direito ocidental:

Desse modo, os institutos jurídicos individuais são claramente delineados em sua natureza e surge aquela forma de representação que permaneceu característica do direito europeu até hoje: o direito é representado de acordo com o complexo articulado dos conceitos (*Zusammenhang der Begriffe*); define-se a natureza de determinado instituto jurídico e então se trata dos fundamentos de sua origem e finalidades.¹²

A centralidade do método diairético, como fundamento para tratar a interrelação entre conceitos – e preceitos – jurídicos, encontra-se a cada passo, em todos os ramos do direito, na cultura jurídica ocidental. É assim, por exemplo, quando definimos um contrato como negócio jurídico bilateral, supondo, sucessivamente, as divisões seguintes: fatos jurídicos e simples; fatos e atos *lato sensu*; atos *stricto sensu* e negócios; enfim

⁹ H. COING. Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, n. 69 (1), p. 24-59, 1952, aqui p. 29.

¹⁰ Cf., por exemplo, com forte crítica ao caráter da divisão, que não permite fazer a prova das proposições: ARISTOTLE. Prior Analytics. In: _____. *The Categories – On Interpretation – Prior Analytics*. Ed. e trad. Hugh Tredennick. Cambridge/London: Harvard University Press/William Heidemann, 1983, p. 181-531, I, 31, 46a-46b, p. 358-62. No mesmo sentido: ARISTOTLE, Posterior Analytics, *op. cit.*, II, 3, 90a-91a, p. 180-84, etc. Mas, para ARISTÓTELES, as divisões são uma ajuda útil (II, 12) e, mais que isso, a divisão “é o único meio de garantir que nenhum elemento na definição é omitido, ἔτι πρὸς τὸ μηδὲν παραλιπεῖν ἐν τῷ τί ἐστὶν οὕτω μόνως ἐν δέχεται” (ARISTOTLE, Posterior Analytics, *op. cit.*, 96b II, 13, p. 232). O reconhecimento mais ponderado talvez esteja no seguinte ponto: “se ela [a divisão] nos faz conhecer algo, é de um outro modo [relativamente ao silogismo], ἀλλ’ εἴπερ, ἄλλον τρόπον γνωρίζειν ποιεῖ” (ARISTOTLE, Posterior Analytics, *op. cit.*, II, 5, 91b, p. 190).

¹¹ COING, Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, *op. cit.*, p. 34ss. Por exemplo, as oposições entre direito natural e positivo, escrito e não escrito, público e privado, justiça distributiva e comutativa, contratos e delitos, coisas corpóreas e incorpóreas, etc..

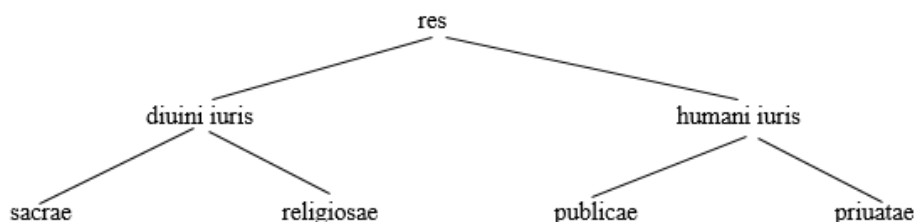
¹² IDEM, *Ibidem*, p. 29.

negócios bilaterais e unilaterais. Já na Idade Média, a *διαίρεσις* frutificou em um gênero textual, as *distinctiones*.¹³ Abundam, nos manuscritos jurídicos medievais, diagramas que dão a ver as cadeias diairéticas (i.e., a sucessão encadeada de distinções conceituais) por meio de detalhadas ramificações.

O procedimento diagramático pode ser exemplificado ao se tomar qualquer excerto das *Institutas* de GAIO (s. II d.C.).¹⁴ Exemplificativamente, no início do livro II:

<p>2. <i>Summa itaque rerum diuisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt diuini iuris, aliae humani.</i></p> <p>3. <i>Diuini iuris sunt ueluti res sacrae et religiosae. (...)</i></p> <p>10. <i>Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut priuatae.</i>¹⁵</p>	<p>2. Aduz-se, então, a principal divisão das coisas em dois membros: pois algumas são de direito divino, e outras, [de direito] humano.</p> <p>3. São de direito divino as coisas sacras e as religiosas. (...)</p> <p>10. Aquelas que são de direito humano ou são públicas ou privadas.</p>
---	--

As divisões são muitas, mas, já com esses enunciados, pode-se estruturar o seguinte diagrama:



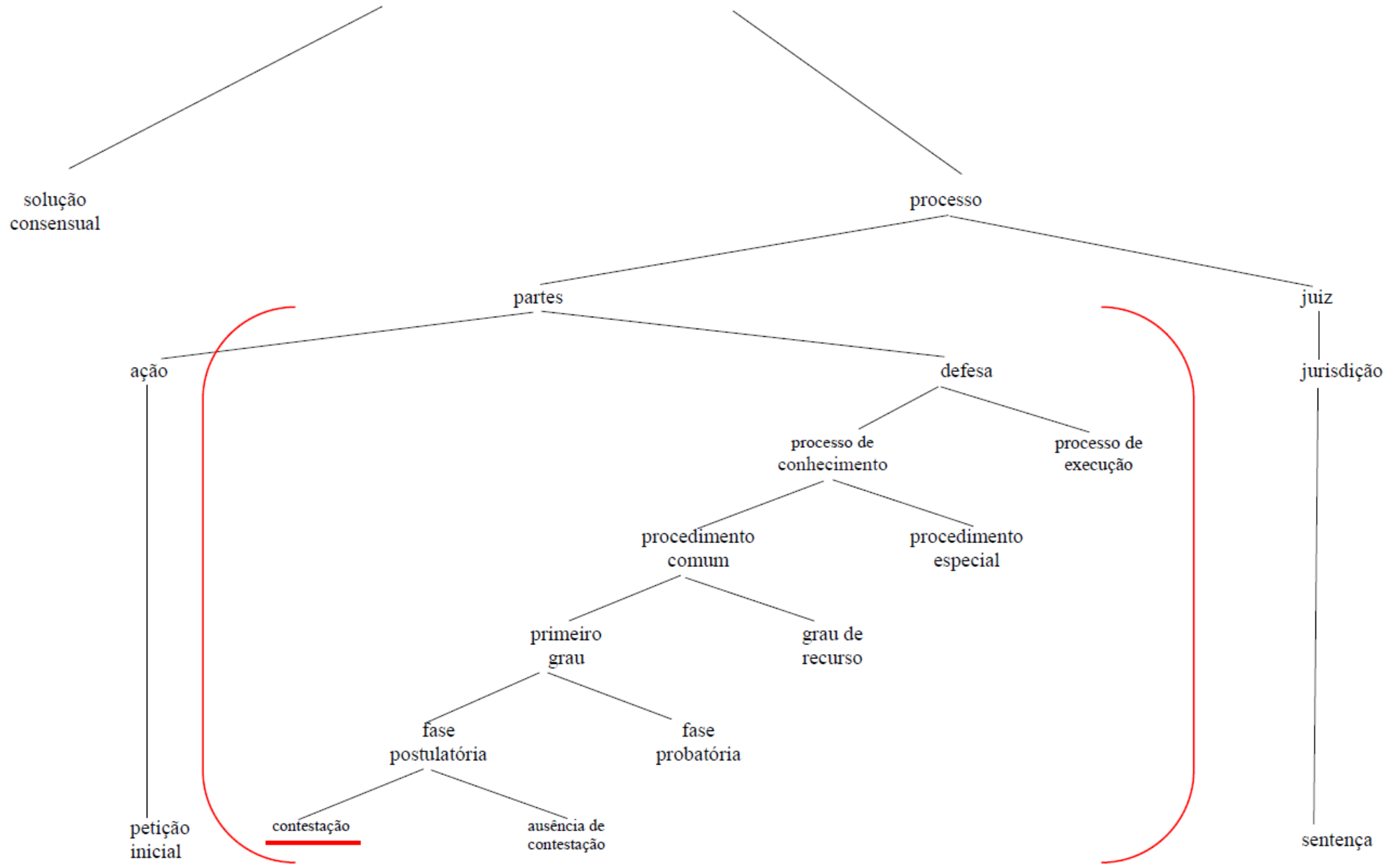
Nesse contexto, o diagrama vira não só uma forma de exposição, mas um apoio fundamental do pensamento, apto que está a tornar visíveis conexões em princípio insuspeitas entre elementos assim articulados em sistema.

Com esse breve aceno a um assunto de ingente complexidade, examine-se, desde logo, a seguinte cadeia diairética, que comentamos na sequência:

¹³ E. SECKEL. *Distinctiones glossatorum*. Graz: Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1956, p. 285.

¹⁴ KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, *op. cit.*, p. 186-213.

¹⁵ GAIUS. *Institutes*. Ed. e Trad. Julien Reinach. Paris: Les Belles Lettres, 2003, II, 2, 3 e 10, p. 38-39.



Como se percebe, esse diagrama, inspirado nas *distinctiones* medievais, apresenta alguns elementos de cadeias diairéticas atinentes ao direito processual, com particular atenção à cadeia que vai descendo a partir do vértice da defesa.

O topo da cadeia foi deliberadamente deixado em aberto, já que o movimento ascendente poderia continuar por diversos graus, e o propósito não é ultrapassar as dificuldades da συναγωγή ou se abrigar na metafísica platônica. Seria naturalmente possível também especificar mais a cadeia no sentido inferior, subdividindo o elemento da contestação.

No entanto, o propósito não é o esgotamento. Note-se, aliás, que os ramos da ação e da jurisdição estão maximamente condensados, pois retivemos apenas o ato principal de cada ramo, a petição inicial relativamente à ação e a sentença relativamente à jurisdição, pela homologia que ostentam relativamente à contestação.

As subdivisões adotadas estão estruturadas de forma bastante rente às divisões do texto legal do CPC/2015 – que é, por sua vez, o resultado positivado de uma longa tradição de elaboração diairética que tendeu a estabilizar as divisões desde, ao menos, o despontar do processo romano-canônico. A seleção das categorias do texto legal como critérios para a construção da cadeia é deliberada, na medida em que favorece a atividade hermenêutica que é foco deste capítulo, nos termos que se passa a explorar.

Conforme dissemos, os diagramas diairéticos têm um relevante papel na apreensão da interrelação entre os elementos de um sistema. No nosso caso, estamos interessados particularmente em saber como determinado elemento – para nós, um componente da contestação, a impugnação especificada – se articula com os demais elementos do sistema e, notadamente, como essa articulação ajuda a entender os predicados sistemáticos que a impugnação especificada carrega e que talvez não sejam evidentes à primeira vista.

Sem nos estender em demasia em uma discussão bastante complexa, pensamos que são fundamentalmente dois os pontos que importam aqui.

O primeiro é que os sucessivos graus de divisão em uma cadeia compartilham os predicados dos graus anteriores à divisão. Assim, se os atos das partes, por exemplo, devem se conformar aos deveres das partes (CPC/2015, art. 77), isso se manifestará em todos os graus seja no ramo da ação, seja no da defesa; se as partes desfrutarem de paridade

de tratamento (CPC/2015, art. 7º), essa injunção se infundirá necessariamente nos homólogos de cada ramo, ação e defesa. Em um grau antecedente – que se aplica tanto aos atos de parte quanto aos atos do juiz – os sujeitos do processo se comportarão de acordo com a boa-fé (CPC/2015, art. 5º), o que, portanto, vale tanto para atos entre os quais tenha de haver paridade de tratamento quanto para aqueles em que não há paridade de tratamento, por haver uma hierarquia ínsita à imperatividade do direito a ser declarado pelo juiz. Veja-se, assim, que é fundamental conceber corretamente os graus da διαίρεσις, porque da correta localização hierárquica dos graus dependerá a determinação de sua submissão a determinadas normas.

Isso é relevante não apenas em abstrato, mas também e sobretudo para fins hermenêuticos. Afinal, se o texto legislativo é muitas vezes lacunar ao se referir a determinado grau da cadeia, as previsões textuais em um grau antecedente ou sucessivo frequentemente se referem não apenas ao predicado particular que constitui a especificidade daquele grau, mas explicitam predicado de um grau antecedente que completa a compreensão daquele grau e, por conseguinte, também dos graus sucessivos da διαίρεσις, de que o grau onde está localizada a previsão textual já se encontra extremado.

Grande parte do trabalho interpretativo que vai do enunciado normativo à norma (cf., *supra*, item 1) consiste assim em distinguir entre graus de generalidade e de particularidade na forma dos enunciados e, com isso, apresentar predicções que correspondam às normas que integram o ordenamento. Assim, e.g., não é só o negócio jurídico que requer, para sua validade, objeto possível, lícito, determinado ou determinável (CC/2002, art. 104, II), mas também o ato jurídico, em um grau mais recuado. Não é só à compra e venda que se aplica a disciplina dos vícios redibitórios, conforme constava nas Ordenações Manuelinas (l. 4, t. 16, §1), nem apenas aos casos em que a coisa transpassasse os senhorios, como já reconheceram, expandindo, as Ordenações Filipinas (l. 4, t. 17, §9), mas a todos os contratos comutativos, como, muito antes da positivação, no CC/1916, art. 1101, apontavam os juristas.

O segundo ponto a reter é que subdivisões em ramos já separados podem produzir bifurcações idênticas em localizações distintas da cadeia, gerando homólogos estruturais distanciados. Assim, por exemplo, no caso do esquema apresentado, a petição inicial, assim como a contestação, é ato da parte na fase postulatória, no primeiro grau, no procedimento comum, no processo de conhecimento, embora esteja no ramo da ação, ao

passo que a contestação está no ramo da defesa. Essas homologias – que, aqui, expressam o fato de que seja ação, seja defesa são graus subsequentes do processo, em que está ínsita a noção de procedimento –, fazem com que, de um ponto de vista hermenêutico, enunciados lacunares possam ser completados não apenas em função daquilo que um grau revela sobre outro por ambos estarem ligados por um grau antecedente da cadeia, mas também porque ramos distintos reproduzem contextualmente subdivisões que tornam graus específicos em cada ramo particularmente elucidativos uns relativamente aos outros. Há, isto é, modularmente, lógicas fractalizadas nas cadeias diairéticas.

Destarte, resumindo os dois pontos destacados em função de nossos propósitos, a interpretação sistemática do dever de impugnação especificada dos fatos consiste em localizar – por meio dos textos normativos – as normas que, diretamente ligadas a outros graus da divisão, indiretamente explicam o grau visado, seja porque o enunciado normativo explicita a um só tempo o predicado específico daquele grau e, parcialmente ou não, predicados de graus antecedentes da cadeia, seja porque o enunciado normativo explicita, em outra cadeia, o mesmo predicado específico do grau visado, como divisão sucessiva homóloga em dois ou mais ramos ou duas ou mais cadeias.

Forte nesses postulados, o capítulo presente procederá, assim, à interpretação sistemática do dever de impugnação especificada dos fatos, apoiando-se no diagrama para localizar aqueles enunciados que, nos termos expostos, são aptos a explicitar o conteúdo desse dever.

Com isso, esperamos trazer maior densidade ao regime geral da impugnação especificada dos fatos que foi delineado no capítulo 3, *supra*, realizando o desiderato dogmático de buscar a máxima determinação possível das normas que compõem o ordenamento.

Assim como fizemos naquele capítulo, aqui também apresentaremos, no início de cada tópico, à direita, o resultado da análise por meio de um enunciado conciso, numerado de acordo com o posicionamento que lhe atribuímos na apresentação hierárquica do regime da impugnação especificada dos fatos que vamos, assim, estruturando. Adotamos aqui as siglas RF (“regime fundamental”, sobretudo em conexão com o item 16, *infra*) e RP (“regime particular”, nos demais casos, já que muitas vezes o que se logra obter aqui são especificações dos enunciados que desenharam o “regime geral”, RG, no capítulo 3).

Como, no entanto, por vezes o resultado da análise é o de confirmar as conclusões já alcançadas no capítulo anterior ou em um item antecedente do atual capítulo, nesses casos, indicamos apenas a sigla que atribuímos àquele enunciado, inserta entre colchetes. Na conclusão do trabalho, esses enunciados serão integrados aos do capítulo antecedente, de modo a permitir uma visão geral da análise dogmática empreendida.

Evidentemente, trata-se de tarefa hermenêutica ingente, que, em seu nível ótimo, importaria no esclarecimento simultâneo de cada contexto específico (e.g., “processo de execução”, “procedimentos especiais”, “recursos”, etc.) e dos elementos de generalidade sistemática que deles se extraem para recompor idealmente a cadeia, fixando, a um só tempo, os enunciados gerais e os específicos. Pela inviabilidade do atingimento desse grau ótimo em trabalho de cunho monográfico, a extração dos enunciados gerais terá de se fazer frente a uma apreensão sumária dos enunciados específicos de cada grau; renunciar de todo à tarefa, contudo, impediria demonstrar a fecundidade do método, que defendemos, e sobretudo bloquearia via essencial de compreensão do dever de impugnação especificada dos fatos.

16. Impugnação especificada e contraditório

RF1. O dever de impugnação especificada dos fatos é um dos deveres cooperativos que emanam do princípio-garantia do contraditório substancial, que, em um marco de processo publicístico, exige, e não faculta – vale dizer, valora positivamente sua ocorrência e negativamente sua não-ocorrência – o diálogo processual.

Embora o trabalho de adensamento do regime normativo da impugnação especificada dos fatos a que se propõe este capítulo esteja fundamentalmente centrado na consideração de uma série de regras específicas que, por meio de inferências de distintas ordens, permitem derivar normas que se aplicam igualmente à impugnação especificada dos fatos, algumas palavras sobre o contraditório são necessárias nesta sede preliminar.

Em um nível elementar, trata o contraditório de possibilitar, de acordo com o binômio informação-reação, a resposta do réu; nesse sentido primeiro, a garantia do

contraditório se liga particularmente à defesa, evitando que se produzam efeitos sobre a esfera jurídica do réu sem que ele possa ter a oportunidade de influir decisivamente para que esses efeitos não se realizem. É a ideia liberal de contraditório.¹⁶ No entanto, se essa impositação do problema explica a faculdade de impugnação especificada, ela não explica a configuração de um dever assim caracterizado.

Ora, uma vez que o processo envolve “a essencial realização contraditória da tutela requerida, no sentido de que a declaração do direito não pode ocorrer senão no confronto de dois sujeitos”,¹⁷ o dever de impugnação especificada não tutela apenas a defesa, mas dialeticamente as posições da ação e da defesa,¹⁸ interessando ainda ao exercício da jurisdição. Isso porque, ainda que a ausência de impugnação especificada não inviabilize a tutela jurisdicional, ela lhe retira qualidade.

O processo é meio de necessária informação para o juiz em um sistema comprometido com a verdade: “o desenvolvimento do processo é essencialmente desenvolvimento do diálogo”, dizia CARNELUTTI.¹⁹ Nos termos de ELIO FAZZALARI, as atividades desenvolvidas em contraditório são “destinadas a fornecer ao juiz... elementos favoráveis e contrários à prolação de determinada sentença.”²⁰ O contraditório, afinal, ensina DINAMARCO, tem uma dupla destinação: “[é] do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.”²¹

¹⁶ Nos termos de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES: “a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório oferecido às partes no binômio *informação-reação*, com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária, sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente *possível*. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da *liberdade* no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se, segundo sua escolha” (C. R. DINAMARCO; B. V. C. LOPES. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, §33, p. 63). ANDREA PROTO PISANI analisa brevemente essa ideologia em matéria de contraditório e aponta alguns de seus limites: A. P. PISANI. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6.ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 193.

¹⁷ S. SATTA. *Diritto Processuale Civile*. 7.ed. Padova: CEDAM, 1967, §81, p. 124. Note-se, no entanto, que SATTA, apesar da premissa, de que comungamos, conclui no sentido da visão liberal do contraditório.

¹⁸ Afinal, “a bilateralidade da ação e do processo se desenvolve como contradição recíproca”, constituindo o “*fundamento lógico* do contraditório.” (A. P. GRINOVER. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 90, grifos da autora.) É por isso que contraditório vem por vezes identificado como bilateralidade da audiência: O. A. BAPTISTA da SILVA. *Curso de Processo Civil*: volume 1, tomo 1. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 51-54. A lição está radicada em: E. BETTI. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 1936, §7, p. 87.

¹⁹ F. CARNELUTTI. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, § 112, p. 184.

²⁰ E. FAZZALARI. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996, §5, p. 83.

²¹ C. R. DINAMARCO. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*: volume 1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-28, aqui § 252, p. 517. Nas palavras de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, “[q]uando se trata do princípio do contraditório, a visualização tende a se fixar nas partes, sem alcançar a figura do Juiz, o que diminui, a

Assim, quando o art. 7º do CPC/2015, *in fine*, determina que compete “ao juiz zelar pelo *efetivo* contraditório”, concretizando o previsto no art. 5º, LV, da CF/1988, ele erige o juiz em promotor de uma contradição substancial entre as partes. De acordo com DINAMARCO, “[h]á casos em que a *reação* se impõe como absolutamente indispensável, falando a doutrina, com relação a eles, na necessidade de um contraditório efetivo.”²² Ora, tratar a impugnação especificada como dever das partes é justamente manifestação dessa tutela do contraditório efetivo pelo juiz. O juiz, afinal, é imparcial, mas não é neutro, agindo ativamente para que o processo atinja seu fim (que não se identifica com seu mero término).²³ O dever de impugnação especificada compatibiliza, assim, de acordo com os vetores axiológicos amparados pelo sistema (cf., *supra*, capítulo 2), as posições dos diferentes sujeitos do processo, não se constituindo em mero escudo do réu: ainda que se dê a ver sobretudo nos atos defensivos, ele está radicado nos escopos do processo. O contraditório é, nesses termos, cooperativo (CPC/2015, art. 6º), e aparece assim em sua dimensão pública.²⁴

Trata-se, mesmo, pensamos, de dar um passo para além do que um setor mais avançado da doutrina vem propondo. O contraditório, bem além do modelo liberal, tampouco se limita ao “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”,²⁵ segundo a visão de que as posições jurídicas que se originam da projeção da garantia do contraditório resultaria em “deveres de informação do juiz e nos direitos de manifestação e consideração para as partes.”²⁶ É necessário entender, contra a visão liberal do processo em geral, e do contraditório em particular, que as partes, em razão da garantia do contraditório, também assumem posições de dever.

nosso ver, o alcance da garantia” (C. A. ALVARO de OLIVEIRA. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 73, p.-7-14, jan.-mar. 1994, aqui p. 7).

²² DINAMARCO, O princípio do contraditório e sua dupla destinação, *op. cit.*, § 255, p. 521.

²³ Imparcialidade equivale a neutralidade subjetiva, vale dizer, independência e equidistância relativamente às partes, sendo a neutralidade *stricto sensu*, ou neutralidade objetiva, relativa às coisas da vida: “não se pode exigir do juiz, enquanto ser humano, *neutralidade* quanto às coisas da vida (*neutralidade objetiva*), pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa” (N. NERY JUNIOR. *Princípios do Processo na Constituição Federal*: processo civil, pena e administrativo. 11.ed. São Paulo: RT, 2013, p. 154).

²⁴ Nos termos de DANIEL MITIDIERO, referindo-se ao modelo que vê concretizado no CPC/2015: “O contraditório recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando *todos os seus participantes*” (D. MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 98, grifos do autor).

²⁵ H. THEODORO JÚNIOR et alii. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93.

²⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 102.

O referido art. 7º do CPC/2015, contendo o mandamento de que o juiz zeze pelo efetivo contraditório, tem seu antecedente mais direto no art. 3.3 do Código português,²⁷ para o qual: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” Esse artigo, por sua vez, está radicado no art. 16 do *Code de procédure civile* francês de 1975: “O juiz deve em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode levar em consideração, em sua decisão, os argumentos, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes se elas não puderam debater sobre eles em contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão nos argumentos jurídicos que ele introduziu de ofício sem antes ter convidado as partes a apresentar suas observações.”²⁸

Vê-se, assim, que o CPC/2015 não introduziu, a despeito de seus modelos, formulação que demonstre claramente que o juiz não apenas rege o contraditório entre as partes, mas também se submete a ele (observar e fazer observar, ou cumprir). No entanto, a consequência se impõe sistematicamente, sobretudo em razão do princípio da cooperação, conforme apontado.

Desse modo, conclui-se que o *dever* de impugnação especificada dos fatos ajuda a estruturar um processo que não é meramente liberal, mas que tutela simultaneamente autor e réu e que viabiliza o exercício da jurisdição, maximizando a contraposição de alegações como mecanismo para permitir ao juízo uma decisão de mérito “justa”, nos termos do art. 6º do CPC/2015, isto é, aderente à realidade das coisas, o que equivale a dizer maximamente referenciada. O contraditório vai assim infundido de um mandamento de cooperação que o ressignifica,²⁹ do qual emanam “deveres cooperativos”³⁰ em que se

²⁷ MÁRCIO CARVALHO FARIA detalha como a legislação e a doutrina portuguesa, no ponto, foi determinante na redação do dispositivo do código brasileiro (M. C. FARIA. *A lealdade processual na prestação jurisdicional*: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: RT, 2017).

²⁸ Já em 1994, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA citava o art. 16 do Código francês como chave passível de iluminar o processo brasileiro. Cf. ALVARO de OLIVEIRA, O juiz e o princípio do contraditório, *op. cit.*, p. 11.

²⁹ Conforme anota DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, “a cooperação só pode ser bem compreendida na perspectiva do contraditório... Com o novo CPC, o processo deve ser cooperativo no sentido de o juiz valer-se efetivamente das atividades praticadas pelas partes ao longo de todo o procedimento para democraticamente, com a colaboração das partes, construir a decisão judicial mais apropriada” (D. G. RIBEIRO. Comentário ao art. 7º. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, artigos 1º a 317 – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109-15, aqui p. 115).

³⁰ D. MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 104. O autor chega a sugerir que “quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz” (IDEM, *Ibidem*, p. 70-71), destacando os deveres de esclarecimento e de auxílio, embora o relacione à “equilibrada participação do juiz e das partes no processo” (IDEM, *Ibidem*, p. 104). Parece-nos assistir razão, no ponto, a FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, para quem se trata de um “dever plurilateral” (F. C. de ARAÚJO. *Curso de Processo Civil*: tomo I – parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 181), a compreensão de que não caberia esse (ou outro) dever às partes sendo decorrência das confusões geradas pela noção de ônus: “Este princípio

pode enquadrar o *dever* de impugnação especificada. Essa diretriz vai assinalada no art. 357, §3º do CPC/2015, quando, relativamente à audiência de saneamento, em que o feito será saneado “em cooperação com as partes”, o magistrado “convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” – vale dizer, as alegações são colaborativamente polidas para alcançar o máximo potencial nelas contido.³¹ Nos termos de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, “[o] diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo.”³² O contraditório é “participativo.”³³

Feitas essas breves considerações preliminares, passamos a atacar o trabalho analítico específico deste capítulo.

17. Impugnação especificada e fase postulatória

17.1. A demanda

Conforme anunciado (cf., *supra*, item 15), há notável homologia entre atos do autor e do réu no processo. É assim que, por exemplo, uma série de predicados que se aplicam à petição inicial também se aplicam à contestação, pois, nos dois casos, condensam-se as principais alegações das partes, norteadas por um conjunto de exigências comuns (cf., *infra*, 17.1.1 e 17.2.1).

Neste item, examinaremos, com a brevidade que se impõe, dois tópicos que, no âmbito dessa impostação, permitem fazer avançar a hermenêutica do dever de impugnação especificada dos fatos: primeiramente, as exigências relativas ao pedido na petição inicial, dedicando especial atenção à atitude do réu diante de um atendimento imperfeito dessas exigências; em seguida, a estabilização da demanda, cuja disciplina impõe toda uma coordenação entre atos do autor e atos do réu que é particularmente esclarecedora.

17.1.1. O pedido: CPC/2015, arts. 322; 324; 330

[da cooperação] ainda não está completamente assimilado junto ao sistema jurídico, pois na seara processual a noção de cooperação ainda é prejudicada pela *teoria do ônus*” (IDEM, *Ibidem*, p. 180-81, grifos do autor).

³¹ A escolha do verbo (“convidará”) causa certa perplexidade. Cf., *infra*, neste item.

³² ALVARO de OLIVEIRA, O juiz e o princípio do contraditório, *op. cit.*, p. 12.

³³ FARIA, *A lealdade processual na prestação jurisdicional*, *op. cit.*, p. 220.

RP2.1. A impugnação especificada, no caso dos fatos jurídicos que pertencem à esfera perceptiva do réu, deve ser determinada quando essa determinação não tem razão de escusa, no que se inclui a indicação precisa daqueles elementos necessários à individuação dos referentes, como coordenadas de tempo, espaço, quantidade e qualidades essenciais (ineficácia das respostas evasivas).

RP2.1.1. Não se desincumbe do dever de impugnação especificada o réu alegando falta de clareza das alegações do autor, mesmo o fazendo especificadamente; no entanto, não se poderá exigir do réu maior grau de especificidade do que aquele que se encontra nas alegações que integram a petição inicial, devendo-se ter por especificada impugnação que tenha o mesmo grau de clareza e determinação que a petição inicial.

O caráter dialógico do processo resulta em que o encadeamento de um ato no outro – segundo o programa prévio que constitui o procedimento – comunica, ao longo da cadeia de atos processuais, uma série de qualidades, razão pela qual, por exemplo, é a figura do fato tal qual perspectivada pelo autor que delimita as lindes sobre a qual incidirá a impugnação especificada dos fatos (cf., *supra*, item 11.1)

Entre essas qualidades, contam-se também deficiências variadas, de modo que uma petição inicial mal conformada impacta negativamente a posição do réu ao cumprir o ato que dele é esperado na sequência, vale dizer, a contestação, com todos os predicados que dela se exigem. Conforme JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI:

quanto mais preciso for o pedido, tanto melhor para a elaboração dos argumentos da contestação! (...) não é raro, na prática, o réu se deparar com pleitos que ensejam enorme perplexidade, dificultando a compreensão da pretensão deduzida e conseqüentemente a elaboração da defesa a ser ofertada.³⁴

³⁴ J. R. CRUZ e TUCCI. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 7, arts. 318 a 368. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por José Roberto F. GOUVÊA; Luís Guilherme A. BONDIOLI e João Francisco N. da FONSECA).

Com efeito, o dever de impugnação especificada dos fatos incide sobre as proposições do autor que digam respeito a fatos jurídicos (cf., *supra*, item 11.1), e o diálogo processual, em seu grau ótimo, realiza o postulado da referencialidade de forma perfeita, vale dizer, as proposições enunciadas remetem diretamente ao referente do mundo cujas predicções devem ser validadas como verdadeiras ou invalidadas como falsas pelo réu. Embora os requisitos legais de certeza e de determinação qualifiquem o pedido (CPC/2015, arts. 322 e 324), como os pedidos devem decorrer logicamente da narração dos fatos (CPC/2015, art. 330, § 1º, III), é necessário que a narrativa dos fatos seja conducente à certeza e a à determinação do pedido, o que importa dizer que ela deve ser clara.³⁵

Os qualificativos “certo”, especialmente, mas também “determinado”, é verdade, produzem dúvidas relevantes. Já PONTES DE MIRANDA o notava: “[a]s expressões ‘certo ou determinado’, ‘incerto e indeterminado’ são empregadas nas nossas leis em tão diferentes acepções que melhor é ter-se o método de substituir a palavra ‘certo’, em alguns casos, por algum outro sinônimo exato”.³⁶ O requisito da certeza é, de todo modo, compreendido por CALMON DE PASSOS como manifestação de clareza no que tange à caracterização do pedido,³⁷ formulação que nos parece correta (cf. escorço histórico, neste item, *infra*). Há, assim, entre os requisitos da petição inicial e o requisito de que a contestação impugne especificadamente os enunciados fáticos do autor, um mínimo denominador comum, mais abrangente, de clareza. Identifica-se, assim, predicado comum essencial aos atos dos dois ramos da cadeia diairética.

³⁵ É o que PEDRO BATISTA MARTINS deixa sobejamente claro ao comentar o art. 160 do CPC/1939 (“A petição inicial será indeferida, se manifestamente inepta ou quando a parte for ilegítima”): “Inepta é a petição inicial quando a sua conclusão não decorra natural e logicamente da narração dos fatos. O pedido e a sua causa, isto é, o pedido e o fundamento da ação devem ser redigidos com a máxima clareza, afim de que nenhuma dúvida possa pairar sobre eles. Se pela leitura da petição inicial, o juiz não puder conhecer com rigorosa exatidão o pedido, impossível lhe será sentenciar na ação. Por outro lado, se não for possível identificar a *causa petendi*, ou melhor, se ao réu não for possível inteirar-se convenientemente do fundamento do pedido, absurdo será que se pretenda obrigá-lo a confessar ou a contestar a ação que não conhece. Não é só, porém, nos casos em que a *narratio* e a *conclusio* são obscuras e ininteligíveis que a petição inicial é inepta. Ela o é também quando inconcludente, isto é, quando entre o pedido e os seus fundamentos há manifesta contradição” (P. B. MARTINS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, artigos 133 a 215. Rio de Janeiro: Forense, 1941, §88, p. 139).

³⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 4, artigos 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 34.

³⁷ “Pedido certo é o que deixa claro e fora de dúvida o que se pretende, quer no tocante à sua qualidade, quer no referente à sua extensão e qualidade” (J. J. CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 270 a 331. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 203).

A relação entre o requisito de certeza do pedido, na petição inicial, e o requisito, como estamos propondo aqui, de que a petição inicial, tal qual a contestação, narre os fatos com clareza, fica evidenciada por um breve esboço histórico. Vejamos, brevemente, em período histórico especialmente relevante para a conformação de nosso direito legislado, a sorte de dois róis de requisitos, dos quais um distingue clareza e certeza, e o outro não.

Já MELLO FREIRE listara diversos requisitos para o libelo, que deveria ser breve, claro, apto, certo, simples e bem ordenado. Claro, “de maneira que facilmente se conheça o facto e a intenção do author”;³⁸ certo, “para que o réo saiba o quê, e quanto se pede delle.”³⁹ Os requisitos servem, assim, à intelecção do réu, embora a clareza pareça se referir sobretudo à narração dos fatos, e a certeza, ao pedido. Essa listagem foi retomada por SOUZA PINTO, que explicou, primeiramente, a clareza, afirmando que, com ela, evita-se “o mais possível os vícios da obscuridade, ou ambiguidade,”⁴⁰ e depois a certeza, pelo que “se entende que elle seja concebido por fôrma que o réo entenda bem o que, e o *quantum* delle se reclama.”⁴¹ Veja-se que, nessas formulações, a ideia de pedido determinado (aquele que “visa a um bem jurídico perfeitamente caracterizado”, na dicção mais recente de CALMON DE PASSOS)⁴² está incluída no requisito certeza (aquilo que se pede).

De outra banda, PEREIRA E SOUSA, discorrendo sobre o libelo, entendia que “a narração do facto deve ser I, breve; II, clara; III, verdadeira; IV, e pertencente á intenção do Autor.”⁴³ Sobre o requisito da clareza, especificamente, comenta o autor: “[p]ara se evitar a escuridade deve-se especificar a cousa pedida no libello com todas as suas circumstancias e qualidades, declarando-se na acção real os nomes, sitios, e confins das cousas que fazem objecto della... e na acção pessoal a sua quantidade, qualidade, número, &c... Nas acções universaes, ou geraes não é necessario individuar cada uma das cousas que ellas comprehendem”.⁴⁴ Veja-se, aqui, precisamente que a clareza absorve a certeza (“especificar a cousa... com todas as suas circumstancias e qualidades...”, com toda a exemplificação que se segue). Mais que isso, a formulação de PEREIRA E SOUSA, sobre cuja influência no direito brasileiro já insistimos (cf., *supra*, itens 8.2 e 9.1), deixou rastro no nosso direito legislado. Veja-se:

PEREIRA E SOUSA	CPC/2015
<i>Nas acções universaes, ou geraes não é necessario individuar cada</i>	Art. 324, § 1º, I: O pedido deve ser determinado.

³⁸ P. J. de MELLO FREIRE. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular*: livro quarto, das obrigações e acções [contém os títulos VI a seguintes, correspondentes às “acções”]. Trad. Jozé Nicolau Regueira Costa. Pernambuco: Typ. Fidedigna de J. N. de Mello, s/d., p. 83.

³⁹ IDEM, *Ibidem*.

⁴⁰ J. M. F. de SOUZA PINTO. de. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*: tomo 2. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, §567, p. 7.

⁴¹ IDEM, *Ibidem*, §576, p. 10.

⁴² CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, 9.ed., *op. cit.*, p. 203.

⁴³ J. J. C. PEREIRA e SOUSA. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*: tomo I. Lisboa: Na Offic. de Joaquim Rodrigues d’Andrade, 1813, § 110, p. 75.

⁴⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 75-76, n. 258.

<p>uma das cousas que ellas comprehendem.</p>	<p>§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas acções universais, se o autor não puder <i>individuar</i> os bens demandados (...);</p>
---	--

MORAES CARVALHO foi ainda mais enxuto, resumindo tudo no requisito da clareza: “[a] materia de facto deve ser desenvolvida com toda a clareza: se se demanda uma herdade ou casa, deve-se declarar o lugar certo onde está, as suas demarcações e confrontações; se se demandarem moveis ou semoventes, devem declarar-se os signaes, a quantidade e qualidade.”⁴⁵

Foi sob o imperativo da simplificação – também legislativa – que o Regulamento 737 parece, pela primeira vez, ter introduzido a ideia de determinação, dispondo, em seu art. 66, § 3º, que “[a] acção ordinaria será iniciada por huma simples petição que deve conter: (...) §3º O pedido com todas as especificações e estimativa do valor quando não for determinado.” A noção se consagrou no CPC/1939, ao parear certeza com determinação, no *caput* do art. 153: “[o] pedido deverá ser certo ou determinado...” A redação foi repetida no art. 286 do CPC/1973, e o CPC/2015, não fazendo mais que ceder às críticas à conjunção alternativa “ou”, separou o enunciado nos arts. 322 e 324. O Código português de 1939, no entanto, preferiu ficar com a tradição, e, no seu art. 480º, determinava que, na petição inicial, o autor deve “4º: expor, com a maior clareza e concisão, os factos e as razões de direito sobre que se assentam as conclusões; 5º formular o pedido com toda a precisão.” Toda adjetivação desse tipo foi eliminada com o advento do Código de 1961 (art. 467º).

Parece mesmo que a diretriz geral é a de que os enunciados da petição inicial devem ser *claros* – vale dizer, translúcidos aos referentes aludidos –, o que necessariamente produzirá a formulação de um pedido especificado (certo, determinado...), já que os atributos do pedido serão comunicados pelas razões que fundamentam a pretensão.

Diante desse mandamento geral de clareza dos atos postulatórios (e, naturalmente, também dos decisórios, cf., *infra*, item 19), que se comunica seja à petição inicial, seja à contestação, os casos particulares dos arts. 322 e 324, que buscam concretizar as ideias de certeza e clareza, apontando situações específicas, devem ser tomados por critérios hermenêuticos na avaliação do que é ou não uma impugnação especificada. Veja-se, por exemplo, que a impossibilidade de um pedido genérico, salvo os casos ressalvados no §

⁴⁵ A. A. de M. CARVALHO. *Praxe Forense ou Directorio Practico do Processo Civil Brasileiro*: tomo 1, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, §229, p. 119.

1º do art. 324, tem seu correlato, no âmbito da contestação, na necessidade de que o réu, em diversos casos, especifique o valor devido quando não o impugna na totalidade, situação que já examinamos em mais de uma oportunidade (cf., por exemplo, *infra*, itens 21, 22.2, 22.7, etc.).

Mas o conjunto de dispositivos relativos ao pedido permitem avançar ainda além. Quando o art. 330, §1º, II, do CPC/2015, indica como espécie de inépcia da inicial a formulação de pedido indeterminado, a despeito da oposição que esse dispositivo, bem como o próprio art. 324, estabelece entre pedido determinado e pedido genérico, levanta-se o problema, mais geral, que encampa aquele, dos enunciados obscuros, já que a generalidade é uma forma de obscuridade. Com isso, levanta-se, por decorrência, o problema, ainda mais geral, das atividades hermenêuticas que se podem processar no curso do processo com vistas ao esclarecimento, ou aclaração, do conteúdo dos atos postulatórios.

Ao contrário do CPC/1973, o CPC/2015 inseriu uma cláusula de interpretação do pedido – que, sem dúvida, vale, mais amplamente, como cláusula de interpretação dos atos postulatórios –, no art. 322, § 2º, desdobrando-se em dois pontos: a tomada em consideração do conjunto da postulação e a observação do princípio da boa-fé. Com relação ao primeiro ponto, ele é textualmente homólogo à formulação do art. 341, III (“a defesa, considerada em seu conjunto”), já por nós investigada (cf., *supra*, item 13), que atine à atividade hermenêutica pela qual o juiz avalia o cumprimento do dever de impugnação especificada, levando em consideração a relação de prejudicialidade entre os enunciados. Aplica-se, por evidente, a mesma técnica à petição inicial.

Com relação ao segundo ponto, trata-se, como é notório, de conceito jurídico complexo. É de extremar, liminarmente, a compreensão de que cuidaria de ressurgimento, no diploma processual, da, hoje restrita, boa-fé subjetiva, tendo em vista que a perquirição da psique da parte é fator de insegurança que não orienta os sujeitos do processo. Por isso, não aderimos à interpretação proposta por DINAMARCO, que, lendo esse dispositivo, entende que “[o] que importa acima de tudo é a *fidelidade às intenções do demandante...*”⁴⁶ A boa-fé visada pelo dispositivo é a objetiva, conceito que, a cada ponto, precisa ser concretizado, mas sempre “*relacionalmente* aos dados do contexto no qual

⁴⁶ C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, §1129, p. 329, grifos do autor.

incidente a normatividade da boa-fé, inclusive aos dados decorrentes do fenômeno da pré-compreensão, sempre culturalmente orientada.”⁴⁷

Interpretar os enunciados de autor e réu a que falte clareza “observando o princípio da boa-fé” equivale, assim, a confrontar a expressão das proposições com *standards* linguísticos (cf., *supra*, item 12) que precisam de uma reconstrução a cada ponto e cujo minudenciamento dogmático mereceria um trabalho à parte. O que nos importa, por ora, é indicar que o próprio CPC/2015, no art. 330, § 1º, ao desdobrar hipóteses em que a petição inicial será considerada inepta, trata de casos particularmente graves, que ensejam o indeferimento da inicial. É possível, em face disso, que, em linha de princípio, a falta de clareza deva ser subsumida na expressão “defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito”, nos termos do art. 321, conduzindo à determinação, no despacho liminar, de que a petição inicial seja emendada ou completada.⁴⁸

No direito português anterior à reforma do Código de Processo Civil de 1961, na década de 1990, a distinção era tratada com nitidez, já que a inépcia levava ao indeferimento liminar (art. 474º),⁴⁹ e a irregularidade ou deficiência da petição levava a que o juiz determinasse que fosse completada ou corrigida (art. 477º),⁵⁰ em formulação que serviu de inspiração ao antigo art. 284 do CPC/1973⁵¹ (correspondente ao atual art.

⁴⁷ J. MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42, grifos da autora.

⁴⁸ É a compreensão de FREDERICO MARQUES, para quem, sob o CPC/1973: “[q]uando incompleta, *pouco clara*, ou sem os documentos exigidos em lei para instruí-la, a inicial não será desde logo indeferida, pois o juiz determinará que ‘o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez dias’. Descumprido esse ônus, ocorrerá o indeferimento da petição (Cód. Proc. Civ., art. 284 e parágrafo único)” (FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, §349, p. 42).

⁴⁹ “Art. 474º (Casos de indeferimento liminar). 1. A petição deve ser liminarmente indeferida: a) Quando se reconheça que é inepta; b) Quando seja manifesta a incompetência absoluta do tribunal, a falta de personalidade ou de capacidade judiciária do autor ou do réu, ou a sua ilegitimidade; c) Quando seja evidente que a acção foi proposta fora de tempo ou que, por outro motivo, a pretensão do autor não pode proceder. 2. Não é admissível o indeferimento liminar parcial da petição, a não ser que dele resulte exclusão de algum dos réus. 3. Se a forma de processo escolhida pelo autor não corresponder à natureza ou ao valor da acção, mandar-se-á seguir a forma adequada; mas quando não possa ser utilizada para essa forma, a petição é indeferida.”

⁵⁰ “Art. 477º. (Petição irregular ou deficiente) 1. Quando não ocorra nenhum dos casos previstos no nº 1 do artigo 474º, mas a petição não possa ser recebida por falta de requisitos legais ou por não vir acompanhada de determinados documentos, ou quando apresente irregularidades ou deficiências que sejam susceptíveis de comprometer o êxito da acção, pode ser convidado o autor a completá-la ou a corrigi-la, marcando-se prazo para a apresentação de nova petição. 2. Sendo a nova petição apresentada dentro do prazo marcado, aplicar-se-á o disposto no nº 2 do artigo anterior; igual regime é aplicável ao caso de a petição ser recusada pelo juiz que presida à distribuição, desde que o autor apresente outra que seja admitida na primeira distribuição seguinte.”

⁵¹ “Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.”

321). Nesse regime, a inépcia é tomada em sentido próprio, vale dizer, como “falta de aptidão da petição inicial para, formado o processo, basear o seu prosseguimento válido e eficaz, chamado o réu e propiciando o julgamento do mérito.”⁵² Nele também, são tidos por exemplos conducentes à correção ou integração casos em que “a petição era confusa, desordenada, incongruente, mas dava a conhecer qual o pedido e a causa de pedir”,⁵³ vale dizer, casos de falta de clareza.

Assim, há um vício grave (inépcia), tido por insanável (impossibilita o prosseguimento do processo), que leva ao indeferimento da petição inicial e à terminação do processo; há outro vício, menos grave (falta de clareza), tido por sanável (suscetível de comprometer o prosseguimento do processo), que leva à necessidade de emenda ou integração da petição. No entanto, a reforma do Código português, no que foi seguida pelo diploma de 2013, eliminou essas previsões, junto com o despacho liminar, chamado “despacho de aperfeiçoamento”, vindo o juiz, em regra, a examinar os atos postulatórios apenas quando já tenham chegado ao processo os articulados do autor e do réu, no despacho pré-saneador do art. 590.2. Nesse caso, o réu contesta petição inicial que poderia ter sido considerada obscura caso o juiz a tivesse examinado. O sistema se tornou, em princípio, menos preclusivo.⁵⁴

Mesmo no sistema brasileiro, no entanto, em que, em princípio, o juiz teria avaliado a petição inicial e, portanto, formado um juízo sobre a sua obscuridade à luz da boa-fé objetiva – e mais ainda em Portugal, em que esse juízo não se teria em princípio exercido e, logo, a petição obscura chegaria tal e qual às mãos do réu – pode ocorrer que, à luz da posição do réu como sujeito cognoscente (cf., *supra*, itens 12.1 e 12.2), a petição inicial não se apresente com clareza suficiente para que ele possa cumprir com o dever de impugnação especificada dos fatos.

⁵² A. de ASSIS. *Processo Civil Brasileiro*: volume 2, tomo 2, parte geral, institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015, p. 725.

⁵³ A. S. A. GERALDES. *Temas da Reforma do Processo Civil*: volume 1. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 275

⁵⁴ ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, no entanto, em alentado estudo sobre a reforma do processo português, entendia que, apesar de desformalizado o despacho liminar, não ficava excluída a possibilidade de o juiz atuar pela correção dos vícios que já pudesse identificar: “concluimos que, nos casos em que haja apresentação do processo ao juiz para proferir a decisão liminar [nos termos do atual art. 590.1], nada obsta à prolação de um despacho tendente a regularizar imediatamente a instância quando isso seja benéfico para a celeridade e eficácia processual, sem prejuízo de eventual e futura intervenção na fase demarcada do pré-saneador” (GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*: volume 1, *op. cit.*, p. 279).

Pense-se, trivialmente, no caso de o autor ter afirmado que celebrou compra-e-venda de bem fungível do autor no mês tal, enunciado julgado claro pelo juiz, mas que o réu, por saber ter celebrado compras-e-vendas dessa natureza com o autor em todos os dias úteis do mês, não julga o enunciado claro o suficiente para extremar (determinar) a qual compra-e-venda deve se reportar em sua contestação. Como não é caso de inépcia em sentido próprio, que o réu poderia alegar como defesa processual (CPC/2015, art. 337, IV), mas mesmo assim é vício que pode comprometer o cumprimento de um dever processual seu, qual caminho se lhe abre?

PONTES DE MIRANDA, comentando o CPC/1973, cunhando a expressão *exceptio petitionis obscurae* (exceção de petição obscura), sob o calque da *exceptio petitionis ineptae* (exceção de petição inepta), conhecida no direito comum, alude a providência que comentadores das Ordenações adotaram em meio ao forte intercâmbio havido com a doutrina dos demais países da Europa. Segundo PONTES:

Ao réu é dado pedir ao juiz que mande o autor declarar (= aclarar) a petição, em qualquer ponto que seja obscuro, ambíguo ou equívoco (...); mas há de mostrar os pontos obscuros, ambíguos ou equívocos, e não basta opor, em geral, que há pontos obscuros, ambíguos ou equívocos. A qualquer ponto pode ser oposta essa *exceção de pedido obscuro*.⁵⁵

Veja-se que, nessa formulação, há uma necessidade de especificação – de modo que o preceito se harmoniza com o requisito de especificidade que é o da contestação, já que não seria admissível a invocação genérica de obscuridade. MANUEL GONÇALVES DA SILVA, referido por PONTES, tratou do tema, em seus comentários às Ordenações Filipinas, l. 3, t. 20, § 5.⁵⁶ Seus comentários são, no entanto, cópia literal do texto, já então clássico, do italiano BLASIO ALTIMARO (1630-1713):

<p><i>192. Libellus si sit obscurus, potest pars petere declarationem illius, & libellans debet declarare, Muscatell. in praxi p.1. gl. libellus, & glos. declarare, & p. 3. gl. obscuris.</i></p>	<p>192. Se o libelo for obscuro, a parte pode requerer a sua aclaração, e o libelante deve aclarar, <i>Muscatell. in praxi p.1. gl. libellus, & glos. declarare, & p. 3. gl. obscuris.</i></p>
--	--

⁵⁵ PONTES de MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 4, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁶ E. G. da SYLVA. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*: tomus primus. Lisboa: Ex Typographia Augustiniana, 1731, l. 3, t. 20, §5, 38-40, p. 70.

<p>193. <i>Verum pars petens declarationem, debet opponere specialiter de obscuritate, & declarare partes, in quibus est obscurus, & non sufficit generaliter dicere: oppono de obscuritate libelli, Capoll. cautel. 106. Affl. in constitut. dilationes n. 37 & 38 ubi ponit aliqua exempla de praedictis; utpote si quis egerit interdicto retinendae possessionis, dicendo se turbatum, opponitur, quod libellus est generalis, quia non exprimit modum turbandi, tunc actor tenetur declarare modum turbationis. Bal. in l. ordinarii col. 7. vers. item quaero C. de rei vendic. Alex. cons. 71. lib 3.</i>⁵⁷</p>	<p>193. Com efeito, a parte que requer a aclaração deve impugnar especificadamente a obscuridade e indicar as partes em que o libelo é obscuro, e não basta dizer genericamente: “impugno a obscuridade do libelo.” <i>Capoll. cautel. 106. Affl. in constitut. dilationes n. 37 & 38</i>, onde apresenta alguns exemplos do que foi dito, como, por exemplo, se alguém ajuizar um interdito de manutenção da posse, dizendo ter sido turbado, impugna-se, pois o libelo é genérico, pois não exprime o modo da turbação, e então o autor é obrigado a aclarar o modo da turbação. <i>Bal. in l. ordinarii col. 7. vers. item quaero C. de rei vendic. Alex. cons. 71. lib 3.</i></p>
---	---

Como se vê, a obscuridade aqui abarca a especificação da narrativa fática – não se determinou a forma da turbação. A lição de CIPOLLA ecoou, em solo português, já na *Practica Lusitana*, de MANUEL MENDES DE CASTRO, datada de 1619.⁵⁸ Uma das fontes indicadas pelo próprio BLASIO no trecho acima transcrito permite, no entanto, um esclarecimento ulterior. BARTOLOMEO CIPOLLA (c. 1420-1475), em suas *Cautelae iuris*, mais especificamente na *cautela* (“conselho”) 106, recomendou o seguinte:

<p><i>Quando libellus est obscurus, incertus, uel generalis in aliqua parte et reus uult opponere exceptionem non debet opponere sicut communiter sit dicendo quod libellus est incertus, dubius, varius,</i></p>	<p>Quando o libelo é obscuro, incerto ou genérico em alguma parte, e o réu quer opor exceção, não a deve opor como em geral, dizendo que o libelo é incerto, dúbio, vário, obscuro. Pois a exceção</p>
---	--

⁵⁷ B. ALTIMARIO. *Tractatus de nullitatibus*: tomo 1. Köln: Wilhelm Metternich, 1720, p. 2, r. 13, §192-93, p. 709.

⁵⁸ E. M. de CASTRO. *Practica Lusitana*. Lisboa: Apud Georgium Rodericum, 1619, p. 1, l. 2, c. 6, p. 33, com texto quase idêntico ao de BLASIO.

obscurus. Quia exceptio generalis et dubia nihil releuat nisi opponatur a parte, ut l. si C. de annali except. et ibi not. Et ideo sit cautus reus quoniam uult quod non procedatur super eodem libello actoris opponat exceptionem in specie in quo loco et in qua parte obscurus et incertus: et si opponit in genere actor debet esse cautus ut replicet: quia exceptio rei est uaria, dubia et incerta: et petit declarari in quo loco libellus suus non procedit: ut dixi plene in libello meo de contractibus simul et facit quod dicam in seq.⁵⁹

geral e dúbia não tem efeito a não ser que seja oposta relativamente a um ponto, como *l. si C. de annali except. et ibi not.* E, igualmente, tome cuidado o réu porque, se quer que não se prossiga com aquele libelo do autor, oponha a exceção de forma especificada, dizendo em que lugar e em que parte ele é obscuro e incerto: e se ele se opõe de forma genérica, o autor deve ter cuidado para replicar: pois a exceção do réu é vária, dúbia e incerta: e pede para aclarar em que lugar seu libelo não procede: como eu o disse plenamente no meu pequeno livro sobre os contratos, faça também o que eu direi na sequência.

Evidencia-se, assim, que a lição de CIPOLLA sofreu uma adaptação em sua recepção por BLASIO e, depois, na interpretação das Ordenações. Afinal, se, para CIPOLLA, tratava-se de estratégia para levar ao fim do processo – logo, de equivalente da *exceptio petitionis ineptae* –, para BLASIO, como para MANUEL GONÇALVES DA SILVA, tratava-se de forma de efetivamente proceder ao esclarecimento da postulação do autor, de modo a que o réu pudesse ter clareza, não para terminar, mas para continuar o processo.

Essas considerações levantam a seguinte pergunta: se o réu recebe petição que, tendo ou não sido objeto de emenda ou integração, nos termos do art. 321 do CPC/2015, parece-lhe obscura, pode ele, em vez de alegar desconhecimento (fatos que não fazem parte de sua esfera de percepção) ou apresentar contranarrativa fática (fatos que fazem parte de sua esfera perceptiva), conforme configuração habitual do conteúdo do dever de impugnação especificada dos fatos (cf., *supra*, item 12.1), alegar obscuridade, apontando exatamente onde ela se encontra na inicial, e requerer que seja esclarecida? Ademais, caso se admita essa conduta, constituiria ela exceção, como concebida por PONTES DE MIRANDA a partir de fontes como as expostas?

⁵⁹ B. CEPOLLA. *Cautele Bartho. Cepol.* Lyon: Crespinus, 1535, c. 106, f. 33r-33v.

Começamos pelo segundo questionamento. Em termos tradicionais, a *exceptio petitionis obscurae* seria uma exceção dilatória, isto é, que visa a “dilatar tão somente as demandas..., adiar o exercício do direito do autor por não haver este satisfeito certas condições da lei,”⁶⁰ e se, como reconhecia, em 1880, LYDIO MARIANNO D’ALBUQUERQUE, “[a] lei, em certos casos, no intuito de abreviarem-se as demandas, pôde estabelecer que as exceções sejam apresentadas, discutidas e providas conjuntamente com a contestação,”⁶¹ é de reconhecer que o regime geral da defesa, no CPC/2015, é o da concentração das defesas. Nos termos de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, o CPC/2015 “eliminou as exceções e os incidentes de defesa,”⁶² isto é, eliminou certas matérias de defesa (a noção de “exceção” não permaneceu sempre a mesma)⁶³ como ato processual apartado,⁶⁴ prosseguindo caminho que já vinha sendo trilhado pelo direito processual brasileiro desde ao menos o Regulamento 737.⁶⁵ Assim, caso se aceite o cumprimento do dever de impugnação especificada dos fatos por meio da indicação de falta de clareza de determinadas alegações da petição inicial, tratar-se-ia de defesa veiculada na contestação.

Quanto ao primeiro questionamento, ele se nos afigura como extremamente complexo. De um lado, não é razoável pretender que o réu possa efetivamente responder, de modo especificado, a alegações que não são suficientemente claras para ensejar um posicionamento fundamentado. De outro lado, sendo a clareza um requisito que contém gradações e como, em princípio, se a petição inicial chegou ao réu, é porque o juiz, tendo dela realizado um juízo liminar, julgou-a, sem emenda ou integração, ou com elas, *suficientemente* clara, há uma presunção de clareza que desafia o réu, nesse ponto. A situação é distinta no processo português, em que não há mais, via de regra, apreciação do conteúdo da inicial pelo juiz antes da resposta do réu.

⁶⁰ L. M. D’ALBUQUERQUE. *Tratado das Exceções*. Pernambuco: Typographia Central, 1880, §6, p. 22.

⁶¹ IDEM, *Ibidem*.

⁶² L. G. MARINONI; S. C. ARENHART; D. MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*: volume 2, tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015, p. 177.

⁶³ Cf., sobre o ponto, A. de MENDONÇA LIMA. A nova sistemática das exceções. In: _____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 43-76.

⁶⁴ Aqui, exceção aparece no sentido de “defesas que se fazem mediante incidentes regidos por um procedimento bem delineado em lei, como são [sob o CPC/1973] as exceções de incompetência relativa, suspeição ou impedimento – as quais são, por isso designadas *exceções rituais*” (C. R. DINAMARCO. *Vocabulário do Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 143, grifos do autor).

⁶⁵ “Art. 74. Nas causas commerciaes só tem lugar as seguintes exceções: § 1º De incompetencia e suspeição do Juiz; § 2º De illegitimidade das partes; § 3º De litispendencia; § 4º De cousa julgada.”

“Art. 75. As outras exceções ou dilatorias ou peremptorias constituem materia de defesa, e serão allegadas na contestação.”

Nesse sentido, parece forçoso concluir que não se desincumbe o réu do dever de impugnação especificada dos fatos alegando falta de clareza, mesmo o fazendo especificadamente, isto é, apontando precisamente alegação da inicial. Evidentemente, no entanto, a contranarrativa fática que do réu se pode esperar – já que a alegação de desconhecimento não levanta dificuldade no ponto – deverá ser avaliada com o mesmo critério com que foi apreciada a petição inicial: se aquela foi julgada clara, contestação compatível com aquele nível de clareza (ou de falta dela), terá cumprido o dever de impugnação especificada dos fatos. Não subsiste, destarte, no direito brasileiro a *exceptio petitionis obscurae*, ainda que se possam vislumbrar vantagens em um sistema que permitisse uma ampliação do diálogo com vistas ao esclarecimento das alegações já na fase postulatória. Mas, para tanto, seria necessário desobstruir preclusões nos atos postulatórios. Parece que a opção do CPC/2015 é a de privilegiar, em casos como esses, o saneamento em audiência (CPC/2015, art. 357, § 3º, cf., *infra*, item 17.1.2). Nada impede o réu de manifestar a dificuldade que a falta de clareza lhe impôs e, na sequência sugerir a designação de audiência de saneamento para melhorar a qualidade do diálogo processual.

17.1.2. Estabilização da demanda: CPC/2015, arts. 329; 357, §§ 2º e 3º

RP1.3.3. Se há, dentro dos limites autorizados pelo ordenamento, alteração objetiva da demanda, incidirá, para o réu, dever de impugnação especificada dos fatos, com prazo de manifestação não inferior ao da contestação, a partir do momento da alteração.

O art. 329 do CPC/2015 traça as linhas mestras do regime de estabilização objetiva da demanda no processo civil brasileiro⁶⁶, e o art. 357, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, de forma inovadora relativamente ao diploma precedente, especifica hipóteses de estabilização, dentro de um quadro cooperativo, quando da decisão de saneamento e organização do processo. Trata-se de expressão do sistema de preclusões que orienta a marcha processual

⁶⁶ Cf. a síntese recente: H. THEODORO JÚNIOR. Estabilização da demanda no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 244, p. 195-204, jun. 2015.

cuja valoração é objeto de polêmica na doutrina.⁶⁷ O Anteprojeto do CPC/2015 chegou a tentar promover uma guinada,⁶⁸ removendo largamente as preclusões para a alteração⁶⁹ objetiva, mas prevaleceu orientação semelhante à do CPC/1973.⁷⁰ Conforme anotou CASSIO SCARPINELLA BUENO, “[n]ão prevaleceu nos trabalhos legislativos a regra proposta pelo Anteprojeto de o pedido e a causa de pedir serem alteradas a qualquer momento desde que antes do proferimento da sentença.”⁷¹

Esses dispositivos interessam particularmente à presente pesquisa na medida em que admitem hipóteses nas quais, havendo alteração nas alegações de fato do autor, posteriores à contestação, haverá impacto também na preclusão correspondente para novas alegações do réu, a teor do art. 342 do CPC/2015, especialmente de seu inciso III, isto é, haverá repercussão no dever de impugnação especificada dos fatos que, em princípio, sofrera preclusão consumativa com o oferecimento da contestação ou temporal

⁶⁷ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO faz uma avaliação positiva da preclusão em tela: “Resolvidas as questões incidentes, fixados os pontos fáticos dependentes de prova e deferidos os meios probatórios a produzir (isto é *sanear* – art. 357), o procedimento já terá chegado a um ponto tal, que retroceder seria tumultuar. Como o processo não é um *negócio combinado em família* e a jurisdição é uma função pública, o poder de disposição das partes não pode chegar ao ponto de permitir que elas prejudiquem o bom exercício desta” (C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, §481, p. 79). LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, no entanto, são bastante críticos no ponto: “Ao adotar expressamente a lógica da estabilidade inicial da demanda, o Código responde a uma determinada visão de processo... Se o fundamental é a preservação do contraditório, então desde que ele seja preservado, não se justifica a vedação à modificação do pedido ou da causa de pedir, sobretudo quando essa alteração é essencial para traduzir a atualidade do conflito” (L. G. MARINONI; S. C. ARENHART. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 294 ao 333. São Paulo: RT, 2016, p. 459 [Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme Marinoni e coordenada por Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero]). É a posição também de LEONARDO GRECO: “A estabilização da demanda, nos moldes dos artigos 264 do Código de 1973 e 329, inciso I, do Código de 2015, me parece absolutamente inconveniente, típica de um processo judicial que é visto preponderantemente como um jogo de espertezas e não como instrumento de efetiva pacificação dos litigantes.” (L. GRECO. *Instituições de Processo Civil*: volume 1, introdução ao direito processual civil. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 305.)

⁶⁸ “Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.” É curioso, no entanto, que o Anteprojeto não tenha promovido alterações compatíveis relativamente à concentração das defesas pelo réu (cf. arts. 336, 340 e 341 do Anteprojeto). A configuração das posições das partes se insinuava, assim, assimétrica.

⁶⁹ Parece-nos útil a distinção proposta por LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO: “Alteração é gênero de que espécies a modificação e a adição (art. 329, CPC). Com a modificação altera-se o preexistente; com a adição soma-se algo novo ao que preexiste” (L. G. MARINONI; S. C. ARENHART; D. MITIDIERO. *Novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p. 421).

⁷⁰ Com extensas considerações sobre o processo legislativo, cf. A. V. ROQUE. A estabilização da demanda no novo CPC: uma oportunidade perdida? In: L. B. de MACEDO; R. PEIXOTO; A. FREIRE (org.). *Procedimento Comum*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 299-331 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 2).

⁷¹ C. S. BUENO. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*: Senado Federal, PLS n. 166/2010 e Câmara dos Deputados, PL n. 8.048/2010. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 175.

com o escoamento do prazo para sua apresentação. HÉLIO TORNAGHI identificara já com clareza o paralelismo entre os arts. 264 (correspondente ao atual 329) e 303 (correspondente ao atual 342) do CPC/1973, concluindo que, “[d]a mesma forma que não se permite ao autor alterar o pedido após a citação do réu, não se consente a esse deduzir novas alegações, depois da contestação.”⁷² Em outros termos, os dispositivos em questão se relacionam com hipóteses em que haverá nova oportunidade para impugnação especificada dos fatos pelo réu.

Antes ainda, anotando as *Instituições* de CHIOVENDA à luz do CPC/1939, LIEBMAN relacionava a preclusão no sistema processual brasileiro, que contrastava com a maior flexibilidade do italiano na redação original do Código de 1940 (sobre as alterações posteriores, no sentido inverso, cf., *supra*, item 3.3), com o princípio da eventualidade. Segundo o processualista, esse princípio, hoje formulado no art. 336 do CPC/2015, “obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa”.⁷³ LIEBMAN explicitamente vincula a opção italiana ao modelo francês (cf., *supra*, item 9), com a vantagem de maior adaptação ao caso concreto, mas com a desvantagem de favorecer “as manobras dilatórias, a desordem no movimento processual e as surpresas”.⁷⁴ Embora LIEBMAN não adote aqui um partido claro, posteriormente, em suas propostas de reforma processual, no ponto que aqui nos interessa, o autor propôs a seguinte regulação para a *comparsa di risposta*: “Art. 167. (...) Na *comparsa di risposta*, o réu deve tomar posição, de maneira precisa, a respeito dos fatos afirmados pelo autor como fundamento da demanda; propor, sob pena de decadência, as eventuais demandas reconventionais e as exceções processuais e de mérito que não podem ser objetadas de ofício; indicar especificamente os meios de prova oral de que pretende se valer; elencar as testemunhas cuja oitiva requer; elencar os documentos produzidos e formular as conclusões”.⁷⁵

Note-se que o art. 329, II, do CPC/2015 espelha, em sua redação, os requisitos da contestação, definidos no art. 336: à “manifestação” daquele corresponde, neste, a incumbência de “alegar... as razões de fato e de direito...”; ao “requerimento de prova suplementar” daquele, “as provas que pretende produzir” neste. O objeto discursivo de um e de outro ato do réu é o mesmo porque funcionalmente a manifestação posterior do

⁷² H. TORNAGHI. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, artigos 154 a 269. São Paulo: RT, 1975, p. 309.

⁷³ G. CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, a relação ordinária de cognição (continuação). Trad. J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 223, nota 1.

⁷⁴ IDEM, *Ibidem*.

⁷⁵ E. T. LIEBMAN. *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1978, p. 18-19.

réu para garantir o exercício do contraditório após a alteração objetiva faz as vezes de uma nova contestação na medida exata da alteração promovida pelo autor. Essa simetria indica que também aqui haverá dever de impugnação especificada, isto é, se o autor altera alegações de fato (jurídico), então o réu exerce defesa como exerceria na contestação, sofrendo a sanção da presunção de veracidade caso não impugne especificadamente uma ou mais alegações.

Embora, em princípio, a previsão do art. 329 – voltaremos na sequência ao art. 357, §§ 2º e 3º – refira-se a atos do autor, segundo o próprio *caput* do dispositivo, a redação dos dois incisos torna evidente que se trata do desenho de uma correlação entre os atos das partes: “independentemente de consentimento do réu”; “com consentimento do réu, assegurado o contraditório...”. O inciso II prevê inclusive prazo de manifestação para o réu, no caso de alteração do pedido ou da causa de pedir pelo autor, idêntico ao da contestação, previsto pelo art. 335, *caput*, com explicitação da modulação que, de forma geral, vem prevista no art. 139, VI, e que, portanto, integra também o conteúdo do artigo 335.

Ora, como se vê também, aludindo a contexto em que haverá nova oportunidade para a impugnação especificada dos fatos, esses dispositivos explicitam conteúdos que não estão externados no art. 341 do CPC/2015. Na medida em que os predicados que se podem extrair deles não atinem à excepcionalidade de que tratam (a alteração objetiva da demanda), mas a regularidades que se infundem, como predicados superiores, a distintos graus da cadeia diarética, eles jogam luz sobre o nosso objeto.

Note-se, antes do mais, como a disciplina é toda guiada por uma concepção cooperativa do contraditório (cf., *supra*, item 16). O art. 329 do CPC/2015 remete, nos seus dois incisos, ao “consentimento” do réu, vale dizer, em um caso (inciso I), dispensa e, no outro (inciso II), exige o consenso do réu para que haja alteração objetiva da demanda. A interação entre contraditório e cooperação é aprofundada pelas previsões do art. 357, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, que remetem, no caso do § 2º, à “delimitação *consensual* das questões de fato e de direito” pelas partes, dentro do prazo de cinco dias de que dispõem para se manifestar sobre a decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, § 1º), e, no caso, do § 3º, à “*cooperação*” das partes (imediatamente para com o juízo, por oposição diferencial com o § 2º, do mesmo artigo, mas mediadamente entre si, sob a égide do art. 6º do CPC/2015) para sanear o processo no curso da audiência designada pelo juiz caso haja complexidade fática ou jurídica que

possa ser mais bem tratada por meio do diálogo intenso que se torna possível na presença física de autor, réu e juiz.⁷⁶

As previsões dos arts. 329 e 357, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, ao particularizar hipóteses em que o dever de impugnação especificada vai reconfigurado pela alteração do sistema de preclusões, predicam, assim, esse dever com os predicados próprios a uma concepção cooperativa da garantia do contraditório. Fortes nessa constatação, cabem duas observações particulares.

A primeira diz respeito à estruturação, nos dispositivos ora em comento, de uma “estabilização... por etapas e não mediante um único ato.”⁷⁷ O art. 329 do CPC/2015 indica dois marcos temporais, a citação e o saneamento do processo, que implicam um distinto equilíbrio de forças entre autor, réu e juiz. Até a citação, o autor tem o poder de promover a alteração objetiva da demanda, gerando como efeito um *contraditório necessário* que produz, forçosamente, posições passivas tanto para o juiz, que se submeterá a julgar a demanda nos novos termos definidos pelo autor, quanto para o réu, que se sujeitará a ver imperativamente decidida, em face de si, parcela diversa (modificação) ou mais ampla (aditamento) de sua esfera jurídica. Entre a citação e o saneamento do processo, o autor não tem poder equivalente, pois apenas gerará alteração da posição passiva do réu se ele com isso consentir, de modo que o que haverá, eventualmente, é um *contraditório consentido*, que, assim, por meio somente de um ato processual complexo, iniciado pelo autor e completado pelo réu, produzirá para o juiz a posição passiva de submeter-se a julgar a demanda nos novos termos. Finalmente, após o saneamento do processo, as partes não têm mais os meios para, isolada ou combinadamente, sujeitar o juiz a ver o programa do julgamento alterado, ficando o

⁷⁶ Trata-se de reconfiguração da “audiência preliminar” introduzida pela Lei 8.952/1994 no rito ordinário do CPC/1973 (art. 331), com base no Código de Processo Civil Modelo para a América Latina. A natureza saneadora era reconhecida já por um dos principais responsáveis pela reforma: A. G. CARNEIRO. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 105-06. Na audiência preliminar do Código Modelo, o que não foi acolhido na reforma promovida pela Lei 8.952/1994, mas que frutificou agora com o CPC/2015, um dos propósitos era a “fixação ‘definitiva’ do objeto do processo e da prova e pronunciamento sobre os meios de prova solicitados pelas partes, as quais podem propor novos meios de prova referentes a fatos novos ou a retificações feitas na própria audiência” (IDEM, *Ibidem*, p. 106, grifos do autor). Sobre a audiência preliminar, cf. J. C. BARBOSA MOREIRA. Saneamento do processo e audiência preliminar. In: _____. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 105-44. Sobre o Código Modelo, cf. J. C. BARBOSA MOREIRA. Le Code-Modèle de Procédure Civile pour l’Amérique Latine de l’Institut Ibéro-Américain de Droit Processuel. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 191-200.

⁷⁷ E. D. MONIZ de ARAGÃO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, artigos 154 a 269. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, §454, p. 378.

contraditório delimitado. O programa do julgamento só se alterará de forma involuntária (cf., *infra*, neste item, e *supra*, item 11.3).

Há quem defenda, como LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, que o art. 190 do CPC/2015 permitiria que, de comum acordo, as partes produzissem uma alteração objetiva da demanda posteriormente ao saneamento do processo: “[n]o direito anterior... dizia-se que em ‘nenhuma hipótese’ seria admitida modificação da causa de pedir e do pedido depois do saneamento da causa. O direito vigente não repetiu semelhante vedação e, por isso, abre a brecha para que outra solução seja buscada. Um dos casos em que isso poderá ocorrer será, evidentemente, a hipótese de modificação convencional.”⁷⁸

Essa proposta se nos afigura, contudo, como *contra legem*, porque a alteração redacional referida meramente optou por uma formulação positiva, em detrimento de uma negativa: dizer que é permitido alterar objetivamente a demanda até o saneamento do processo implica dizer que não é permitido alterar objetivamente a demanda após o saneamento do processo, sendo as formulações equivalentes. Ademais, a fase que se estende entre a citação e o saneamento permite a alteração objetiva desde que haja acordo entre as partes – vale dizer, declarações de vontade coincidentes –, sendo de somenos importância se esse acordo se dá por meio de uma petição do autor, requerendo a alteração, seguida por uma petição do réu, aceitando a alteração (declarações sucessivas), ou por meio de uma só petição assinada por ambas as partes convergindo relativamente a determinada alteração (declarações concomitantes). Isto é, o que é permitido entre a citação e o saneamento é justamente uma modificação convencional. Isso se reforça pelo art. 357, §2º, já que é no prazo de cinco dias após a decisão de saneamento e organização do processo, que as partes podem “apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito”. A interpretação é, assim, contrária à lei.

Problema inteiramente diverso é o da alteração objetiva da demanda de forma involuntária, pela superveniência de fato ou de direito, o que é admitido no sistema (CPC/2015, arts. 342, I; 493). Esses eventos ensejam necessariamente desfazimento de preclusões e reabertura do contraditório no ponto (CPC/2015, art. 493, par. ún.). Conforme JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “[s]e, por um lado, é defeso alterar os elementos da ação *de forma voluntária*, vale dizer, por ato deliberado do autor ou do réu-reconvinte, por outro, não se pode esquecer que o desenrolar do processo, em suas várias fases, é marcado pelo movimento, e, por isso, durante o seu curso natural, a realidade fática inicialmente submetida pelos litigantes à cognição judicial pode sofrer *de modo involuntário*, profunda modificação...”⁷⁹

⁷⁸ L. G. MARINONI; S. C. ARENHART. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 294 a 333. São Paulo: RT, 2016, p. 458 (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, dirigida por Luiz Guilherme Marinoni e coordenada por Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero).

⁷⁹ CRUZ e TUCCI, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 7, *op. cit.*, p. 134, grifos do autor.

A opção do modelo processual brasileiro por essa organização física da estabilização da demanda tem por corolário a célere equiparação das posições das partes no processo, constituindo destarte forma de realização da isonomia. Afinal, a estabilização impede que o autor continuamente crie posições passivas para o réu ao longo do procedimento. Ele apenas pode fazê-lo com sua petição inicial, eventualmente alterada antes da citação, mas, depois disso, o autor só altera, transformando ou ampliando, a posição passiva do réu caso este concorde com a alteração. Nessa fase, o desenho de um ato complexo para a alteração, pela convergência de vontades, equilibra plenamente as posições de autor e réu. Essa configuração é compreensível se o contraditório é concebido como cooperativo, e não como mera formalidade.

Desse modo, o réu não assume, em princípio, e de todo modo jamais assume por iniciativa voluntária do autor, a posição de ser repetidamente sujeitado a cumprir com deveres de impugnação especificada dos fatos. Esse dever se lhe impõe, por obra do autor, uma única vez no processo, ficando uma nova posição passiva dessa natureza condicionada, até o saneamento, à anuência do réu, e vedada após isso, salvo caso em que fato jurídico se insere no processo independentemente da vontade das partes. A preclusão para a alteração objetiva da demanda desempenha, assim, uma relevante função de tutela da isonomia das posições jurídicas das partes (CPC/2015, art. 7º), o que acrescenta, ou explicita, um predicado relevante ao contraditório cooperativo que qualifica o dever de impugnação especificada dos fatos: a isonomia.

A segunda observação se refere à dicção do art. 357, §3º, do CPC/2015, e mais precisamente à atividade, na audiência de saneamento cooperativo, de integração e esclarecimento das alegações das partes, por iniciativa do juiz: “oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. Trata-se de caso de potencial alteração objetiva indireta. Esse dispositivo tem de ser harmonizado, naturalmente, com o art. 141, que veda ao juiz conhecer de questões não suscitadas para as quais é necessária a iniciativa da parte – o que exclui, por evidente, os pontos que fundamentam o pedido do autor, cuja iniciativa da parte é desenhada nos arts. 319 e seguintes, bem como os pontos que fundamentam a defesa do réu, a quem cabe a iniciativa, nos termos do art. 336, exceção feita à previsão do art. 337, §5º.

Veja-se, no entanto, que a situação é complexa. Afinal, “integrar e esclarecer suas alegações” tem um correlato perfeito no art. 1.022, I e II do CPC/2015, relativos aos embargos de declaração, em que se fala, respectivamente, em “esclarecer obscuridade” e

em “suprir omissão”, vale dizer, integrar o que estava incompleto. Ocorre que, embora os embargos de declaração não sejam imediatamente voltados à alteração da decisão, esse efeito pode ser produzido indiretamente, conforme o próprio diploma reconhece (CPC/2015, art. 1.023, § 2º: “modificação da decisão”), o que também pode se dar no caso de esclarecimento ou integração de questões, por iniciativa do juiz, na audiência de saneamento e organização do processo. Assim, embora se vede ao juiz ato que importe *diretamente* em alteração objetiva da demanda, o esclarecimento ou a integração por ele incitados podem levar *indiretamente* a esse resultado.

Naturalmente, esse “convite” do juiz, “se for o caso”, para que as partes esclareçam ou integram alegações de fato, tem de ser desenhado de modo claro e harmonizado com o sistema, desafio que mereceria um trabalho à parte.⁸⁰ Ao que nos parece, as considerações que dedicamos ao problema dos fatos e, mais particularmente, ao exercício dos poderes instrutórios pelo juiz, no capítulo 3, *supra*, fornecem um ponto de partida para essa empreitada. Note-se, de todo modo, que, para uma reconstrução sistemática desse complexo dispositivo, o art. 590º, e especialmente, 590.4-6, do Código de Processo português, que serviu de inspiração para a audiência do CPC/2015, oferece preciosa matéria de reflexão:

“4 - Incumbe ainda ao juiz convidar as partes ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido. 5 - Os factos objeto de esclarecimento, aditamento ou correção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova. 6 - As alterações à matéria de facto alegada, previstas nos n.ºs 4 e 5, devem conformar-se com os limites estabelecidos no artigo 265.º, se forem introduzidas pelo autor, e nos artigos 573.º e 574.º, quando o sejam pelo réu”.

Veja-se, para os nossos propósitos, que a hipótese que, no Código português, corresponde à previsão do art. 357, §3º, do CPC/2015, remete textualmente ao dispositivo que, naquele Código, desenha o regime da impugnação especificada dos fatos (art. 574º).

Caso esse efeito indireto se produza, e essa modificação importe em modificação ou ampliação das alegações de fatos (jurídicos), é evidentemente necessário que se desobstruam as preclusões e se reabra ao réu prazo de quinze dias ou, se for o caso, prazo mais dilatado (CPC/2015, art. 139, VI) para apresentar resposta em que possa cumprir o dever de impugnação especificada dos fatos que, integrando ou esclarecendo a formulação inicial da demanda, têm o potencial de alterar a sua percepção das alegações

⁸⁰ Cf. as importantes considerações de E. TALAMINI. Comentário ao art. 357. In: BUENO (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, *op. cit.*, p. 182-214, especialmente p. 192ss.

que contra si são dirigidas (cf., *supra*, itens 11 e 12). É evidente, ao mesmo tempo, que, como nos demais atos processuais posteriores à petição inicial (cf., *supra*, item 11.1), se os esclarecimentos ou complementamentos não introduzem novos fatos jurídicos (ou elementos de fatos jurídicos), mas apenas fatos simples (ou elementos de fatos simples), não há preclusão a ser desobstruída, já que fatos simples não têm o condão de produzir efeito jurídico algum na esfera jurídica de qualquer das partes.

A análise dos arts. 329 e 357, §§ 2º e 3º do CPC/2015 permite, pois, predicar o dever de impugnação especificada dos fatos como (ativamente) cooperativo e isonômico, expressão de uma concepção pública da garantia do contraditório. Esses predicados, naturalmente algo rarefeitos devido à sua localização recuada na cadeia diairética, configuram-se como relevantes orientações hermenêuticas para a decisão de casos concretos, já que se trata de características que o dever de impugnação especificada assume, seja ele exercido no contexto habitual da contestação, seja posteriormente, diante de uma alteração objetiva da demanda.

17.2. A resposta do réu

17.2.1. Contestação: CPC/2015, arts. 336; 436; 437

RP1.1.4. Integra o objeto da impugnação especificada dos fatos o conteúdo dos documentos juntados à inicial desde que as proposições do autor façam remissão direta a elas e na medida da especificação dessa remissão; em caso contrário, caso o juiz indique que o conteúdo do documento pode ser levado em consideração para a decisão, desfaz-se a preclusão e se permite ao réu manifestar-se sobre o ponto, sem que incida dever de impugnação especificada (cf. RG 1.3).

RP1.1.5. A mera juntada de documentos pelo réu não importa no cumprimento do dever de impugnação especificada, mas não invalida seu uso como prova no processo.

O problema do paralelismo entre petição inicial e contestação já foi repetidamente discutido ao longo deste trabalho (cf., por exemplo, *supra*, item 11.4), sendo consagrado na disciplina do art. 336, que busca aplicar, na contestação, os requisitos da petição inicial declinados no art. 319, na medida em que cabíveis ao caso:

art. 319	art. 336
A petição inicial indicará: (...)	Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa,
III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;	expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor
VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.	e especificando as provas que pretende produzir.

O inciso VII do art. 319 (“a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”), não é assunto do art. 336, porque não se insere necessariamente no ato processual da contestação, mas antes dele, encontrando paralelo no art. 335, § 5º. Os demais incisos não têm um paralelo necessário. Tal paralelismo era ainda mais evidente no CPC/1939, que, no art. 180, ao disciplinar o conteúdo da contestação, realizava uma remissão expressa aos artigos relativos à petição inicial: “[a] contestação será formulada pelo réu em petição escrita, com os requisitos dos ns. III e V do artigo 158 e os do artigo 159.”

Esse paralelismo encontra manifestação suplementar nos dispositivos relativos à produção de prova, já que, nos termos do art. 434, autor e réu devem instruir a inicial ou a contestação com os documentos relativos às suas alegações respectivas. Antes do mais, o estabelecimento desse duplo dever impede que se imagine que o não cumprimento do dever por uma parte pode ser sanado por conduta imputável a outra parte. Nesses termos, o STJ já decidiu, ainda sob a vigência do CPC/1973, que a ausência de impugnação especificada não tem o condão de dispensar o autor do dever de fazer prova dos fatos afirmados. Assim, na ementa do referido julgado:

Antes de se impor ao réu o ônus da impugnação específica dos fatos indicados na petição inicial, é de se exigir do autor que instrua o feito com os documentos hábeis à comprovação do fato constitutivo do

alegado direito. (STJ, REsp 285.612/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 09 nov. 2004)

No voto do ministro relator:

Pretende a recorrente seja declarada a presunção de veracidade de fatos narrados na petição inicial, quais sejam, existência e aquisição onerosa durante o casamento de um jet ski e de um casco de embarcação, a fim de que estes bens sejam incluídos na sobrepartilha, tendo em vista a ausência de qualquer impugnação por parte do recorrido. Ocorre que, antes de se impor ao réu o ônus de impugnação específica dos fatos indicados na petição inicial, é de se exigir da parte autora que instrua o feito com os documentos hábeis à comprovação do fato constitutivo do alegado direito. (STJ, REsp 285.612/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 09 nov. 2004)

Parece-nos que a solução é acertada, desde que, evidentemente, trate-se de documento *ad substantiam*, que necessariamente deve instruir a inicial, e não de documento *ad probationem*, que não é indispensável, conforme já se discutiu (cf. item 12.2, *supra*).

Importa, mais ainda, destacar que o regime de produção da prova documental implica, em realidade, a clara exposição de um conteúdo necessário para o dever de impugnação especificada dos fatos quando o autor instrui a inicial com documentos, a teor dos arts. 436 e 437 do CPC/2015. De acordo com esses dispositivos legais, na contestação, o réu deverá se manifestar sobre os documentos anexados à inicial, manifestação que poderá tomar a forma de defesas indiretas – admissibilidade, autenticidade ou falsidade da prova documental – ou de defesa direta – conteúdo da prova documental. Note-se que aqui o que se tem é uma especificação, ou particularização, dos arts. 337 e 341, respectivamente.

O STJ já se manifestou sobre o tema, identificando dever de impugnação especificada sobre o conteúdo dos documentos acostados à inicial, sob pena de ser tido por verdadeiro o que neles consta. Assim, na ementa do julgado referido:

É tido por verdadeiro documento contido na inicial e não impugnado (art. 302 do CPC). (STJ, REsp 107.286/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 21 set. 2004)

Conforme argumenta o ministro relator em seu voto:

Não prospera o recurso. O acórdão combatido encontra-se em consonância com o art. 302 do CPC. Como resultado da falta de impugnação, presumem-se verdadeiros os documentos trazidos aos autos para comprovar que os trabalhadores relacionados no auto de infração não integravam os quadros da empresa autuada. Seu conteúdo deve ser admitido como verdadeiro e, conseqüentemente, caracterizar a irregularidade da autuação. (...) Se a lei processual tem por verdadeiro documento não impugnado na contestação (art. 302 do CPC), é de se esperar não tê-lo como falso, apenas porque contraria interesses de quem perdeu a demanda, cujo julgado pretende rescindir, já que não se discute aqui a ocorrência de qualquer das situações descritas nos três incisos da norma processual, sequer referidas no acórdão recorrido. (STJ, REsp 107.286/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 21 set. 2004)

Vale dizer, assim, que inexistente o cumprimento do dever de impugnação especificada dos fatos quando não há manifestação sobre o teor dos documentos, o que, aliás, vem exemplificado, para os casos típicos dos documentos contábeis, na ação de exigir contas, discutida *infra*, item 22.3, mas que fica assim consignado como regime geral da impugnação especificada. Nesses termos, é evidente que “manifestar-se sobre o seu conteúdo”, a teor do art. 436, IV, deverá se interpretar à luz do documento apresentado, evidentemente em correlação com a perspectivação dos fatos pelo autor (cf., *supra*, itens 11.1, 11.2 e 11.3).

Questão complexa é aquela situação em que o réu apenas oferece documentos, seja porque não apresenta peça de defesa propriamente dita, seja porque a peça de defesa é intempestiva, e o juiz determina seu desentranhamento, mas não o dos documentos, seja enfim porque, havendo contestação nos autos, ela se cala sobre determinado ponto, mas a instrui com documentos que dizem com aquele ponto não contestado na peça. O

encaminhamento do problema reside, segundo pensamos, na compreensão da defesa como ato discursivo, vale dizer, como enunciação de proposição que nega outra proposição, enunciada pelo autor, de modo que não possam ambas subsistir como verdadeiras (cf., *supra*, item 10). Nessas condições, evidentemente, a resolução do problema passa, a uma, pelo reconhecimento de se ter operado a admissão do fato como verdadeiro, que não dará, *em razão disso*, ensejo à produção de provas, mas, a duas, simultaneamente, pela incidência do regime da comunhão da prova e da não admissão de fatos inverossímeis no processo – que atine ao regime geral da prova. Em outros termos, não há cumprimento do dever de impugnação especificada dos fatos pela simples juntada de documentos, mas a prova nos autos não fica por isso alheada à inteligência do juiz.

De todo modo, a perspectivação é homóloga para autor e réu, de modo que também não se pode ter por descumprido o dever de impugnação especificada dos fatos se o autor se resume a juntar documentos sem se referir aos signos do documento que têm relevância para a sua pretensão contra o réu. De outro modo, conforme já discutido *supra* (capítulo 3) seria possível juntar um sem número de documentos sem que houvesse clareza, para o réu, a respeito de quais alegações precisamente configuram a figura do fato invocada pelo autor (cf. item 11.1. *supra*). Na ausência dessa perspectivação, não haverá dever no ponto, ainda que, novamente, pelo regime de comunhão da prova, o juiz possa nelas fundar o seu convencimento, caso em que, em havendo reperspectivação da figura do fato, conforme já discutido, será o caso de desfazimento de preclusões para que as partes se manifestem e, aí sim, nessa ulterior resposta, incida para elas o dever de impugnação especificada (cf., *supra*, item 11.1).

Nessa relação potencialmente tensa entre prova trazida aos autos e alegações, a impugnação especificada pode, em certos contextos, assumir um papel hermenêutico relevante. É o caso de haver prova ambígua ou contraditória nos autos que não possa mais ser esclarecida por ter havido preclusão para a atividade probatória, caso do julgamento dos recursos excepcionais. Em situação desse tipo, o STJ atribuiu à ausência de impugnação especificada a função hermenêutica de fazer prevalecer a alegação que não foi impugnada:

O Estado de São Paulo não contestou o fato – afirmado na petição – de que Nassar S/A Comercial e Administradora havia recolhido o Adicional de Imposto de Renda como contribuinte. Nessas circunstâncias, o fato não poderia ser infirmado após o encerramento da

instrução. À vista desse contexto, o detalhe de que as guias indicadas foram mal preenchidas não tem maior significação. Elas são, de fato, contraditórias. Quem recolhe o Adicional de Imposto de Renda como contribuinte, indicando o código próprio, não pode preencher campo que na guia só é destinado a quem o recolhe como responsável tributário. Sem que a contradição tenha sido apontada na contestação e desatada na instrução, prevalece o que foi afirmado na petição inicial. Assim, o recurso especial interposto por Nassar S/A Comercial e Administradora está bem fundado. (STJ, REsp 84.934/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 19 mar. 1998)

17.2.2. Ausência de contestação: CPC/2015, arts. 344; 345; 348; 349

RP1.1.2. A impugnação especificada de alegação de fato jurídico pelo litisconsorte torna sem efeito a ausência de impugnação especificada pelo outro, para fins de admissão do fato como verdadeiro.

RP1.1.3. A ausência de impugnação especificada não tem o condão de excluir da atividade probatória os fatos jurídicos inverossímeis.

RP1.5. A ausência de impugnação especificada (cf., supra, RG1.3), desde que não intervenha alguma das hipóteses de desfazimento de preclusões, impede a realização de atividade probatória sobre aquele fato, tendo se estabilizado o seu caráter incontroverso.

Há, entre o art. 341 do CPC/2015, relativo à impugnação especificada, de um lado, e os arts. 344, 345, 348 e 349, relativos à revelia, de outro, um acentuado paralelismo: a uma, o chamado efeito material⁸¹ da revelia (“presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”) é apresentado em termos em tudo equivalentes aos que identificam o efeito do descumprimento do dever de impugnação especificada (“presumindo-se verdadeiras as [alegações de fato constantes da petição inicial] não

⁸¹ A. F. CÂMARA. *Lições de Direito Processual Civil*: volume 1. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 374.

impugnadas”); a duas, as hipóteses de não incidência da dita presunção de veracidade são homólogas:⁸²

art. 341	art. 345
	I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;
I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;	II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;	III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;
III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.	IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Vislumbra-se, assim, para o fenômeno que poderíamos, genericamente, nomear como ausência de contestação (em remissão à *non contestazione* italiana, cf., *supra*, item 3.3), um regime geral bastante extenso,⁸³ em que pese a cisão legal em duas hipóteses – ulteriormente passíveis de subdivisão, por certo: (a) o réu não oferece contestação alguma no prazo que tem, nos termos do art. 335 do CPC/2015 (ausência absoluta de contestação) – trata-se de revelia;⁸⁴ (b) o réu oferece contestação, mas, nela, apesar de impugnar

⁸² Como bem percebeu HEITOR VITOR MENDONÇA SICA. Comentário ao art. 341. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 116-22, aqui p. 117.

⁸³ ELIE PIERRE EID sugere que o centro do regime está justamente na ausência de impugnação: “Cumpro destacar, de início, que o não comparecimento do réu, por causar-lhe sérias consequências no âmbito processual, configura verdadeiro ônus processual, constituído na necessidade de oposição às alegações formuladas em petição inicial (art. 344, CPC/2015). Aliás, esse ônus não está propriamente ligado ao fato de o réu deixar de comparecer no processo, mas, sim, de não responder às alegações do autor, tanto que os mesmos efeitos sentidos pela sua inércia, incidem quando, presente, deixar de impugnar algum ponto de fato suscitado pelo demandante (art. 341, CPC/2015)” (E. P. EID. *Litisconsórcio unitário*: fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: RT, 2016, p. 182-83).

⁸⁴ Sem entrar em um debate extenso e denso, entende-se por revelia aqui “um ato-fato processual consistente na não apresentação tempestiva da contestação” (F. DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 1, introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 664). Nos termos de RITA GIANESINI, “para a conceituação, em si, do que seja a revelia, o legislador se detém na análise do elemento objetivo: importa verificar se o réu apresentou ou não contestação” (R. GIANESINI. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1997, p. 53).

determinados fatos, contesta-os de modo inespecífico (contestação geral ou genérica) – trata-se de não cumprimento do dever de impugnação especificada. Ademais desses dois casos, há, por certo, a hipótese em que o réu oferece contestação, mas, nela, impugna alguns fatos e não outros (contestação parcial).⁸⁵ Tudo isso, é evidente, por contraposição ao regime que poderia ser concebido como normal (do ponto de vista axiológico), em que o réu contesta, impugnando especificadamente os fatos.

Esse paralelismo não é surpreendente se lembramos que o art. 209 do CPC/1939 tratava do problema sem distinção, determinando que “será admitido como verídico” – efeito de admissão, melhor que presunção,⁸⁶ de veracidade – “[o] fato alegado por uma das partes quando a outra o não contestar” – formulação que, como vimos (cf., *supra*, item 9.2), em conjunto com os arts. 158, 159 e 180 do CPC/1939, servia de fundamento para desenhar o regime não só da revelia, mas também da ausência de impugnação especificada, em contexto de ampla controvérsia doutrinária.

Por evidente, para os fins hermenêuticos que importam neste capítulo, essa construção – vale dizer, o desdobramento, διαίρεσις normativa vista no seu próprio fazer-se – é de grande préstimo, talvez menos pela designação do efeito de um e outro fenômeno de não contestação, já que as formulações são praticamente idênticas, mas certamente para o esclarecimento das hipóteses de não incidência, que, formuladas em termos paralelos, esclarecem-se mutuamente. Assim, é preciso harmonizar: (a) alegações de fato sobre as quais não pode haver confissão (cf., *infra*, item 18.3) com litígios que versem sobre direitos indisponíveis; (b) instrumento que a lei considera da substância do ato (cf., *supra*, item 12.1) com instrumento que a lei considera indispensável à prova do ato; e enfim (c) alegações que estão em contradição com a defesa em seu conjunto (cf., *supra*, item 13) com alegações de fato inverossímeis ou em contradição com prova constante dos autos.

Algumas das formulações do art. 345, em comparação com o art. 341, aparecem, é bem verdade, como mais restritivas: não determinada alegação sobre fato que não

⁸⁵ NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY falam em “revelia parcial”: “Há revelia parcial quando o réu deixa de impugnar algum ou alguns dos fatos articulados pelo autor na vestibular” (N. NERY JUNIOR; R. M. de A. NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 958). No entanto, a ideia nos parece inadmissível dada a definição de revelia aqui absorvida: “[r]evelia consiste na não apresentação da contestação na forma e prazo legais” (GIANESINI, *Da revelia no processo civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 66).

⁸⁶ Pois a presunção designa o desenvolvimento de um raciocínio indutivo, não uma equiparação legal de efeitos. Cf., sobre o ponto, BARBOSA MOREIRA, *As presunções e a prova*. In: _____. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71.

comporta confissão, mas litígio como um todo que versa sobre direito indisponível; não instrumento *ad substantiam*, mas instrumento *ad probationem*, com escopo mais amplo que aquele (cf., *supra*, item 12.1); não contradição com a defesa em seu conjunto, mas contradição com prova constante nos autos. Parece que o desnível – dentro do paralelismo geral – tem que ver aqui com uma proteção ligeiramente mais ampla para o revel, já que, por exemplo, é possível haver confissão sobre fatos em litígio que versa sobre direito indisponível,⁸⁷ como um todo, desde que não se trate do fato constitutivo daquele direito, dada a distinção entre confissão (que incide sobre o fato) e reconhecimento do pedido, como esclarece MOACYR LOBO DA COSTA em monografia clássica.⁸⁸ Afinal, relativamente ao direito indisponível, o que não pode ter lugar é, esclarece JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “a confissão dum facto que tenha *idêntico efeito* dispositivo ou seja elemento duma fatispécie complexa com tal efeito.”⁸⁹ Não é a confissão de qualquer fato que vai impossibilitada.

Pense-se em demanda ajuizada pelo pai com vistas a fixar o montante que deve pagar mensalmente a título de alimentos para seu filho. Por certo que se trata de direito indisponível, a teor do art. 1.707 do CC/2002. No entanto, em sua petição inicial, o alimentante declinará por exemplo o que entende serem diversas das necessidades do filho, bem como as suas possibilidades. Embora não possa, em tese, haver confissão sobre o fato constitutivo do direito (que, no caso, é a relação de parentesco, a teor do art. 1.696 do CC/2002, podendo alimentante e necessitando alimentado), é perfeitamente admissível que o filho confesse serem de fato aquelas as suas necessidades ou serem de fato aquelas as possibilidades do pai.⁹⁰ Em caso como esse, fica claro que a proteção ao revel ficou mais ampla, já que, em hipótese de revelia, nem esses fatos serão presumidos

⁸⁷ É distinta a compreensão de HÉLIO ARMOND WERNECK CORTES: “Quem confessa renuncia o próprio direito e atribui o direito ao adversário. Mas há direitos inalienáveis, cuja renúncia é inoperante, e, pois, os fatos, ou obrigações, que os traduzem, não são suscetíveis de confissão. Donde, ineficaz é a confissão, e, pois, inadmissível, quando dela resulta a perda de direitos que o confitente não pode renunciar, ou sobre que não pode transigir, pois nesses casos os princípios de ordem pública prevalecem sobre a vontade das partes” (H. A. W. CORTES. Revelia, confissão e transigência: relativamente aos direitos (indisponíveis) em o Código de Processo Civil vigente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 471, p. 26-36, jan. 1975, aqui p. 35).

⁸⁸ M. LOBO da COSTA. *Confissão e reconhecimento do pedido*. São Paulo: Saraiva, 1983.

⁸⁹ J. LEBRE de FREITAS. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 143, grifos nossos.

⁹⁰ O que conduz ao aproveitamento parcial do art. 7º da Lei 5478/68, sobre a ação de alimentos: “O não comparecimento do autor determina o arquivamento do pedido, e a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.”

(*rectius*, admitidos) como verdadeiros.⁹¹ Assim, sanciona-se com maior intensidade aquele que, em contestando, ou deixa de impugnar um fato (contestação parcial) ou o impugna de modo inespecífico.

Há pontos, contudo, em que a dicção do art. 345 contribui para uma efetiva releitura do rol de exceções constante no art. 341, demonstrando inelutavelmente tratar-se também de rol exemplificativo (cf., *infra*, item 22.1). É evidentemente o caso do litisconsórcio passivo, indicado no art. 345, I, que, após a introdução do inciso IV do art. 345 no CPC/2015, tornou-se o único inciso sem paralelo entre os dois dispositivos. Embora se controverta sobre a qualificação do litisconsórcio⁹² que enseja a subtração do réu revel aos efeitos da admissão de veracidade dos fatos alegados pelo autor, em razão da comunhão da prova, é evidente que, havendo uma alegação de fato controvertida, aquela alegação será objeto de prova no processo, e sua fixação como verídica ou

⁹¹ Note-se que a Lei 5478/1968, no prever a revelia, mas não a impugnação especificada, não faz mais do que tratar a *non contestazione* à luz do sistema processual à época positivado, que não distinguia, no diploma legal, os diferentes casos de ausência de contestação. Mais que isso, diante do fato de que – com grande dissídio doutrinário e jurisprudencial no ponto – prevalecia a compreensão de que a defesa se daria em audiência, as situações de revelia ficavam muito mais relevantes do que as de inespecificidade de impugnação, como no caso dos juizados especiais (cf., *infra*, neste item). No entanto, na medida da disponibilidade, que nesta ação vai portanto tratada não em bloco, mas para cada elemento componente do direito, assim como a revelia, também tem aplicação o dever de impugnação especificada dos fatos. É o que conclui também SERGIO CARLOS COVELLO: “No mérito, o réu atacará os fatos articulados pelo Autor, demonstrando a inveracidade das alegações aduzidas no pedido. Tem o réu o ônus de manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na inicial (art. 302, CPC), expondo os fundamentos com que impugna o pedido do Autor. O descumprimento desse ônus produz preclusão, repetimos, e dispensa o Autor de fazer prova do fato...” (S. C. COVELLO. *Ação de alimentos*. 3.ed. São Paulo: Leud, 1992, p. 70). Note-se, lateralmente, que PONTES DE MIRANDA se esmerou em listar nove hipóteses de alegações do réu (todas com feição de defesa indireta), como defesa na ação de alimentos, exemplificando, a um só tempo, a expectativa latente por uma resposta substantiva e a ideia mesma de que os procedimentos especiais se desenvolvem de acordo com uma tipicidade, ainda que aberta (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: tomo 9, parte especial, parte especial, direito de família, direito parental, direito protectivo. São Paulo: RT, 2012, §1009, p. 337-38).

⁹² Parece-nos correta, em termos gerais, a impositação de RITA GIANESINI, com referência ao CPC/1973: “Em nosso entender, o efeito da revelia previsto no art. 319 só será elidido em havendo pluralidade de réus e um deles contestar a ação, nas hipóteses de se tratar de litisconsórcio facultativo unitário ou necessário unitário, e de litisconsortes facultativo simples ou necessário simples, quando forem os fatos comuns” (GIANESINI, *Da revelia no processo civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 87). ELIE PIERRE EID retomou o problema em recente monografia. À luz da tendência de mitigação dos efeitos da revelia, admite que o dispositivo se estende também ao litisconsórcio simples. Conclui que “o ônus de impugnar terá sido atendido na medida em que as matérias contestadas sejam comuns” (EID, *Litisconsórcio unitário*, *op. cit.*, p. 184). Na perspectiva de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA e DANIEL MITIDIERO, haveria que distinguir dois fenômenos: “não basta que um dos litisconsortes conteste: é necessário que o litisconsórcio seja unitário. Fora daí incide o regime da independência entre as posições jurídicas dos consortes (art. 48). Isso não quer dizer, contudo, que eventual alegação de fato comum formulada por um dos litisconsortes simples não possa, indiretamente, aproveitar aos demais. Sem dúvida isso é possível. Ocorre aí apenas que este aproveitamento nada terá que ver com o art. 320, inciso I. Eventual alegação de fato comum pode dar lugar à prova de alegação de fato comum e pela regra da comunhão da prova indiretamente aproveitar a todos os consortes, estejam ou não sob o signo da unitariedade” (C. A. ALVARO de OLIVEIRA; D. MITIDIERO. *Curso de Processo Civil*: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31-32).

inverídica importará em que os efeitos da existência ou inexistência daquele fato se imporão como um conjunto aos participantes do processo, na medida em que por ele afetados. Conforme CALMON DE PASSOS: “o art. 320, I [correspondente ao atual 345, I], portanto, tem que ser entendido como restrito à impugnação de *fato comum* a todos os litisconsortes, ou comum ao réu atuante e ao revel litisconsorte.”⁹³ Devido a seu fundamento lógico, a hipótese integra também o regime da impugnação especificada dos fatos.⁹⁴

Vislumbra-se ainda a situação das alegações de fato inverossímeis, aludidas no art. 345, IV, que, no interior de um inciso paralelo, não tem, contudo, correspondente no art. 341 e que constitui também novidade do CPC/2015. A explicitação desse ponto, no entanto, está radicada na teoria geral da prova. O art. 374 do CPC/2015⁹⁵ prevê casos em que os fatos (ou as alegações de fato) não dependem de prova, mas não há artigo correspondente a prever os casos em que alegações de fato dependerão de prova, a despeito de controvérsia (logo, que elidem a incidência do art. 374, II e III), problema que atine à complexa disciplina dos poderes instrutórios do juiz, de que já se tratou (cf., *supra*, itens 11.2 e 11.3). É nesse plano que os fatos inverossímeis parecem se situar, até porque incapazes de produzir convencimento: “o simples fato da revelia não pode tornar verossímil o absurdo”.⁹⁶ Logo, o art. 345, IV, explicita, nesse pormenor, ponto que integra o rol virtual (associativo) do art. 341, por remeter a grau mais recuado da cadeia diairética.⁹⁷

O STJ já teve a oportunidade de se manifestar a respeito dos fatos inverossímeis que não foram objeto de impugnação especificada, deixando claro que a ausência de impugnação não prevalece sobre sua inverossimilhança:

⁹³ CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 407.

⁹⁴ Sem razão, portanto, o STJ no seguinte julgado: “Não há como invocar a recorrente cerceamento de defesa no caso, porquanto simplesmente nada objetara quanto à aventada falsificação. Nada teria ela a comprovar a respeito no decorrer de eventual instrução probatória. Nem tampouco lhe é dado aproveitar-se da contestação produzida pelo co-réu Nilo, o qual, aliás, acabou conformando-se com a sentença prolatada”. (STJ, REsp 39.408/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 30 nov. 1993)

⁹⁵ “Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

⁹⁶ FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*: volume 1, *op. cit.*, p. 666.

⁹⁷ Para MALATESTA, tratar-se-ia do mais importante princípio do direito probatório, que ele nomeia “princípio ontológico”: “se o ordinário se presume, o extraordinário se prova; e esse é o princípio decisivo em matéria de ônus da prova, princípio que denominarei *ontológico*, porque tem seu fundamento no modo de ser natural das coisas” (N. F. de MALATESTA. *Lógica de las pruebas en materia criminal*: volume 1. 2.ed. Trad. de Simón Carrejo. Bogotá: Temis, 1978, p. 156-57).

Fatos alegados na inicial e não-contestados pelo réu, só por isso, não ganham o *status* de verossímeis. A presunção de veracidade a que se refere o art. 302 do CPC é relativa, sofrendo limitações tanto no próprio artigo (“se estiverem em contradição com a defesa considerada em seu conjunto” – inciso III), quando na própria lógica do razoável. (STJ, REsp 794.537/MT, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 05 mar. 2009)

A novidade legislativa do art. 349, que passou a permitir ao revel a produção de prova, desde que venha ao processo em tempo, parece indicar uma opção pela ulterior separação das duas modalidades de não contestação disciplinadas diretamente no CPC/2015. Trata-se de dispositivo radicado em entendimento do STF sumulado ainda sob a vigência do CPC/1939 (Enunciado 231),⁹⁸ que os aplicadores do CPC/1973 buscaram continuar aplicando para mitigar o que viam como tratamento demasiado rigoroso do réu revel.⁹⁹ O campo de incidência desse artigo, naturalmente, não se exaure nos casos de não se produzir a admissão de veracidade dos fatos articulados pelo autor (art. 345), estendendo-se também aos casos em que, precluso o prazo para contestar, não sobreveio ainda o julgamento antecipado do mérito, nos termos do art. 355, II.

Há uma série de razões, atinentes à justiça social e à perquirição da verdade, em que se funda a determinação do art. 349, mitigando o sistema preclusivo do processo civil brasileiro,¹⁰⁰ mas essa derrogação expressa da vedação à produção de prova pelo revel – que agita problema semelhante ao que foi tratado à época de vigência do Regulamento 737 e dos códigos estaduais dele derivados (cf., *supra*, itens 9.1 e 9.2) – não se pode aplicar ao regime da impugnação especificada dos fatos, já que ela se funda em tomada em consideração, pelo sistema, de vontade de se contrapor a alegações de fato do autor que, no caso da contestação inespecífica, por ter havido uma contestação genérica, o sistema já valorou como vontade de baixo impacto, absolutamente ineficaz para os propósitos de gerar controvérsia.

⁹⁸ “O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno.”

⁹⁹ Entendimento esposado até mesmo pela Comissão Revisora do CPC/1973, cujo alvitre, no ponto, não foi, contudo, acolhido por BUZÁID, segundo narra BARBOSA MOREIRA: J. C. BARBOSA MOREIRA. A revelia no direito alemão e a reforma do processo civil brasileiro. In: _____. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 134-47, aqui p. 145-46.

¹⁰⁰ Para GUILHERME TAMBARUSSI BOZZO, tratar-se-ia de suavização do rigor da revelia: G. T. BOZZO. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 195-96.

Sob a vigência do CPC/1973, o STJ teve a oportunidade de avaliar a produção de provas pelo réu que não impugnou especificadamente os fatos. O voto do ministro relator identifica o problema nos seguintes termos:

A principal questão processual controvertida é quanto à possibilidade de, em sendo afirmado o pagamento do prêmio de seguro, na inicial de ação de cobrança de indenização securitária, sem que tenha havido impugnação a respeito na contestação oferecida pela seguradora, ser admitido o ulterior debate sobre a matéria. (STJ, REsp 1.224.195/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 01 fev. 2012)

A solução ficou assim ementada:

Os fatos articulados pelo autor, dêis que não impugnados, conforme se infere dos arts. 302 e 303 do CPC, passam a ser incontrovertidos, presumindo-se verdadeiros e, em decorrência da preclusão, não se admite que o réu proponha ulteriormente a produção de provas com o propósito específico de afastar o ponto controvertido. (STJ, REsp 1.224.195/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 01 fev. 2012)

Nesse pormenor, percebe-se que de fato o sistema está ancorado em valorações distintas da revelia e da contestação inespecífica.¹⁰¹ CALMON DE PASSOS, em monografia clássica, redigida à luz do CPC/1939, distinguia o silêncio da confissão nos seguintes termos:

O fato afirmado e não contestado é fato bastante para formar a convicção do juiz em qualquer hipótese, e não apenas naqueles casos em que a lei autoriza o convencimento por indícios e presunções. O silêncio do que tinha o ônus de afirmar o contrário é prova que a lei tem como suficiente para a aceitação do fato pelo juiz. O silêncio,

¹⁰¹ Distintamente, pesamos, do que afirmou, em determinada oportunidade, o STJ, ao asseverar o seguinte: “Ora, se o legislador não estendeu os efeitos da revelia ao réu que, representado por curador especial, não apresenta contestação específica; seria ilógico, e por demais rigoroso, considerá-lo revel quando o curador especial não contestar o feito, já que a não impugnação específica equivale, juridicamente, ao não oferecimento de contestação, ou à sua apresentação intempestiva.” (STJ, REsp 252.152/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 20 fev. 2001)

entretanto, não é prova absoluta, valendo apenas se a convicção que dêste emana não sofre a contrariedade das demais provas dos autos. No concurso ou conflito de provas o juiz decide por aquela que lhe parece mais idônea, com livre convencimento, ou atende a algum preceito de lei, que faz prevalecer uma delas. Só a confissão obriga e prevalece, de modo absoluto, sobre as demais provas dos autos. E só o silêncio do que tinha o ônus de afirmar o contrário não pode prevalecer sobre qualquer outra prova no concurso ou conflito entre elas. São os dois extremos: o que prevalece sobre todas; a que não pode prevalecer sobre nenhuma.¹⁰²

Fica evidente, dentro do marco teórico desenvolvido (cf., *supra*, item 3.2), e a despeito da opinião largamente majoritária na doutrina brasileira,¹⁰³ que há, no processo civil brasileiro, dever de comparecimento, pois a ausência do réu, quando possível era comparecer, é valorada negativamente dentro do marco de um processo civil cooperativo que valoriza o contraditório substancial (o que traz à ordem do dia a tese de DEGENKOLB, cf., *supra*, item 9). Veja-se, por exemplo, a multa imposta àquele que não comparece à audiência de conciliação ou mediação (art. 334, § 8º).

Chama muita atenção a frequência (doze vezes, ao todo) com que o CPC/2015 insere a oração reduzida de gerúndio “querendo” (isto é, “se quiser”) em dispositivos que atinem a atitudes facultadas aos sujeitos: o juiz à corregedoria, em procedimento para apurar responsabilidade em razão do descumprimento de prazo (art. 235, § 1º); as partes, sobre a proposta de honorários do perito (art. 465, § 3º); as partes, sobre o laudo do perito (art. 477, § 1º); o requerido, para apresentar contestação na liquidação pelo procedimento comum (art. 511); a Fazenda Pública, para impugnar a execução (art. 535, *caput*); o réu, para apresentar contestação na ação de reintegração ou manutenção de posse (art. 564, *caput*); etc..

No texto original do CPC/1973, ao contrário, não havia nenhuma ocorrência dessa reduzida de gerúndio, e uma única no CPC/1973 reformado: o executado, para oferecer impugnação

¹⁰² J. J. CALMON de PASSOS. *Da revelia do demandado*. Salvador: Progresso, 1960, p. 81.

¹⁰³ Cf., por exemplo: GIANESINI, *Da revelia no processo civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 79. A situação de CALMON DE PASSOS é interessante. Escrevendo sob o CPC1939, o autor que o réu comparecia ao processo se quisesse: “[s]ó quase em nossos dias se evoluiu até considerar-se o comparecimento não como um dever dos sujeitos do processo, sim como um direito que se defere à livre disponibilidade de seu titular, para obter certos resultados favoráveis: um ônus, na terminologia vitoriosa da nossa ciência processual” (CALMON de PASSOS, *Da revelia do demandado*, *op. cit.*, p. 8). No entanto, ao retomar o tema, sob a vigência do CPC1973, o autor passou a se expressar como se de dever se tratasse: “[n]a hipótese do art. 319, o que há é ausência do réu, que se omite quanto a seu dever de atuar. Considerando o legislador o dever de participação que impôs ao demandado, assegurando e valorizando o contraditório, considerado isso, o legislador sancionou a omissão do réu...” (CALMON de PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 382).

no cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º). Veja-se, exemplificativamente, o caso da rescisória:

CPC/1973	CPC/2015
Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação. Findo o prazo com ou sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V.	Art. 970. O relator ordenará a citação do réu, designando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) dias para, <i>querendo</i> , apresentar resposta, ao fim do qual, <i>com ou sem contestação</i> , observar-se-á, no que couber, o procedimento comum.

Note-se que, por aí, consagra-se, na espécie, entendimento reiterado pelos tribunais superiores de que não se aplica o efeito material da revelia na ação rescisória.¹⁰⁴ A matéria está inclusive sumulada no TST, que alterou o Enunciado 398 à luz do CPC2015 para se alinhar com a fundamentação do STJ.¹⁰⁵ Assim tampouco caberia presunção de veracidade decorrente de não cumprimento de dever – que aqui não existe – de impugnação especificada dos fatos.¹⁰⁶ É o quanto consigna julgado do STJ que, sobre o art. 302 do CPC/1973,

¹⁰⁴ PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL. NEGÓCIO JURÍDICO ANULADO POR ERRO SUBSTANCIAL. (...) 3. A revelia, na ação rescisória, não produz os efeitos da confissão (art. 319 do CPC) já que o *judicium rescindens* é indisponível, não se podendo presumir verdadeiras as alegações que conduziriam à rescisão. Deve o feito ser normalmente instruído para se chegar a uma resolução judicial do que proposto na rescisória. (...) (EDcl na AR n. 3.570/RS) 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 1260772/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 16/03/2015)

¹⁰⁵ AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE DEFESA. INAPLICÁVEIS OS EFEITOS DA REVELIA (alterada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017 Na ação rescisória, o que se ataca é a decisão, ato oficial do Estado, acobertado pelo manto da coisa julgada. Assim, e considerando que a coisa julgada envolve questão de ordem pública, a revelia não produz confissão na ação rescisória. (ex-OJ nº 126 da SBDI-2 - DJ 09.12.2003)

¹⁰⁶ É verdade que FLÁVIO LUIZ YARSHELL, sob a égide do CPC/1973, e LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, já na vigência do CPC/2015, postulando a autonomia dogmática entre juízo rescindente e juízo rescisório, entenderam que a revelia não podia produzir presunção de veracidade no juízo rescindente, “porque a simples omissão do réu não pode afastar a autoridade da coisa julgada” (L. G. MARINONI; D. MITIDIERO. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: RT, 2017, p. 331), sendo hipótese de indisponibilidade, mas que ela a produziria no juízo rescisório, “na medida em que a apreciação do pedido rescisório já pressupõe a desconstituição do julgado com a procedência do pedido rescindente” (IDEM, *Ibidem*, p. 332). A mesma distinção de aplicaria à impugnação especificada, segundo os autores: “se é certo que as partes podem por vezes dispor dos efeitos da coisa julgada, não é menos certo que não podem apagá-la juridicamente, com o que há indisponibilidade do objeto do juízo rescindente, o que afasta a possibilidade de verificar-se a presunção relativa oriunda da ausência de impugnação específica (art. 341, I, CPC). Nada obsta, contudo, que a ausência de impugnação específica

correspondente ao atual 341, afirmou ter “como certo, na trilha de autorizada doutrina, que o dispositivo invocado não se aplica à rescisória”. (STJ, REsp 23.596/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 12 mar. 1996)

Parece, destarte, diante dessa verdadeira virada linguística, que, no CPC/2015, há intensa marcação de posições jurídicas de faculdade, que devem ser entendidas sistematicamente como posições em que, ao menos em tese, o legislador optou por não impor um dever de manifestação quando ele poderia ser esperado, dentro do marco de um processo civil cooperativo que expressa um contraditório substancial. Sem dúvida, a marcação faz sentido exatamente em contexto em que o dever de cooperação denota outras condutas com a marca do dever.

Nesse marco, no entanto, o hábito, comum no foro, pelo qual o autor requer que o réu seja citado para “querendo, contestar”, “querendo, apresentar contestação”, etc. – ou, pior, o juiz determina a citação valendo-se desses termos –, que já não fazia sentido sob o CPC/1973, tampouco faz sentido sob a vigência do diploma atual.

A distinção entre o silêncio – atuação omissiva do réu – e a confissão – atuação comissiva – (cf., *infra*, item 18.3) se desdobra em uma valoração distinta, na verdade, das diversas condutas de que tratamos acima, que descrevem uma gradação: ausência de peça defensiva, contestação parcial, contestação inespecífica, contestação específica. Nessa gradação – desvestida de qualquer tarifamento legal da prova, como talvez sugerido no subtítulo da citação de CALMON DE PASSOS –, o silêncio vai esmorecendo, de um silêncio

leve à presunção de veracidade no que concerne ao *juízo rescisório* – desconstituída a coisa julgada, desaparece a indisponibilidade do direito. Tudo tem que se passar aí de acordo com os limites da causa originária” (IDEM, *Ibidem*, p. 330). YARSHELL chega mesmo a antecipar a controvérsia relativamente à tese: “[a]qui [no juízo rescisório], ao contrário do que se passa em relação ao juízo rescindente, a eventual falta de contestação acarretará o reconhecimento da confissão ficta, presumindo-se verdadeiros os fatos afirmados pelo demandante. Da mesma forma, impõe-se ao demandado o ônus de impugnação específica, nos termos do art. 302 do nosso CPC. Isso pode parecer incompatível com a marca excepcional da ação rescisória, mas não é. É que no juízo rescisório a questão da desconstituição – esta, sim, com caráter de exceção – já está superada, e o novo julgamento é algo que se impõe com a mesma naturalidade com que se encara o julgamento no processo originário. Com efeito, quebrada a autoridade da coisa julgada, desaparece o interesse público que justificava a impossibilidade de se reputar verdadeiros os fatos alegados como constitutivos do juízo rescindente” (F. L. YARSHELL. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 383-83). No entanto, sendo o julgamento, via de regra, uno, como uma também a citação do réu, em cujo mandado citatório não consta, *a priori*, a advertência de que deve contestar sob pena de revelia (art. 250, II), não parece admissível que a presunção de veracidade se opere no juízo rescisório, sem nova oportunidade de manifestação do réu, com subsequente cisão do julgamento, com fundamento no art. 356, II. Veja-se, por exemplo, que, concordando com a impossibilidade de produção dos efeitos da revelia, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA não cogita de distinguir, nesse ponto, juízos rescindente e rescisório: *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 476 a 565. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, §114, p. 195) Parece-nos, no entanto, que, caso o legislador queira criar procedimento em que juízo rescindente e rescisório seriam de fato duas fases procedimentais distintas, seria possível que, na segunda fase, a revelia e a ausência de impugnação especificada produzissem admissão de veracidade.

completo (revelia) a um discurso completo (contestação específica nas impugnações e eventualmente direta nas confissões que contenha). Ao admitir a produção de prova pelo revel, o CPC/2015, na esteira da lição de CALMON DE PASSOS, indicia, no texto legal, menor confiança no silêncio que na declaração, mesmo inespecífica.

A diversa valoração da revelia e da contestação inespecífica se expressa também no procedimento dos juizados especiais cíveis (Lei 9.099/1995). Nela, em que tem centralidade a audiência de instrução e julgamento e em que a contestação pode ser oral, na própria audiência ou em nova data, também em audiência (art. 30 e art. 31, par. ún.), não há qualquer menção à resposta inespecífica do réu e a suas possíveis consequências, mas o não-comparecimento do réu é advertido no mandado de citação (art. 18, § 1º), de modo que sua ausência ensejará o efeito de se reputarem “verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz” (art. 20). A Lei 7.244/1984, antecedente da Lei 9.099/1995, continha dispositivos de mesmo teor (arts. 19, § 1º, 21; 31 e 32), e especificamente sobre a revelia, OVÍDIO AUGUSTO BAPTISTA DA SILVA comentou, contrapondo-se à crítica de CALMON DE PASSOS, que “[n]ão nos parece que o legislador especial, ao disciplinar uma forma alternativa de tutela, que se pretende informal, por ser de valor reduzido, pudesse adotar maiores garantias ao revel do que lhe dispensa o legislador ordinário.”¹⁰⁷

A ausência de regulamentação da impugnação especificada dos fatos não significa a sua não-incidência, uma vez que a Lei 9.099/1995 não admite uma forma processual em que os atos probatórios são independentes de controvérsia.¹⁰⁸ O que se altera é que, em contexto marcado pela “oralidade, simplicidade, informalidade...” (art. 2º), a ausência de impugnação especificada se qualifica pelo próprio contexto de diálogo, equiparando-se em muito à situação das “evasivas” do art. 386 do CPC/2015 (cf., *infra*, item 18.2). A concentração dos atos processuais e o contexto de oralidade justificam um regime rígido de preclusões, que é, aliás, condição necessária para a eficiência de um procedimento assim desenhado.¹⁰⁹ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO anota, a propósito, que as regras relativas à impugnação especificada, “ditadas diretamente para o processo civil ordinário, aplicam-se ao dos juizados especiais cíveis.”¹¹⁰

¹⁰⁷ O. A. BAPTISTA da SILVA. *Juizado de Pequenas Causas*. Porto Alegre: LeJur, 1985, p. 15.

¹⁰⁸ Conforme ROGÉRIO LAURIA TUCCI, à luz da Lei 7.244/1984, “inobstante a omissão da lei anotada, incumbirá, outrossim, ao demandado, ao contestar, efetiva *manifestação* – ainda que sucinta, *precisa* – acerca dos fatos narrados na petição, de sorte a presumirem-se verdadeiros os que não forem impugnados” (R. L. TUCCI. *Manual do Juizado Especial de Pequenas Causas*: anotações à Lei n. 7.244, de 7-11-1984. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 205).

¹⁰⁹ Cf., sobre o ponto, H. V. M. SICA. Preclusão processual civil nos Juizados Especiais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 127, p. 59-66, ago. 2015, aqui p. 61-62.

¹¹⁰ C. R. DINAMARCO. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, §67, p. 137.

A situação das partes leigas (vulneráveis técnicos),¹¹¹ muitas vezes também economicamente vulneráveis, por vezes não assistidas por advogado, diante do permissivo legal (art. 9º),¹¹² poderia levar a conclusão distinta. Examinando a situação do litigante vulnerável que “não se desincumbe de impugnar cada um dos fatos alegados pelo autor,”¹¹³ FERNANDA TARTUCE entende que o juiz, “ao constatar que o réu é, v.g., um morador de rua e/ou uma pessoa analfabeta que litiga sem advogado por uma permissão legal..., revela-se apropriada a permissão para que complemente a contestação trazendo argumentos e documentos posteriormente arregimentados pela configuração de uma justa causa para sua omissão anterior.”¹¹⁴ EDUARDO CAMBI, também por consideração a situações que demandam especial proteção judicial, entende que “as relações de consumo não se sujeitam ao ônus da impugnação específica e à presunção de veracidade.”¹¹⁵

A nosso ver, no entanto, o problema não vai resolvido pela inovação, no mínimo *praeter legem*, de desconsiderar o dever de impugnação especificada dos fatos nos Juizados Especiais – já que, segundo essa lógica, dever-se-ia derrogar também o dispositivo expresso relativo à revelia. Seria isso referendar a avaliação de CALMON DE PASSOS: “[nos juizados especiais] a fase postulatória é uma farsa por seu excessivo informalismo e pela hipertrofia dos poderes do magistrado.”¹¹⁶ A resolução do problema passa antes pela necessária tomada em conta, pelo juiz, de um *standard* mais flexível (cf., *supra*, item 12.1) relativamente ao que constitui ou não uma impugnação especificada. De acordo com DINAMARCO: “[n]aturalmente, dado o caráter popular do processo dos juizados especiais, o juiz terá muito cuidado ao aceitar essa incontrovérsia, uma vez que as partes leigas não são capazes de medir as consequências jurídicas de seu comportamento em juízo nem de traçar eficientes estratégias de defesa.”¹¹⁷

¹¹¹ F. TARTUCE. Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 127, p. 47-57, ago. 2015, aqui p. 51.

¹¹² “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. § 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local. § 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar. § 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais. § 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver necessidade de vínculo empregatício.”

¹¹³ F. TARTUCE. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 303.

¹¹⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 307.

¹¹⁵ E. CAMBI. A inexistência do ônus da impugnação específica para o consumidor. *Revista de Processo*, n. 129, p. 66-74, nov. 2005, aqui p. 68.

¹¹⁶ CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 241.

¹¹⁷ DINAMARCO, *Manual dos Juizados Cíveis*, §73, p. 147. No mesmo sentido: “tendo em vista as características dos Juizados, deve o magistrado procurar das a maior amplitude possível à defesa feita diretamente pela parte sem formação técnica, considerando a impugnação dentro de um contexto lógico” (F. B. ROCHA. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis e Federais*: teoria e prática. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 204).

Outro problema, bastante complexo, é o de definir quais fatos podem ser provados pelo revel nos termos do art. 349 do CPC/2015. O principal limite parece ser o de não trazer fato novo – “contrapostas às alegações do autor” é a dicção legal – (logo, não seria possível, em tese, a defesa indireta), mas, conforme já vimos (cf., *supra*, capítulo 3), essas distinções não são facilmente estabelecidas *a priori*. A posição de RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO é de tomar em conta:

[A] atividade probatória do réu revel não pode ser tal que o permita fazer alegações de fato no momento de requerer as provas. A oportunidade de invocar outros fatos se exaure com a contestação. Admitir a alegação de fatos posteriormente significa afastar os efeitos da revelia, favorecendo a parte ré, que deixou de apresentar defesa. Assim, poderá o réu revel requerer provas quanto a fatos que o juiz possa conhecer de ofício (por exemplo, o pagamento) e quanto aos fatos trazidos pelo próprio autor, quando demonstrar que a presunção de veracidade, própria da revelia, não é suficiente para considerar integralmente provado aquele fato.¹¹⁸

Nesses termos, tratar-se-ia de possibilidade de negação dos fatos do autor *a posteriori*, logo de possibilidade tardia de impugnação especificada pela via da instrução. Nesse sentido, a previsão do art. 349 do CPC/2015 desobstruiu, para o revel, (ao menos) a preclusão para a impugnação especificada dos fatos.

17.3. Proibição e abuso de direito processual: CPC/2015, arts. 77 e 80

RF1.2. O contraditório efetivo apenas admite alegações conformes à boa-fé objetiva, sendo vedado o abuso do direito de defesa sob as vestes de uma impugnação especificada.

¹¹⁸ R. de C. APRIGLIANO. Comentário ao artigo 349. In: BUENO (coord.), *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 133-34, aqui p. 134. Em formulação mais aberta, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, entende que se tratará, para o revel, de “provar que a versão fática deduzida na petição inicial não corresponde à verdade” (CRUZ e TUCCI, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 7, *op. cit.*, p. 264). Tratar-se-ia de franquear também a prova de fatos extintivos, modificativos e mesmo os “impeditivos”? Ou meramente os impeditivos, pelas especificidades já discutidas (cf., *supra*, 11.2)? A nosso ver, esse regime ainda está por se construir com clareza. De forma bastante mais restritiva, cf. GIANESINI, *Da revelia no processo civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 75.

RF1.2.1. É conduta ímproba, a ser sancionada com imposição de multa, a impugnação de alegação de fato que se sabe (ou se deve saber, segundo um padrão de boa-fé objetiva) ser conforme às alegações do autor.

RP2.4. Ocorre abuso de direito quando o réu impugna especificadamente alegação de fato do autor por meio de sucessivos recortes da figura de fato desenhada na inicial, sem que esses recortes sejam em tese aptos a afastar os elementos da figura de fato necessários e suficientes para sustentar a pretensão do autor. (cf., *supra*, RF1.2)

Ao estudar o conteúdo mínimo de resposta que atende ao dever de impugnação especificada dos fatos (cf., *supra*, item 12.1), assentamos que ele é conformado pelo dever de veracidade. Naquele ponto do trabalho, examinamos esse dever, atentando especialmente para o fato de que ele só se realiza simultaneamente com o dever de completude, ou completitude, preenchendo-se, isto é, no dizer “toda a verdade e nada mais do que a verdade.”¹¹⁹ Nesta sede, que visa a um mero completamento daquela exploração em função dos propósitos hermenêuticos que animam este capítulo, importamos, assentando, antes do mais, a premissa do paralelismo de deveres de autor e réu, proceder, de um lado, a indicar o complexo axiológico-deontológico a que o dever de veracidade se liga, e, de outro, a formular o problema da resposta desconforme com o dever de impugnação especificada como caso de abuso de direito processual.

O art. 3º do CPC/1939,¹²⁰ que teve o importante papel de consagrar, no âmbito processual, discussão sobre o abuso de direito que ia sendo travada desde que essa figura se desenhava no art. 160 do CC/1916,¹²¹ parecia, por sua dicção, indicar alguma espécie

¹¹⁹ A. de ASSIS. *Processo Civil Brasileiro*: volume 2, tomo 1, parte geral, institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015, §129, 606, p. 278.

¹²⁰ “Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.”

¹²¹ “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. II. A deterioração ou destruição da coisa alheia, afim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520). Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.” CLOVIS BEVILAQUA, comentando esse artigo, entende que ele se refere a três figuras jurídicas: a legítima defesa, o estado de necessidade e o abuso de direito. Sobre o último, após minuciosa explanação do processo legislativo, afirma: “[e]statue o art. 160, I, que não constitui acto ilícito o praticado *no exercício regular de um direito reconhecido*. *A contrario sensu*, o praticado em exercício não regular de

de diferença entre deveres do autor e do réu em matéria de probidade processual.¹²² No entanto, em relevante monografia aparecida sob a vigência daquele diploma, JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO esclarecia que, “entre nós, a posição do réu no processo civil é perfeitamente igual à do autor. A nenhum deles se admite o abuso do direito, seja qual for a forma por que este se manifeste.”¹²³ A posição já ficara, aliás, nítida desde as primeiras anotações ao CPC/1939, conforme se colhe de comentário de JORGE AMERICANO: “[a]ntes de decidida definitivamente a causa, ambas as partes têm direito a igual proteção, e nenhuma astúcia se admite nalguma delas para desequilibrar em seu favor o tratamento da lei.”¹²⁴ Foi a orientação seguida pelo CPC/1973, sobretudo nos arts. 14 e 17, cuja disciplina na matéria foi retomada, com pouca mudança, pelo CPC/2015, arts. 77 e 80. Vejam-se as formulações pareadas como “pretensão ou defesa”, “declaração ou defesa de direito”, ao lado de outras sem qualquer remissão a posições que possam, *a priori*, ser associadas a autor ou réu individualmente. Os deveres processuais que concretizam o mandamento de probidade, comenta ROGÉRIO LAURIA TUCCI, já à luz do CPC/1973, recaem sobre as “partes, indistintamente consideradas.”¹²⁵ É por isso que, ao examinar uma série de condutas de autor e réu, mormente na petição inicial e na contestação, que, de alguma forma, promanam desse regramento, procede-se a um elucidamento recíproco do regime jurídico daqueles atos processuais, caso do imperativo de clareza, de que já se tratou (cf., *supra*, item 17.1.1).

Desde o CPC/1939, o regramento da probidade processual coloca dificuldades sistemáticas. Além do art. 3º, já mencionado, aquele diploma regulava o dever de veracidade e outros componentes da probidade no art. 63.¹²⁶ O CPC/1973, no que foi

um direito, é ilícito. Eis ahí a condenação do abuso do direito. (...) O [Código Civil] brasileiro, art. 160, I, refere-se ao exercício irregular do direito. (...) O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral” (*Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*: volume 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 431 e 433-34).

¹²² Sobre esse contexto, cf.: H. THEODORO JÚNIOR. Relatório Brasileiro – Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: J. C. BARBOSA MOREIRA (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129, especialmente p. 93-98.

¹²³ J. O. de CASTRO FILHO. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 123.

¹²⁴ J. AMERICANO. *Comentários ao Código do processo Civil do Brasil*: volume 1, artigos 1 a 290. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 111.

¹²⁵ R. L. TUCCI. *Temas e Problemas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 22.

¹²⁶ “Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar À vencedora as custas do processo e os honorários de advogado. § 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa. § 2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo,

seguido pelo CPC/2015, além de regras associadas a atos processuais específicos, decidiu cindir a matéria em um rol de deveres das partes e em outro de condutas que tipificam litigância de má-fé. Reconduzi-las, em seu conjunto, à noção de probidade processual, de acordo com sistematização proposta por ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, é um primeiro passo para ordenar a intrincada matéria:

Estas regras de sentido ético formam o “princípio da probidade”, como ínsito ao próprio desenrolar da atividade jurisdicional na sua variada gama de atos. Normalmente, esse “princípio” é invocado para a atuação das partes, segundo a exigência do chamado “dever de lealdade”, que mais se evidencia no “dever de verdade”, sendo esse variante ou modalidade daquele, que tem acepção ampla. Entretanto, aquele “princípio” não se cinge somente aos litigantes e aos intervenientes, mas, sim, igualmente, estende-se aos demais elementos que figuram no desenvolvimento do processo – desde os juízes até as testemunhas e os peritos.¹²⁷

Assim, de um mandamento de probidade, radicado nos fundamentos éticos do direito, embora positivados, exsurge uma série de deveres, que preenchem aquela figura da probidade processual, dentre os quais se encontra, com preeminência, o dever de veracidade.¹²⁸ ROGÉRIO LAURIA TUCCI agrupou esses deveres derivados da probidade em três núcleos: deveres “a) *de veracidade*; b) *de lealdade*; e c) *de evitação de artifícios fraudulentos*.”¹²⁹ Com a guinada principiológica consagrada no CPC/2015, a probidade processual, a que atinem mais diretamente esses dispositivos, vai, por sua vez, infundida de mandamentos ainda mais gerais, como a boa-fé (art. 5º) e a cooperação (art. 6º), conforme identifica BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES.¹³⁰

fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas. § 3º Si a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.”

¹²⁷ A. de MENDONÇA LIMA. *Probidade processual e finalidade do processo*. Uberaba: Vitória, 1978, p. 15.

¹²⁸ Em sentido semelhante, mas preferindo lealdade a probidade: “Ora, todos esses deveres são decorrência, em suma, do princípio da lealdade, do qual é consequência inarredável o da veracidade” (M. ARRUDA ALVIM NETTO. *Código de Processo Civil Comentado*: volume 2, artigos 7º a 49. São Paulo: RT, 1975, p. 120).

¹²⁹ R. L. TUCCI. *Temas e Problemas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 22.

¹³⁰ B. V. C. LOPES. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, arts. 70 a 118. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 51-52 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por José Roberto F. GOUVÊA; Luís Guilherme A. BONDIOLI e João Francisco N. da FONSECA).

Entre a positivação de deveres específicos e a positivação de princípios abrangentes, a noção de probidade parece contribuição doutrinária relevante por sua aderência às duas faces do problema tal como ele se apresenta no texto legal: de uma banda, um rol de condutas que os sujeitos do processo devem adotar (CPC/2015, art. 77), e, de outra banda, um rol de condutas que são condenadas (CPC/2015, art. 80), vale dizer, condutas probas e condutas ímprobas. Note-se, como reforço da articulação entre esses dispositivos, que as situações se confundem, em certa medida, já que os incisos II e III do art. 77 do CPC/2015 adotam formulação negativa (“não formular...”, “não produzir...”), vale dizer, designam a conduta proba pela negação da conduta ímproba. É o que reconhece CASSIO SCARPINELLA BUENO, ao assentar que se deve “*entender os comportamentos apontados em um e em outro [rol] uniformemente*, na construção de um padrão de atuação proba e de boa-fé dos litigantes.”¹³¹

Em que pesem opiniões que pretendiam ver um grau adicional de distância entre o rol de condutas probas e o de condutas ímprobas, como se a litigância de má-fé implicasse necessariamente “conduta intencional (má-fé),”¹³² orientação doutrinária que não desapareceu com o CPC/2015,¹³³ a objetivação da boa-fé parece ter consagrado a vertente objetivista que, em nosso direito, já era defendida por PEDRO BATISTA MARTINS à luz do CPC/1939, com esteio na distinção romana entre *calumnia* (com intencionalidade) e *temeritas* (sem intencionalidade):

O juiz não precisa mergulhar no pélogo das intenções humanas para responsabilizar o titular de um direito pelos danos produzidos pelo seu exercício irregular, artificial ou imoderado. (...) No fundo, todos êsses critérios são meios diversos mas equivalentes que se podem adotar para a realização do mesmo fim: verificar se há, de fato, rutura do equilíbrio dos interesses, que à ordem jurídica cumpre estabelecer e assegurar.¹³⁴

¹³¹ C. S. BUENO. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 1, teoria geral do direito processual civil, parte geral do Código de Processo Civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 487, grifos nossos.

¹³² THEODORO JÚNIOR, Relatório Brasileiro – Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro, *op. cit.*, p. 101.

¹³³ Cf., por exemplo: F. de C. ARAÚJO. *Curso de Processo Civil*: tomo 1, parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 503ss.

¹³⁴ P. B. MARTINS. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 250.

É a compreensão, hoje, de BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES (“a aferição da existência de um abuso prescinde da investigação da real intenção de quem pratica o ato”),¹³⁵ de RENATO BENEDUZI (“[na repressão da litigância de má-fé,] a regra tornou-se a responsabilização objetiva”),¹³⁶ de EDUARDO DE AVELAR LAMY e PEDRO HENRIQUE RESCHKE (“[a]gir com má-fé processual significa atuar contrariamente ao dever de não gerar danos às outras partes e ao processo – ..., é negar vigência à ideia de boa-fé processual que está exposta no art. 5º do Novo CPC e deve orientar a leitura de todos os seus dispositivos”),¹³⁷ etc..

Para os propósitos hermenêuticos que aqui nos animam, constrói-se, assim, pela combinação dos arts. 77 e 80 do CPC/2015, um conjunto de condutas que concretizam a noção de probidade processual, de que a impugnação especificada dos fatos pelo réu, na contestação, é um componente, por ter seu conteúdo mínimo determinado pela figura do dever de veracidade (cf., *supra*, item 12.1), que se apresenta como uma dessas condutas (arts. 77, I; 80, II). Radicar a impugnação especificada nesse rol de condutas permite, assim, valer-se delas como critério hermenêutico para o adensamento de seus contornos em cada caso concreto em que se tenha de verificar o cumprimento do dever, em que pese o grau de generalidade com que o rol é construído, o que não dispensa o exegeta de um complexo adensamento hermenêutico a cada ponto da análise.

Por sua proximidade com o problema da impugnação especificada, uma vez que se aplicam às alegações das partes, têm especial interesse, nesse esforço interpretativo, as hipóteses dos arts. 77, II (“não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento”), e 80, IV (“opuser resistência injustificada ao andamento do processo”), do CPC/2015. Esses dispositivos se leem potencialmente de forma combinada, uma vez que autor e réu podem se valer do processo, iniciando-o ou prolongando-o, mediante postulação ou resistência, como forma de adiar a satisfação do direito um do outro.

Note-se, a esse propósito, que a formulação do art. 80, IV, do CPC/2015, guarda forte semelhança com o art. 3º, par. ún., do CPC/1939 (“[o] abuso de direito verificar-se-

¹³⁵ LOPES, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁶ R. BENEDUZI. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, artigos 70 ao 187. São Paulo: RT, 2016 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme Marinoni e coordenada por Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero), p. 91.

¹³⁷ E. de A. LAMY; P. H. RESCHKE. Comentário ao art. 80. In: A. do P. CABRAL; R. CRAMER (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145-47, aqui p. 146.

á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”). Observe-se ainda, de passagem, a evolução em direção a um padrão objetivo de conduta, com a retirada do advérbio “maliciosamente”, já na redação original do art. 17, V, do CPC/1973. Ora, foi justamente sob o CPC/1939, e visando esse dispositivo, que ANTÔNIO PEREIRA BRAGA identificou como forma de “prevenir e obstar o ilícito unilateral e recíproco das partes... em relação ao réu: (...) a obrigação de contestar com clareza e precisão (art. 180, combinado com o art. 158).”¹³⁸

ANTÔNIO PEREIRA BRAGA foi autor, conjuntamente com PHILADELPHO AZEVEDO, de anteprojeto da parte geral Código de Processo Civil e Comercial para o Distrito Federal e para a Justiça Federal, concluído em dezembro de 1934,¹³⁹ de que constavam os seguintes artigos:

“Art. 489. Além dos juros e das multas estabelecidas neste Código, será imposta ao réu a pena de pagamento de mais 5% do valor da condenação quando praticar dolo processual fraudando ou tentando fraudar os elementos de fato em que o processo assentar, com o fim de iludir o juiz, e induzi-lo a sentenciar nula ou injustamente (art. 94 do Cod. Civil). Parágrafo único. Si a fraude for praticada pelo autor, pagará este ao réu a mesma percentagem sobre o pedido. Parágrafo único. Incorrerá na penalidade do artigo anterior, pela forma nele estabelecida, a parte que propuzer ação ou reconvenção temerária, culposa ou dolosamente.

“Art. 490. Incorrerá na penalidade do artigo anterior, pela forma nele estabelecida, a parte que propuzer ação ou reconvenção temerária, culposa ou dolosamente. Paragrafo unico. Na mesma penalidade incorrerá também a parte que usar de recurso manifestamente improprio ou descabido, e o réu que, citado para a ação em que deva também ser citada a sua mulher, ocultar ao oficial o fato de ser casado (arts. 204 e 219, n. III).”

O dever de impugnação especificada dos fatos, assim, tal qual concebido por aquele diploma (cf., *supra*, item 9.2), atendia a uma injunção tácita de apenas impugnar aquilo que houvesse de ser impugnado (porque incompatível com a verdade tal qual se apresenta ao réu como sujeito cognoscente), razão pela qual também descumpre esse dever quem se vale da determinação legal para, especificadamente, opor-se a fato que sabe – ou deveria saber, já que a conduta é tomada em sua configuração típica, objetivada – ser falso ou impertinente. Não se impugnam especificadamente todas as alegações do

¹³⁸ A. P. BRAGA. *Exegese do Código de Processo Civil*: volume 2, crítica, interpretação, jurisprudência. Rio de Janeiro: Max Limonad, s/d, p. 321, grifos nossos.

¹³⁹ Sobre esse anteprojeto, cf. M. LOBO da COSTA. *Assistência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 92.

autor, mas aquelas a que se deve resistir. Evidentemente, trata-se, em parte, de outro aspecto do dever de veracidade (em sua faceta negativa, não mentir), mas é também preceito que determina que o réu, ao contestar, oferecendo a sua narrativa dos fatos, conteúdo necessário da resposta, em ampla gama dos casos (cf., *supra*, item 12.1), impugne as alegações da inicial de modo proporcionado. Vale dizer: o réu tem o direito – e simultaneamente o dever – de narrar os fatos segundo sua apreensão da realidade, mas esse direito pode ser exercido de forma abusiva.

É o caso, por exemplo, de evitar a impugnação pormenorizada de elemento de fato que, embora possa não corresponder à sua exata apreciação da realidade, não elide outros elementos que, também já de acordo com sua percepção, correspondem à verdade e justificam a pretensão do autor. Tal atitude equivaleria a, mesmo sem mentir, e por apego até à sua própria percepção da realidade, subverter os fins da função jurisdicional, opondo resistência injustificada ao desfecho do processo. Trata-se de caso em que, de acordo com PEREIRA BRAGA, o réu “opõe uma defesa que lhe seja inútil, usa dos meios respectivos sem proveito.”¹⁴⁰ Sem que se possa estender a reprovação a casos em que a impugnação especificada seja fortemente pormenorizada, mas voltada ao fim de resistir justificadamente à pretensão do autor, fica caracterizada, em caso como esse, pela inidoneidade ao afastamento *probo* daquela pretensão, conduta contrária ao direito.

Parece que aí se chega perto da ideia de “abuso de direito”, ou, como prefere PONTES DE MIRANDA, do “exercício lesivo do direito”,¹⁴¹ uma “modalidade do genero acto ilícito”,¹⁴² em que “a ilicitude... pressupõe a existência e o exercício de um determinado direito subjetivo, mas de modo a desbordar os limites estabelecidos expressamente pelo próprio ordenamento jurídico.”¹⁴³ O que ocorre é, nota FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, uma “contrariedade entre o preenchimento da estrutura formal do direito subjectivo em questão, seja ele qual for, e o valor que juridicamente funda o sentido teleológico do mesmo direito.”¹⁴⁴ Afinal, ao apresentar sua contestação, o réu exerce o direito de defesa em contexto permeado de imperativos de conduta que atendem ao imperativo geral, no caso concretizado nas posições do autor e do juiz, de que “a

¹⁴⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 257.

¹⁴¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, artigos 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 379.

¹⁴² J. AMERICANO. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 41.

¹⁴³ B. MIRAGEM. *Abuso do Direito*: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2.ed. São Paulo: RT, 2013, p. 120.

¹⁴⁴ F. A. C. de SÁ. *Abuso do Direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973, p. 616.

liberdade do agente no exercício de seu direito cessa quando encontra outro direito com o qual se choça.”¹⁴⁵

Conforme o testemunho de JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, é a finalidade da função jurisdicional que vai assim pervertida, sob a aparência de um exercício regular do direito (poderíamos, em nosso caso, dizer, sob a aparência de uma contestação que impugna especificadamente as alegações do autor):

As ações em que o réu contesta “para ganhar tempo” são de todo o dia e não representam senão abuso do direito. As demandas em que o réu resiste somente para acarretar maior dano ao autor também são freqüentes, e constituem por igual abuso do direito. Não são tais atitudes – é preciso reconhecer e proclamar – um uso normal do processo. São uso anormal, abuso, que viola o direito alheio e se constitui mesmo num dos maiores fatores para o atravancamento dos tribunais, que a todos prejudica.¹⁴⁶

Note-se que, assim, vai reformulada questão de que nos ocupamos mais atrás, na própria definição do mandamento de impugnação especificada como dever jurídico (cf., *supra*, item 3.2). Embora o núcleo da noção de sanção seja cognitivo, vale dizer, equivalha um juízo sobre o mundo, e embora a admissão de veracidade dos fatos não especificadamente impugnados seja sanção endoprocessual que se sobrepõe, em um segundo momento, ao reconhecimento do desvalor da conduta, que é reconhecimento da incidência da sanção em seu núcleo fundamental, o enquadramento da ausência de impugnação especificada, seja pela falta (impugnação inespecífica), seja pelo excesso (impugnação especificada excessiva incompatível com a finalidade do exercício da jurisdição), como forma de abuso de direito processual, que colide com a probidade processual, enseja, notadamente nos casos do art. 80, incisos II e IV, do CPC/2015, a sanção prevista no art. 81 do CPC/2015,¹⁴⁷ vale dizer, a condenação em multa por litigância de má-fé.

¹⁴⁵ AMERICANO, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁶ CASTRO FILHO, *Abuso do direito no processo civil*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁷ “Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a

O enquadramento de condutas como essas como litigância de má-fé se constata claramente no direito português (e.g., “negação de factos pessoais do réu em acção de investigação de paternidade”,¹⁴⁸ “afirmação de ‘meias verdades’, ocultando factos conhecidos em violação ao dever de cooperação”¹⁴⁹), ensejando a responsabilização prevista no art. 542º do diploma processual luso,¹⁵⁰ de modo que desatender ao dever de impugnação especificada dos fatos equivalerá, em muitos casos – porque se tratará de faltar com a verdade (em seus aspectos positivo, i.e., mentir, e negativo, isto é, omitir) ou de se opor injustificadamente à pretensão do autor (com uma contestação genérica, que carece de fundamentos porque eles simplesmente não existem, ou com uma contestação excessivamente pormenorizada, quando o réu tipicamente sabe que assiste razão ao autor) –, a litigar de má-fé.

Se a prática no foro brasileiro não corresponde a esse padrão (mediatamente) ético e (imediatamente) legal, como reconhece BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES,¹⁵¹ é outro problema, que escapa ao estudo dogmático a que aqui nos propomos. Lembre-se, contudo, no ponto, a reflexão de PONTES DE MIRANDA: “[u]m povo vale a justiça que tem, a independência que dá a essa justiça e a responsabilidade a que submete os seus juízes.”¹⁵² É problema, isto é, de eficiência do direito, não de incidência da norma.

18. Impugnação especificada e fase probatória

Se, conforme já afirmamos, a função da impugnação especificada dos fatos é, mediadamente, promover a descoberta da verdade e, imediatamente, controverter as alegações de fato do autor, transformando (alguns ou todos os) pontos em questões *e com*

parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.”

¹⁴⁸ GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*: volume 1, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴⁹ IDEM, *Ibidem*.

¹⁵⁰ “Art. 542º (Responsabilidade no caso de má-fé – Noção de má-fé) 1 – Tendo litigado de má-fé, a parte é condenada em multa e numa indenização à parte contrária, se esta a pedir. 2 – Diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave: a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão. 3 – Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé.”

¹⁵¹ LOPES, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵² PONTES de MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, *op. cit.*, p. 267.

isso delimitando a atividade probatória (cf., *supra*, item 10), não causará estranheza que, nas normas relativas à instrução, e máxime naqueles regramentos que atinem a alegações das partes no curso da instrução (depoimento pessoal e confissão) – vale dizer, atos discursivos cuja estrutura é a mesma dos atos postulatórios, embora a valoração jurídica seja distinta – haja reflexos do dever da impugnação especificada que aqui nos importam por seu potencial hermenêutico.

18.1. Considerações preliminares sobre o “ônus” da prova: CPC/2015, art. 373

Preambularmente, antes de atacar as alegações das partes que, homólogas às da fase postulatória (logo àquelas sobre as quais recai o dever de impugnação especificada dos fatos), desenvolvem-se, com diversa valoração, na fase instrutória (*infra*, itens 18.2 e 18.3), cabem alguns apontamentos sobre o art. 373 do CPC/2015, que veicula o conceito de “ônus da prova” e se propõe a traçar as linhas mestras de seu funcionamento.

É preciso desde logo esclarecer que, diferentemente do que a doutrina sustentou por algum tempo, sobretudo durante a vigência do CPC/1939 (cf., *supra*, item 9.2), quando vigia polêmica sobre os efeitos da contestação por “negativa geral”,¹⁵³ a disciplina do “ônus” da prova não é alterada pelo cumprimento ou não do dever de impugnação especificada dos fatos, porque, conforme já explanado (cf., *supra*, item 3.3), o descumprimento do dever não altera um prévio esquema de “ônus” da prova, mas antes define quais fatos serão ou não objeto de atividade probatória. Não há, por certo, investigação sobre atribuição do “ônus” de fato excluído da instrução. O que pode, evidentemente, ocorrer, é que fato a princípio excluído da atividade probatória, por ausência de impugnação especificada, venha a ser posto em questão, *indiretamente*, por atividade relativa a *outro* fato ou elemento de fato, caso em que incidem as considerações anteriormente expendidas sobre atenuamento de preclusões para alegações em caso de exercício de poderes instrutórios pelo juiz (cf., *supra*, itens 11.2 e 11.3). Contornado assim um falso problema, há ainda consideração relevante a ser tecida.

¹⁵³ Havia autores que sustentavam que, não havendo impugnação especificada de fato articulado pelo autor na petição inicial, o autor não mais ficava com o “ônus” probatório, que se transferia ao réu, não lhe sendo vedada a produção de prova pela simples negativa geral, apenas sendo agravada a sua situação em razão de passar a ser seu o referido “ônus.” Como hoje há clareza sobre a exclusão desse fato da atividade instrutória – o que não significa dizer que fato não diretamente impugnado não pode ser indiretamente impugnado por uma necessidade lógica, cf., *supra*, item 13 –, a discussão não tem mais sentido. Cf., mais detalhadamente, *supra*, item 9.2.

A construção da figura do “ônus da prova”, por ter alimentado as discussões teóricas sobre a categoria (que se quer) jurídica de “ônus”, tem impacto na concepção que se faz da impugnação especificada como ônus, e não como dever (cf., *supra*, itens 2.1 e 2.2).¹⁵⁴ Por evidente, excluída a noção de ônus do vocabulário relativo às posições jurídicas, descaberá também, como consequência lógica do marco teórico desenvolvido, falar em “ônus” da prova, pelo que a figura do art. 373 deve ser redimensionada, a exemplo do que propusemos, mais detidamente, para o art. 341. Diante dos propósitos imediatos deste trabalho, não se oferecerá aqui mais que um direcionamento indiciário.

Serve como cautela liminar – infelizmente não levada a sério pela doutrina brasileira, que teima em conferir tratamento conceitual à noção de “ônus”, com todas as implicações de que já se tratou *supra*, item 2.3 – o que dizia RUDOLF POHLE ao resenhar a terceira edição do clássico *Der Beweislast*, de ROSENBERG, em 1956: “o termo se naturalizou, e é difícil encontrar outro mais curto, mais apto e mais conveniente.”¹⁵⁵ GIOVANNI VERDE, em monografia clássica sobre o tema, comenta, com ironia, que “o ‘tipo’ [ônus] descrito pelos estudiosos da teoria geral muito dificilmente encontra uma correspondência precisa nas experiências processuais concretas,”¹⁵⁶ assumindo ademais a expressão “ônus da prova” “um significado evidentemente impróprio.”¹⁵⁷ É, portanto, de um atalho linguístico que se está tratando, estenografia imprestável à ciência.

O ponto de partida para a reconfiguração da noção de “ônus” da prova é extremar duas ideias de todo diversas que, em categorização que tampouco convence, parcela da doutrina alude pelas expressões “ônus subjetivo” e “ônus objetivo” da prova.¹⁵⁸ BARBOSA MOREIRA soube bem extremar as duas categorias:¹⁵⁹ uma coisa é, independentemente de

¹⁵⁴ Apenas exemplificativamente, glosando o ônus como uma “conveniência”, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR assenta que “[n]ão há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário” (H. THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual*: volume 1. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 875).

¹⁵⁵ R. POHLE. Rezension. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 155 (2), p. 165-80, 1956, aqui p. 166.

¹⁵⁶ G. VERDE. *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974, p. 12-13.

¹⁵⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 14-15.

¹⁵⁸ Cf., para uma primeira aproximação: O. JAUERNIG; B. HESS. *Zivilprozessrecht*: ein Studienbuch. 30.ed. München: C.H. Beck, 2011, §50, 203.

¹⁵⁹ MICHELI também se esforça por separar distintos elementos a que se busca referir por meio da expressão “ônus da prova”: “a) poder das partes de dispor do material de fato (ao menos em regra) sobre o qual fundamentam as pretensões respectivas e sobre o qual o juiz depois deverá formar seu próprio convencimento; b) dever do juiz de julgar ‘secundum allegata et probata’, com a consequente limitação de seus poderes instrutórios e decisórios; c) necessidade de que o juiz decida em todo caso, acolhendo ou rejeitando o pedido” (G. A. MICHELI. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966, p. 104). Colocar os três pontos em pé de igualdade, no entanto, é enganador, pois, a bem ver as coisas, a necessidade de decisão é um pressuposto, ou condicionante, do dever de julgar. Quanto ao poder das partes de dispor do material probatório, a questão vai reconfigurada segundo cada ordenamento positivo. O próprio MICHELI nota,

qualquer atribuição de responsabilidade, a condição de não ter ficado provado determinado fato, logo um imperativo legal de decisão; outra coisa é a valoração da conduta de alguém que deveria (ou, atenuando a terminologia para logo retomar o ponto, precisava) e poderia – já que *nemo ad impossibilia tenetur* – produzir prova sobre determinado fato não a ter produzido.¹⁶⁰

No primeiro caso,¹⁶¹ o que se tem é, como querem alguns, uma “presunção” (ou, melhor, uma atribuição de efeitos) legal: é “presumido” não verdadeiro o fato constitutivo do direito da parte que não ficou provado. Nada tem isso que ver com a atribuição de deveres (suavizando, para logo retomar, responsabilidades) a alguém, não constituindo valoração de conduta processual. O imiscuir-se, nessa presunção, de noções subjetivas vem externado na expressão de “pena de confesso” (CPC/2015, arts. 139, VIII; 385, §1º). Não se trata de confissão, nem mesmo de confissão ficta.¹⁶² A confissão, de um lado, é uma declaração expressa, e a ficção, de outro lado, é a tomada por verdadeiro de fato que *se sabe* falso.¹⁶³ Não se está, tampouco, pelo simples fato de não ter ficado provado um fato, a punir a parte, já que a prova pode não se produzir por diferentes razões, aí incluída a impossibilidade de sua produção (imagine-se que a única testemunha do fato morreu antes de ser ouvida). É, ao que parece, o mesmo imiscuir-se de uma noção construída com forte referência subjetiva (dever para consigo mesmo, imperativo do próprio interesse)

diante de evoluções no ordenamento italiano, que “recentemente se observou, contudo, como um limite a essa liberdade de autodeterminação pode se constituir, no próprio ordenamento positivo, pelo assim chamado dever de probidade processual” (IDEM, *Ibidem*, p. 170).

¹⁶⁰ De acordo com o autor: “Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar. Inversamente, se a obscuridade cessou para dar lugar à certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica à parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído, sequer com parcela mínima, e ainda que pudesse fazê-lo, para a formação do convencimento judicial, devendo-se o êxito, com exclusividade, a outros fatores. Ao juiz, por conseguinte, toca ver se são completos ou incompletos os resultados da atividade instrutória. Não lhe importa, na primeira hipótese, a quem se deve o serem completos os resultados. Importar-lhe-á, sim, na segunda, a quem se deve o serem incompletos; ou, mais precisamente, a quem se hão de atribuir as consequências da remanescente incerteza. Se quisermos usar a terminologia habitual, poderemos dizer que o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto *objetivo* do ônus da prova, não com o seu aspecto *subjetivo*” (J. C. BARBOSA MOREIRA. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual*: segunda série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-82, aqui p. 75).

¹⁶¹ Problema cuja autonomia científica se deve sobretudo aos trabalhos de ROSENBERG, na Alemanha, e de MICHELI, na Itália: L. ROSENBERG. *Der Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*. 3.ed. München: C.H. Beck, 1953; MICHELI, *L'onere della prova*, *op. cit.*.

¹⁶² Expressão criticada em: BARBOSA MOREIRA, As presunções e a prova, *op. cit.*, p. 65. Caracterizando a *poena confessi* como “absurda velharia medieval”, JOÃO BONUMÁ dizia que a “presunção de veracidade das alegações não contestadas... nem constitui uma pena, nem configura uma confissão presumida” (J. BONUMÁ. *Direito Processual Civil*: volume 2. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 375-76).

¹⁶³ IDEM, *Ibidem*.

que se está a promover ao falar em “ônus objetivo da prova.”¹⁶⁴ Trata-se, sim, de regra de julgamento consistente em uma presunção,¹⁶⁵ ou melhor, em uma atribuição de efeitos por determinação legal.

No segundo caso, a seu turno, atinente ao assim chamado “ônus subjetivo da prova”, noção que PONTES DE MIRANDA pretende demolir inteiramente, sob o argumento de que, “[c]omo partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações”,¹⁶⁶ e, assim, “[u]ma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova”,¹⁶⁷ há situações diversas,¹⁶⁸ em torno da “conduta imposta a um ou a ambos os litigantes.”¹⁶⁹ Isso porque há casos em que o ordenamento valora a conduta da parte que não produz prova que *devia* (e *podia*) produzir, vale dizer, em que é imputada à parte um imperativo categórico, segundo o qual a conduta conforme ao direito é a produção de prova, e há outros casos em que o direito não valora a ausência de prova, criando espaço de liberdade para a parte, dentro de uma relação jurídica, vale dizer, marca o ato com neutralidade axiológica. De acordo com as definições adotadas neste trabalho (cf., *supra*, item 3.1), em um caso, há dever e, no outro, faculdade de produzir prova.

Diante do problema valorativo, podemos tentar uma primeira aproximação com os meios de prova disciplinados no CPC/2015. Note-se que, nos arts. 379 e 380 do CPC/2015, mediante a mesma formulação linguística (“incumbe...”), são indicadas condutas, primeiro das partes, depois de terceiros, valoradas positivamente pelo ordenamento (logo, não estamos a falar de faculdades). Essas condutas se reportam a parcela apenas dos meios probatórios delineados pelo CPC/2015 a partir do art. 381, e cuja nota diferencial é justamente o fato de que o descumprimento daquelas condutas positivamente valoradas é tido por desconforme ao direito, seja qual for a modalidade de

¹⁶⁴ É desse ponto de vista que ROSENBERG, SCHWAB e GOTTWALD entendem que “as regras relativas ao ônus da prova não são *primariamente* uma sanção para uma atividade processual inadequada” (L. ROSENBERG; K. H. SCHWAB; P. GOTTWALD. *Zivilprozessrecht*. 17.ed. München: C.H. Beck, 2010, § 155, 3, p. 645, grifos nossos), já que, para esses autores, a dimensão objetiva é preponderante; no entanto, elas são *secundariamente* sanção do ponto de vista da conduta das partes.

¹⁶⁵ É a conclusão de LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, a despeito de não dispensar a noção de ônus: “Em suma, o ônus da prova, sob o prisma da regra de julgamento, autoriza que o juiz – cujo dever (poder-dever) de sentenciar não se altera mesmo na hipótese de não ter alcançado convicção sobre os fatos relevantes e controvertidos do processo – alcance o conteúdo da indeclinável sentença a ser proferida nessa hipótese extrema” (L. E. B. PACÍFICO. *O ônus da prova*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 159).

¹⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 4, *op. cit.*, p. 228.

¹⁶⁷ IDEM, *Ibidem*.

¹⁶⁸ Adotando largamente essa visão, PACÍFICO, *O ônus da prova*, *op. cit.*, p. 160ss.

¹⁶⁹ E. J. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1973, §153, p. 241.

sanção que se lhe aplique, já que o núcleo básico da noção de sanção é propriamente cognitivo (cf., *supra*, item 3.2). Não se trata de rol taxativo, pois, por exemplo, a conduta da parte que não exhibe documento (CPC/2015, arts. 396ss) é também negativamente valorada,¹⁷⁰ com sanções inclusive extraprocessuais, mas não se encontra arrolada no art. 379.¹⁷¹ Há largo assenso da doutrina em tratar a dicção do art. 380 como enunciação dos *deveres* probatórios de terceiro,¹⁷² e a topologia, a formulação e as repercussões dos incisos do art. 379 em outros pontos do CPC/2015 não parecem autorizar uma compreensão distinta: trata-se de enunciação de *deveres* das partes.¹⁷³

Era o que constava textualmente no *caput* do art. 340 do CPC/1973¹⁷⁴ (correspondente ao atual art. 379) com remissão ao art. 14¹⁷⁵ daquele diploma

¹⁷⁰ É por isso que PONTES DE MIRANDA falava, já sob o CPC/1973, em “*dever de exibição*, a que corresponde o *direito à exibição*” (F. C. PONTES DE MIRANDA. Parecer n. 280. In: _____. *Dez Anos de Pareceres*: volume 10. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 378-95, aqui p. 384, grifos do autor).

¹⁷¹ O ponto é central para VITOR DE PAULA RAMOS, que julga bem-vindo o sistema do CPC/2015, que não deixa dúvida sobre a possibilidade de aplicação de multa em caso de descumprimento (noção restrita de sanção, limitada a efeitos externo às posições jurídicas processuais). Para o autor, trata-se de caso de *dever* de provar, que, na concepção do autor, deveria servir de base para um alargamento dos *deveres* probatórios das partes, que seriam conducentes a um maior grau de aderência entre a decisão e a realidade. Cf. V. de P. RAMOS. Ônus e *deveres* probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. In: L. B. de MACEDO; R. PEIXOTO; A. FREIRE (org.). *Provas*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 263-82. (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 3). Mais amplamente em: V. de P. RAMOS. *Ônus da prova no processo civil*: do ônus ao dever de provar. São Paulo: RT, 2015. Para o autor, “[a]s soluções de atribuir supostamente um *ônus* da prova para a parte (mesmo que com a possibilidade de inversões e dinamizações, como facultado pelo art. 373 do Novo CPC) são inidôneas para o fim de promover uma busca da verdade com maior qualidade” (IDEM, *Ibidem*, p. 95). Na doutrina italiana, houve célebre debate, entre CALAMANDREI (P. CALAMANDREI. *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*. *Rivista di diritto processuale*, n. 13, p. 291ss, 1936), que julgava a exibição de documentos um *dever* das partes, e CARNELUTTI, que, mesmo nesse caso, considerava tratar-se de ônus (F. CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile*: volume 1, *funzione e composizione del processo*. Padova: CEDAM, 1936, p. 727).

¹⁷² Exemplificativamente: L. G. MARINONI; S. C. ARENHART. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 6, artigos 369 a 380. São Paulo: RT, 2016, p. 298-300 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme Marinoni e coordenada por Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero).

¹⁷³ Discutindo a aplicação de medidas coercitivas como parte do poder instrutório do juiz, WILLIAM SANTOS FERREIRA notou que não faz “qualquer sentido exigir de ‘terceiros’ a colaboração por meio de ampla variedade de técnicas executivas e justamente em relação às partes isso não ocorrer” (W. S. FERREIRA. *Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório*. In: M. F. JOBIM; W. S. FERREIRA. *Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 369-86 (Coleção *Grandes Temas do Novo CPC*, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 5), aqui p. 382). É também a compreensão de: L. G. MARINONI; S. C. ARENHART. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 187ss. No mesmo sentido: J. R. de ATAÍDE JR.; J. C. T. da SILVA. *Exibição de documentos: ônus ou dever da parte?* In: L. B. de MACÊDO; R. PEIXOTO; A. FREIRE (org.). *Provas*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 663-81 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 3). Sugerindo que não se trata de *deveres* ou que são *deveres* muito mais *débeis* que os de terceiros: BONIZZUCCI, *Fundamentos da prova civil*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁷⁴ “Art. 340. Além dos *deveres* enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.”

¹⁷⁵ “Art. 14. São *deveres* das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular

(correspondente ao atual art. 77). Como notou JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, “tem a norma legal... um apreciável sentido, eis que objetiva separar o *direito de defesa* do *dever de colaboração na pesquisa da verdade*.”¹⁷⁶ E arremata, desmistificando a ideia de que deveres probatórios seriam incompatíveis com o direito de defesa: “o cerceamento de defesa só se verifica quando a parte é obstada em seu direito atendível e viável de provar que a verdade está de seu lado. Nunca, porém, quando é provocada a colaborar na apuração imparcial dessa mesma verdade.”¹⁷⁷ FÁBIO TABOSA, falando claramente em “deveres probatórios”,¹⁷⁸ deixa claro, comentando também aquele dispositivo, que o direito de defesa não é ilimitado, mas antes condicionado pelo compromisso com a verdade:

[o]s princípios do contraditório e da ampla defesa... não implicam a possibilidade de defesa incondicional de quaisquer interesses (mesmo espúrios) no processo judicial, mas de direitos que a parte sinceramente acredite possuir, defesa ademais a ser sempre norteada pela boa-fé.¹⁷⁹

A nova redação do *caput* do art. 379 (“[p]reservado o direito de não produzir prova contra si própria...”) não deve conduzir a erro. Trata-se meramente de, perseguindo a tendência de fazer aflorar no CPC/2015 o texto constitucional, remeter ao art. 5º, LXIII, da CF/1988, atinente à situação do preso e extensível ao processo penal. No processo civil, é de interpretar à luz das possíveis repercussões penais da conduta da parte no processo, uma proteção que já estava assegurada no art. 388, I, do CPC/2015 (art. 347,

pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

¹⁷⁶ J. C. P. de AGUIAR. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 332 a 443. São Paulo: RT, 1974, p. 91.

¹⁷⁷ IDEM, *Ibidem*.

¹⁷⁸ F. TABOSA. Comentário ao artigo 340. In: A. C. MARCATO (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1084-1806, aqui p. 1084.

¹⁷⁹ IDEM, *Ibidem*.

do CPC/1973). A interpretação era clara sob o CPC/1973¹⁸⁰ e recentemente foi sumulada pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis.¹⁸¹

Note-se, pois isso importa à sequência do trabalho, que, nesse núcleo duro de deveres probatórios das partes, está o de “comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado” (CPC/2015, art. 379, I), de modo que depoimento pessoal e confissão ficam particularmente conotados pela posição jurídica de dever. Aproximou-se dessa posição ELICIO DE CRESCI SOBRINHO, em estudo pioneiro que identificou nos arts. 340 e 342 do CPC/1973, correspondentes aos atuais arts. 379 e 139, VIII, um “dever semi-pleno”¹⁸² fundamentado em um processo de escopo social. Concluiu o autor, sobre esse ponto, que “[o] livre querer das partes sofre limitações pela incidência dos artigos do C.P.C. que impõem deveres *plenos* ou *semi-plenos*.”¹⁸³

A esse respeito, é de notar que a doutrina tradicional nem sempre, ao se valer da expressão “ônus da prova”, pretendeu designar uma mera faculdade (vale dizer, a ausência de um *dever jurídico*). A compreensão de uma expressão que remonta às fontes romanas (*onus probandi*, cf., *supra*, item 2.1), como contraposta ao dever, está mais circunscrita a uma apropriação da doutrina carneluttiana em contexto fortemente marcado pela visão liberal do processo (como mostramos *supra*, itens 2.1, 9, 9.1 e 9.2). Assim, MOACYR AMARAL SANTOS, sem dúvida um dos mais destacados estudiosos do tema no Brasil, tratava “ônus da prova” como sinônimo de “dever de provar”, embora com dificuldades conceituais.¹⁸⁴ Mais recentemente, a doutrina brasileira parece em vias de

¹⁸⁰ Segundo TABOSA, “no processo civil, por não estar em jogo o *status libertatis*, não há um paralelo para com a inexigibilidade de auto-incriminação corrente no processo penal, quando muito reconhecendo-se à parte o direito de em determinadas situações não se manifestar pessoalmente sobre certos temas ou não fornecer determinados elementos de prova, como se tem por exemplo nos arts. 347 e 363 do CPC” (TABOSA, Comentário ao artigo 340, *op. cit.*, p. 1084).

¹⁸¹ “Enunciado 51. (art. 378; art. 379) A compatibilização do disposto nestes dispositivos com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal. (Grupo: Direito Probatório)” Na doutrina, exemplificativamente: FERREIRA, Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório, *op. cit.*, p. 381.

¹⁸² A distinção entre dever pleno e semipleno está na sanção, na medida em que aqueles configurariam ilícito processual nos termos do art. 16 do CPC/1973, correspondente ao atual art. 79 (litigância de má-fé). Ambas as figuras, no entanto, diferenciam-se do ônus, pela finalidade, na medida em que o ônus persegue fins individuais, e o dever, fins sociais: E. de CRESCI SOBRINHO. *Dever de esclarecimento e complementação no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 105-06. Contra, concebendo o depoimento pessoal como ônus, em construção que nos parece artificial: J. B. LOPES. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 87-108, jan.-mar. 1979, aqui p. 93-94 e 97.

¹⁸³ IDEM, *Ibidem*, p. 107.

¹⁸⁴ “[Ô]nus – do latim ‘onus’, significa carga, fardo, peso. Traduz-se apropriadamente *onus probandi* por *dever, necessidade de provar*”, embora o autor matize a ideia, dizendo não se tratar propriamente de dever jurídico, o que talvez baste para notar que a ideia, mesmo em trabalho de alto nível, continuava a carregar

reconsiderar o direito probatório aproximando-se da noção de dever,¹⁸⁵ certamente como passo lógico após o amplo aceite da existência de um direito à prova, pois, se alguém tem direito à prova, outrem tem dever correspondente, na medida em que aquele direito dependa de sua colaboração; o regime de sanções como a presunção de veracidade já atine a solução de segundo grau, quando as posições se alteram para poder e sujeição – cf., *supra*, item 3.1. Contribui também para essa evolução a positivação do dever de colaboração seja como diretriz geral, no art. 6º do CPC/2015, seja especificamente no art. 379, II, quanto a “colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial”. Nesses termos, o art. 379 está no centro do que se poderia conceber como núcleo duro dos deveres probatórios da parte, no processo civil brasileiro. É nessa evolução, a nosso ver, que se inscreve a apreciação de TALAMINI e WAMBIER:

*Mas a contribuição da parte em face da instrução probatória não se cinge à esfera do simples ônus. Pode também configurar-se dever de colaboração. (...) Ônus e dever coexistem. Exemplo disso tem-se na determinação de exibição de documento.*¹⁸⁶

A impostação científica do “ônus da prova” como interesse das partes em trazer a prova a juízo, fundado em cálculo relativo às suas expectativas de vitória, é doutrina moderna, afeita à voga do liberalismo, como bem reconhece ALFREDO BUZAID, escrevendo em 1964: “Há mais de um século procura a ciência rever-lhe o conceito (...) Especialmente depois que a doutrina distinguiu, em termos científicos, o *princípio dispositivo* do *princípio inquisitório*, avultou a importância do *ônus da prova*, já que o processo civil, transformando-se em instrumento oficial de administração da justiça, devia ser usado, para a tutela dos direitos, *por conta e risco das partes*.”¹⁸⁷

uma marcada imprecisão (M. AMARAL SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*: volume 1. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, § 63, p. 94). No mesmo sentido, em frase quase idêntica: M. AMARAL SANTOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 332 a 475. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994).

¹⁸⁵ Cf. os trabalhos citados *supra*, neste item, de VITOR DE PAULA RAMOS. FLÁVIO LUIZ YARSHELL, em monografia conceitualmente refinada, também chega ao limiar dessa formulação: “Assim, se a prova pode e deve ser vista como *direito* ou *poder* integrante das garantias constitucionais que compõem o devido processo legal e se, mais que isso, a prova produzida antecipadamente, mesmo fora das hipóteses de urgência, pode convir às partes e também ao Estado, então, é importante pensar no encargo que isso representa para os interessados – quiçá a ponto de se aproximar de um autêntico *dever* –, justamente para que o ônus seja adequado e proporcional ao direito” (F. L. YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, §6, p. 47, grifos do autor).

¹⁸⁶ L. R. WAMBIER; E. TALAMINI. *Curso Avançado de Processo Civil*: volume 2, cognição jurisdicional, processo comum de conhecimento e tutela provisória. 16.ed. São Paulo: RT, 2016, p. 233-34, grifos nossos.

¹⁸⁷ A. BUZAID. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 4, p. 5-24, 1964, aqui p. 5-6, grifamos ao fim.

Essa ideia se firma na processualística alemã liberal da segunda metade do século XIX, de onde se espraia – em nosso caso, para a Itália, de onde aportou diretamente ao Brasil.¹⁸⁸ ADOLF WACH funda toda a teoria da prova sobre o princípio dispositivo (*Verhandlungsmaxime*): “A prova está sujeita ao princípio dispositivo e à relação entre duas partes. Daquela segue que a integridade dos fundamentos da sentença não está garantida, desta segue que a distribuição do ônus da prova (*Beweislast*) e das provas, com todas suas peculiaridades importantes, que excluem a determinação do verdadeiro estado de coisas.”¹⁸⁹

Nessa impostação, que teria grande impacto na própria definição da categoria jurídica novecentista de “ônus” (cf., *supra*, item 2.1), como bem notou JORDI FERRER BELTRÁN, “qualquer regra que limite as possibilidades de investigação da verdade faria da declaração de fatos provados realizada pelo juiz um caso de fixação formal dos fatos.”¹⁹⁰ A levar esse raciocínio às últimas consequências, não poderia haver qualquer direito probatório se o compromisso é com a verdade: “a mera presença de normas que regulam uma atividade não impede que nessa se alcancem conclusões verdadeiras sobre o mundo.”¹⁹¹

Recuamos um século no tempo, em nossa tradição jurídica, e encontramos os principais processualistas lusos e brasileiros a usar correntemente a expressão “obrigação da prova”, ao lado de “ônus da prova”. É o caso, por exemplo, de PEREIRA E SOUSA,¹⁹² de seu primeiro comentador brasileiro, SOUZA PINTO, que glosa a expressão com outras (“cumpro provar”, “tem... por dever provar”),¹⁹³ e do primeiro consolidador do direito processual nacional, o CONSELHEIRO RIBAS.¹⁹⁴ Não se alegue que obrigação tem aí sentido atenuado (trata-se de *to have an obligation*, e não de *to be obliged*, na impostação clássica de HART).¹⁹⁵ PAULA BAPTISTA, discutindo “a quem incumbe provar,” postula que “o Autor *tem o dever indeclinavel* de provar a sua acção.”¹⁹⁶

¹⁸⁸ Sobre a complexa história da noção de ônus da prova, cf. MICHELI, *L'onere della prova*, *op. cit.*, p. 3-58.

¹⁸⁹ A. WACH. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*. 2.ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896, p. 201-03.

¹⁹⁰ J. F. BELTRÁN. *Prova e verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, p. 42.

¹⁹¹ IDEM, *Ibidem*, p. 44.

¹⁹² J. J. C. PEREIRA e SOUSA. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*: tomo 1. Coimbra: Imprensa Litteraria, 1872, §195, p. 143.

¹⁹³ J. M. F. de SOUZA PINTO. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*: tomo 1. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1859, §469, 163-64.

¹⁹⁴ *Consolidação das Leis do Processo Civil, commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas*: volume 1. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879, art. 334, p. 248.

¹⁹⁵ Para o autor: “Há uma diferença, ainda a ser explicada, entre a asserção de que alguém *estava obrigado* a fazer algo (*was obliged*) e a asserção de que *tinha uma obrigação* (*had an obligation*) de fazê-lo. A primeira [asserção] é frequentemente uma afirmação sobre as crenças e motivos com que se realiza uma acção” (H. L. A. HART. *The Concept of Law*. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 82). Por contraposição, “ter uma obrigação” – é todo o assunto da definição do direito em HART – implica ao menos três requisitos: a seriedade da sanção social das regras, sua relevância para a vida social e o fato de que se reconhece que a conduta requerida pela obrigação pode conflitar com o desejo de cada um (IDEM, *Ibidem*, p. 87).

¹⁹⁶ F. de PAULA BATISTA. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil*. Recife: Typographia Universal, 1855, 120, p. 94, grifos nossos.

Detectamos pela primeira vez em 1924, em obra de MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO, com referência aos *Principii* de CHIOVENDA, um distanciamento com relação a essa tradição em prol da versão liberal do ônus da prova: “*Onus probandi* não quer dizer propriamente *dever de provar*, tomado o vocábulo *dever* no sentido jurídico, mas sim uma *necessidade de facto*, uma *condição de exito* ou de *ganho de causa*. Aquelle que pretende fazer valer em juízo uma relação de direito *deve*, isto é, *precisa, necessita* de provar o facto do qual ella se origina. A idéa de *dever*, na sua accepção jurídica, é correlata á idéa de direito; o que quer dizer que todo *dever* tem como presuposto a existencia de um direito a que elle corresponde. Si a produção da prova constitue um *dever juridico*, qual o direito a que esse *dever* é inherente ou correlativo?”¹⁹⁷

É sintomático, no entanto, que, já em 1941, comentando o CPC/1939 em cuja elaboração teve papel destacado, PEDRO BATISTA MARTINS tenha se insurgido contra essa visão, entendendo que o novo Código instaurou efetivamente um novo regime processual pautado no princípio inquisitório, em que, diante dos poderes instrutórios conferidos ao juiz – e veementemente rechaçados, por exemplo, no texto de WACH a que nos referimos acima –, a ideia de ônus da prova perde importância: “A repartição do onus da prova... obedecia, na jurisprudencia anterior ao novo regime processual, ao critério da conquista da *certeza formal*, que era a única que, em verdade, devia preocupar o juiz no sistema dispositivo. Hoje, porém, que ao juiz cumpre, *ex-officio*, conquistar no processo a *verdade substancial*, não se pode, com o mesmo rigor, ligar, aprioristicamente, à omissão das partes as mesmas consequências. Por isso mesmo é que já se tem dito, e com ótimos fundamentos, que, no processo inquisitório, o problema da repartição do onus da prova perde muito de sua antiga importancia.”¹⁹⁸

Estava evidentemente instaurado, desde então, um debate doutrinário relevante, dentro do qual deve ser entendida a postura de BUZAID no texto acima transcrito. Do ponto de vista legislativo, como procuramos indicar no corpo do texto, parece-nos que se tenha erigido um sistema complexo e nuançado, em que a descoberta da verdade se sustenta tanto nos poderes instrutórios do juiz como no estabelecimento de um núcleo de deveres das partes em matéria probatória, sem conflitar com a existência de uma zona de neutralidade, em que a produção da prova aparece como faculdade jurídica.

Assim, de acordo com as premissas deste trabalho, a figura do “ônus da prova” vai mais bem cindida, de um lado, em uma *regra de julgamento* consistente em uma presunção, ou atribuição legal de efeitos (divorciada de qualquer valoração de

¹⁹⁷ M. A. de GUSMÃO. *Processo Civil e Commercial*: volume 2, prova. São Paulo: Saraiva, 1924, §160, p. 95.

¹⁹⁸ P. B. MARTINS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, artigos 133 a 215. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 436.

comportamento) e, de outro, em uma *norma de procedimento*,¹⁹⁹ isto é, na atribuição, pela lei, de posições jurídicas às partes, umas de *dever* (exista ou não interesse subjetivo da parte no seu cumprimento, questão alheia à definição das posições jurídicas), outras de *faculdade*.

18.2. Depoimento pessoal: CPC/2015, arts. 386; 388; 392

[RG2]

Após as considerações preambulares do item precedente, passamos a tratar da primeira hipótese de regramento de declaração das partes – logo, homóloga ao ato postulatório que veicula proposições, no limiar do processo, mas diversamente valorada por sua inserção em distinta fase do procedimento – que, por força do art. 379, I, do CPC/2015, pode ser concebida como integrante do núcleo fundamental dos deveres probatórios das partes (cf., *supra*, item 18.1).

O depoimento pessoal (*rectius*, depoimento da parte, já que o testemunho também é depoimento pessoal, mas de terceiro)²⁰⁰ é meio de prova em que, por meio de uma série de atos em que a parte depoente assume posição jurídica de dever, por injunção da outra parte (CPC/2015, art. 385, *caput*) ou do juiz (CPC/2015, art. 139, VIII, e art. 385, *caput*, *in fine*), cuida-se de investigar as alegações controvertidas pelos litigantes (ou, evidentemente, aquelas que se devem investigar, mesmo quando incontroversas, por expressa disposição legal).²⁰¹ Em que pesem as opiniões em contrário,²⁰² cuja imposição

¹⁹⁹ Cf.: F. V. de MELLO. O reconhecimento da aplicabilidade da teoria do ônus dinâmico no processo civil brasileiro. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 139, p. 32-43, out. 2014. Para o autor, as regras do ônus da prova “também são direcionadas às partes, como verdadeiras normas de procedimento, de modo a orientá-las na produção probatória e qualificar o contraditório, pois estimula tais sujeitos a participarem mais ativamente do processo, corroborando com o alcance de uma decisão mais justa” (IDEM, *Ibidem*, p. 34). É interessante que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a despeito da clareza com que se posiciona pela inexistência de dever probatório das partes (cf., *supra*, neste item), referindo-se ao texto de FERNANDO VIANA DE MELLO, caracterize a busca da verdade, por meio das provas, como “*dever* de todos os participantes do processo democrático” (THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*: volume 1, *op. cit.*, §657, p. 878). Ora, parece contraditório defender que não há dever nem direito à prova e, simultaneamente, afirmar que as partes têm o dever de buscar a verdade por meio das provas.

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 266.

²⁰¹ Nessa definição, está ínsita a ideia de que, ao contrário do que por muito tempo se sustentou, o fim precípuo do depoimento pessoal não é o de extrair confissão, mas antes o de contribuir com a instrução do processo. Cf. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, §1408, p. 725).

²⁰² LOPES, O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro, *op. cit.*, *passim*.

de fundo já foi enfrentada ao longo deste trabalho, a posição jurídica da parte é de dever, e isso nas duas hipóteses de depoimento pessoal.

Nos termos de antiga monografia de ANTONIO LUIZ DA CAMARA LEAL, mirando o depoimento pessoal requerido para a parte, o depoimento pessoal “é coercitivo, pois obriga a parte citada a comparecer em juízo e a depois, sob pena de confessa”.²⁰³ É a mesma compreensão de MOACYR AMARAL SANTOS,²⁰⁴ que relaciona a existência desse dever à prevalência do interesse social na apuração da verdade no processo – diretriz que, aliás, conforme visto *supra*, item 9.2., informou a evolução de nosso direito legislado a partir do primeiro diploma processual nacional:

Àquele princípio de liberdade, certamente respeitável, se sobrepõe o interesse da sociedade, indiscutivelmente preponderante, visto que em nome da liberdade individual a ninguém é lícito abusar em prejuízo do interesse social. Por essa forma se explica porque, desde remotas legislações, se haja como reconhecida a regra que torna obrigatório o depoimento do litigante, quando regularmente reclamado ou ordenado.²⁰⁵

O dever de responder substancialmente no depoimento pessoal (CPC/2015, arts. 379, I, 386, e, *a contrario sensu*, art. 388, *caput*: “não é obrigada a depor sobre fatos...”, vale dizer, em caráter excepcional), como o correlato dever de responder na contestação (CPC/2015, arts. 336 e 341, e, a depender do conteúdo da contestação, na réplica, CPC/2015, art. 350), não é um dever absoluto, mas um dever condicionado pela posição da parte como sujeito cognoscente, vale dizer, como sujeito que conhece fatos do mundo e traz a sua ciência ao processo por meio de proposições (cf., *supra*, item 12.1). É a lição de MOACYR AMARAL SANTOS: “O dever de responder sobre o fato inquirido vai até o ponto em que o depoente tenha ciência do mesmo.”²⁰⁶ O Código português, mais uma

²⁰³ A. L. da CAMARA LEAL. *Do depoimento pessoal: teoria e pratica*. São Paulo: Saraiva, 1923, p. 24.

²⁰⁴ “A parte tem mesmo o dever de depor sobre os fatos da causa, sob pena mesmo, no depoimento pessoal, de serem havidos como confessados os fatos contra ela alegados” (AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 95).

²⁰⁵ M. AMARAL SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*: volume 2. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, 173.

²⁰⁶ AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 89. No mesmo sentido se deve interpretar a previsão, no art. 387 do CPC/2015, que veda à parte servir-se de escritos anteriormente preparados, salvo notar breves para completar esclarecimentos. Afinal, o que se pretende trazer ao processo por meio do depoimento pessoal é uma afirmação do sujeito cognoscente, libertada até

vez, é explícito neste ponto, enquanto o brasileiro depende da reconstrução sistemática (como aquela empreendida *supra*, item 12.1) para sua correta interpretação: “Art. 454º (Factos sobre que pode recair) 1 – O depoimento só pode ter por objeto factos pessoais ou de que o depoente deva ter conhecimento.”

Essa reconstrução sistemática é tanto mais necessária quanto difícil em ponto extremamente relevante para os fins desta investigação. O art. 386 do CPC/2015 põe em paralelo as condutas da parte que não responde e da parte que dá respostas evasivas (que podem, de acordo com critérios, dos quais o principal é a determinação da posição cognitiva da parte relativamente ao fato,²⁰⁷ configurar recusa de depor).²⁰⁸ Encontra-se aqui relação homóloga àquela que, na fase instrutória, existe entre ausência de resposta (de contestação ou de impugnação a determinado ponto) e resposta não especificada (descumprimento do dever de impugnação especificada dos fatos). Ocorre que a dicção “empregar evasivas” é, ela mesma, pouco clara, sendo, por isso, de préstimo limitado para os fins hermenêuticos a que nos lançamos neste capítulo.

Parte da doutrina busca densificar essa ideia.²⁰⁹ Assim, PONTES DE MIRANDA glosa nos seguintes termos, relativamente ao correspondente art. 345 no CPC/1973, que não sofreu alterações: “[s]e, em vez de responder com exatidão, afirmativa ou negativamente, o depoente emprega subterfúgios, ardis, deturpações, ditas, no texto legal, evasivas...”²¹⁰ A glosa “afirmativa ou negativamente” é relevante, pois, como se está a verificar a veracidade de determinadas alegações, *parte* do conteúdo do dever de resposta (como do dever de impugnação especificada, cf., *supra*, item 12.1), é validar (sim) ou invalidar (não) uma proposição que lhe é enunciada pela outra parte.

mesmo da mediação do advogado, que é um sujeito cognoscente de segundo grau, porque ouviu da parte o que, como representante dela, apresenta ao juízo.

²⁰⁷ A dicção do artigo também aqui é péssima, porque, em vez de fornecer critérios claros de decisão, parece estender uma larga avenida ao arbítrio judicial.

²⁰⁸ Conforme já dizia MANUEL MENDES DE CASTRO, “nada dizer e dizer obscuramente de modo que não se entenda o que foi dito, é a mesma coisa (*Paria enim sunt nihil dicere aut ita obscure dicere, ut non intelligantur*)” (E. M. de CASTRO. *Practica Lusitana*. Lisboa: Apud Georgium Rodericum, 1619, p. 2, l. 3, c. 15, § 1, 9, p. 143).

²⁰⁹ Outra parcela prefere remeter os critérios ao arbítrio do juiz. É o caso de DINAMARCO: “... competindo sempre ao juiz avaliar o teor das respostas e concluir por terem elas sido evasivas ou não (sempre, livre convencimento). Mas os juízes e tribunais são bastante indulgentes quanto a isso” (DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, §1411, p. 729). No mesmo sentido: “Uma larga faixa de liberdade se apresenta ao juiz quando as respostas são evasivas. Cabe a ele, destinatário que é da prova, verificar se a parte deixa de responder por que efetivamente desconhece o fato determinado ou pretende frustrar a instrução da causa” (WAMBIER, TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 278).

²¹⁰ PONTES de MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 278.

MOACYR AMARAL SANTOS, também interpretando o CPC/1973, caracteriza as evasivas nos seguintes termos:

Mais difícil o problema quando o depoente responde ao que é interrogado de modo *vago* ou *indeciso*, isto é, usando de *evasivas* na determinação dos fatos, de forma a não caracterizá-los. Das respostas, em si mesmas, não resulta afirmação ou negação dos fatos, mas um estado de perplexidade relativamente a eles, donde o interrogatório perder sua dupla finalidade, isto é, a confissão ou o esclarecimento dos fatos.²¹¹

Como se vê, ao critério da possibilidade de identificação de afirmativa ou negativa relativamente às proposições que lhe são dirigidas (ausência de indecisão), soma-se, para qualificar uma resposta como não evasiva, a necessidade de que, nela, a parte depoente “caracterize” um fato (ausência de vagueza),²¹² vale dizer, que a parte retrate o fato com linhas nítidas. Trata-se, destarte, de outra parcela homóloga ao dever de impugnação especificada dos fatos com relação aos fatos que fazem parte da esfera cognitiva da parte (os únicos sobre os quais incide o dever de depor, conforme já apontado, *supra*, neste item, combinado com o item 12.1, *supra*), vale dizer, a necessidade de perspectivar os fatos segundo seu próprio ponto de vista.²¹³

²¹¹ AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 89, grifos do autor.

²¹² Isto é, “respondendo-as de forma vaga e incompleta”, expandem MARINONI e ARENHART (MARINONI, ARENHART, *Prova e convicção*, *op. cit.*, p. 491, grifos nossos).

²¹³ Não nos parece, ao contrário, aproveitável a impositação que busca resolver a noção de resposta evasiva por meio da intenção da parte, o que, pelo subjetivismo, dificilmente escaparia à larga arbitrariedade, além de ser difícil construir o sistema, especialmente à luz do diploma atual, com base em uma espécie de boa-fé subjetiva. É a boa-fé objetiva que é tutelada pelo art. 5º do CPC/2015. Exemplo dessa interpretação, a nosso ver equivocada, pode ser encontrada em comentários de ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA: “A falta de resposta a pergunta formulada e a resposta evasiva são corretamente equiparadas pela disposição legal. Com efeito, que é a resposta evasiva senão *uma maneira pretensamente astuciosa de não responder?* Mas é preciso cuidado especial para a caracterização da resposta evasiva de modo a não confundi-la com as hesitações que muitas vezes acompanham *a intenção de dizer a verdade* com as nuances que a realidade pode apresentar” (A. C. de ARAÚJO CINTRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 332 a 475. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54, grifos nossos). Já sob a vigência do CPC/2015: “De outra parte, a consequência da confissão ficta também será aplicada para o caso em que a parte responde às questões que lhe são formuladas, *mas com a intenção de não as responder*. Emprega, ao contrário, respostas de forma vaga e indecisa, demonstrando nitidamente que, embora tenha concretamente ‘falado’ sobre a questão posta, *não tinha a intenção de a ela responder*” (MARINONI, ARENHART, *Prova e convicção*, *op. cit.*, p. 479, grifos nossos). Cf., igualmente LOPES, O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro, *op. cit.*, p. 102.

Um breve comentário se impõe, não ao teor, que nos conduziria por questões de alta indagação, mas à posição sistemática do art. 388 do CPC/2015²¹⁴ relativamente ao dever de impugnação dos fatos. Ora, o art. 341, I, excepcionava da incidência desse dever os fatos a cujo respeito não seja admissível a confissão. Ocorre que o regramento da confissão no CPC/2015 indica, no art. 392, *caput*,²¹⁵ a invalidade da confissão no caso de “fatos relativos a direitos indisponíveis.” No entanto, sobretudo no contexto que deu origem aos principais dispositivos mantidos no CPC/2015, no qual a função do depoimento pessoal era de pronto associada à confissão, deve-se interpretar a ausência de dever de prestar depoimento nos casos arrolados no art. 388 do CPC/2015 como implicando também a não incidência do dever de impugnação especificada dos fatos, na fase postulatória, para os mesmos casos, já que o simples afirmar ou negar poderia acarretar à parte as consequências contra as quais essa previsão legal a imuniza.

18.3. Confissão: CPC/2015, arts. 389; 393; 395

RP1.3.4. Após a preclusão do prazo da impugnação especificada, a parte pode confessar fato que havia anteriormente impugnado, mas não pode se aproveitar da confissão para impugnar fato que não impugnou no momento oportuno.

RP1.4. É possível a impugnação especificada de fato tardia, após o prazo e até o fim do processo, se o réu alegar e provar que a ausência de impugnação especificada, no momento previsto, decorreu de falsa percepção da realidade (erro, coação...) que não lhe possa ser imputada (e.g., erro grosseiro por falta de diligência).

²¹⁴ “Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.”

²¹⁵ “Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.”

O estudo da confissão²¹⁶ é particularmente interessante para nossos propósitos na medida em que, de acordo com ARAKEN DE ASSIS, “a figura confessional insere-se no quadro mais amplo das admissões de fato,”²¹⁷ dentre as quais também se encontra a ausência de impugnação especificada de fato.²¹⁸ A distinção entre admissão (gênero) e confissão (espécie) está radicada na terminologia do CPC/2015, notadamente no art. 374,²¹⁹ pela contraposição entre os incisos II e III, e a despeito mesmo da definição de confissão – ainda o hábito das definições legais! (cf., *supra*, item 1) – que se encontra no art. 389.²²⁰ Embora a admissão não seja tratada como figura autônoma no CPC/2015 – como tampouco o fora em nosso direito anterior –, como aponta ARABELA MARIA SAMPAIO DE CASTRO em estudo conduzido na vigência do CPC/1973, mas ainda válido no ponto, o Código “em vários dispositivos refere-se a ela, inequivocamente, como reconhecimento de fatos.”²²¹ A diferença, como expressa MOACYR AMARAL SANTOS, reside em que, “na confissão se contém sempre uma *declaração*, não mera admissão.”²²²

A distinção é devida a CARNELUTTI, e, desde o nascedouro, serve a extremar a ausência de impugnação – a que, no nosso caso, identifica-se, pelos efeitos, a ausência de impugnação especificada, que é impugnação ineficaz –, conduta omissiva, da confissão, conduta comissiva:

toda vez que a afirmação se faça sem declaração de conhecer aquilo que se declara, na medida em que tal *quid* seja contrário ao interesse de quem o faz, existe *admissão*, não confissão. Por isso, *quando a parte não contesta a verdade de uma afirmação do adversário sem dizer ou*

²¹⁶ Sobre cuja definição e natureza jurídica, assunto da mais viva polêmica, não nos ocupamos aqui. Interessa-nos antes investigar alguns aspectos de seu regime jurídico. No entanto, indicamos, sem pormenorizar, formulação que nos parece feliz: “a confissão é resultado probatório. Vale dizer, é o que se extrai do emprego de um meio de prova (normalmente, o depoimento pessoal...)” (TALAMINI, WAMBIER, *Curso avançado de processo civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 281).

²¹⁷ A. de ASSIS. *Processo civil brasileiro*: volume 3, parte especial, procedimento comum, da demanda à coisa julgada. São Paulo: RT, 2016, §1872, p. 564.

²¹⁸ “A admissão da alegação de fato pode ser: (a) expressa... (b) tácita. Esta última se verifica na (ba) *falta de impugnação específica dos fatos articulados pelo autor...* e na (bb) revelia acompanhada de efeito material” (IDEM, *Ibidem*, p. 565, grifos nossos).

²¹⁹ “Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

²²⁰ “Art. 389. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte *admite* a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário” (grifos nossos).

²²¹ A. M. S. de CASTRO. *Da confissão no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1981, p. 109.

²²² AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 102. Conforme DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, “[a] *confissão* é um ato jurídico; a *admissão* é um ato-fato jurídico” (F. DIDIER JR.; P. S. BRAGA; R. OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 165, grifos dos autores).

sem fazer compreender que conhece o fato, há simplesmente admissão.²²³

A distinção entre confissão e ausência de impugnação especificada foi tocada em julgado do STJ, que corretamente identificou consequência relevante a extremar os seus respectivos regimes jurídicos:

De outro lado, a contestação não importou em reconhecer a procedência do pedido, posto que contra o mesmo se insurgiu, ao pleitear redução indenizatória, que veio a obter, ainda que parcialmente. E para deixar de impugnar fatos, não necessita o advogado de poderes especiais de confessar, posto que de confissão não se trata, mas de presunção que a lei estabelece de veracidade dos fatos não impugnados (art. 302 do Código de Processo Civil). (STJ, REsp 19.527/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Dias Trindade, j. em 24 mar. 1992)

Nos quadros dessa correlação – que alude à homologia entre declarações das partes na fase postulatória e na fase probatória –, interessam aqui particularmente dois aspectos do regime jurídico da confissão, vale dizer, a sua (habitual) irrevogabilidade e a sua (usual) indivisibilidade, nos termos, respectivamente, dos arts. 393 e 395 do CPC/2015. Sobre o art. 392, já discorremos, *supra*, item 18.2.

Quanto ao primeiro ponto, trata-se de dispositivo que vincula a declaração da parte em veículo apto a produzir confissão (e.g., o depoimento pessoal) à sua posição como sujeito cognoscente. Isso porque, nos termos de MOACYR AMARAL SANTOS, “[n]a confissão há o reconhecimento da verdade de um fato. A parte confessa porque acredita seja verdadeiro o fato sobre o qual incide a confissão. Se o confitente tivesse conhecimento da inexistência do fato, não o teria confessado.”²²⁴ Ora, a valoração com base na ciência dos fatos é elemento comum ao conjunto das declarações das partes, seja aquelas veiculadas em sede de contestação, seja aquelas que possam ser enunciadas na fase probatória ou nela ser aproveitadas.

²²³ F. CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile*: volume 1, funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936, §311, p. 755, grifos nossos.

²²⁴ AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 112-13.

Precisamente nesse enquadramento cognitivo, é de notar que a declaração inespecífica, como espécie de impugnação não especificada, pode resultar justamente de erro, já que, acreditando tratar-se de um fato, sobre o qual não se julgava em condições de se pronunciar de forma definida, quando na verdade se tratava de outro, sobre o qual poderia ter discorrido com precisão, a parte poderá veicular impugnação inespecífica decorrente de erro. Nesses quadros, o tratar-se de admissão ou particularmente de confissão não impacta no regime. É, assim, perfeitamente cabível que a parte que não impugnou especificadamente um fato venha a fazê-lo tardiamente se a conduta decorreu de erro de fato ou de coação, nos termos do art. 393 do CPC/2015.

No entanto, também nesse caso, não bastará uma nova declaração: “[c]omo toda alegação, essa deve ser provada.”²²⁵ Relativamente ao erro de fato do confitente, a doutrina brasileira, com base na dogmática italiana,²²⁶ entende tratar-se da necessidade de uma dupla prova: “devem ser provadas a insubsistência do fato confessado e a falsa opinião do confitente sobre o fato.”²²⁷ No caso da ausência de impugnação especificada, contudo, cabe um temperamento. Não haveria como provar a insubsistência do fato, ou “a falta da verdade dos fatos”,²²⁸ pois não houve conduta comissiva anterior, de declarar ser algo que não é, mas apenas conduta omissiva, de não declarar. A prova, portanto, não pode ter por objeto o conteúdo de uma declaração – que se caracteriza justamente pela inanição –, mas tão somente os fundamentos da falsa percepção da realidade pela parte. Aproveita-se aqui a dicção de CÂMARA LEAL sobre a confissão:

O que o confitente deve provar é o erro, isto é, que confessou [ou que não impugnou especificadamente] devido á falsa idéa que tinha ácerca dos factos por havel-os mal conhecido; e que esse erro foi tal que produziu entre as partes relação jurídica diferente da resultante dos factos como realmente se passaram, sendo as duas relações de natureza a produzirem efeitos juridicamente diversos.²²⁹

²²⁵ AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*: volume 2, *op. cit.*, p. 272.

²²⁶ L. MATTIROLO. *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*: volume 2. 5.ed. Torino: UTET, 1933, 735, p. 634.

²²⁷ AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*: volume 2, *op. cit.*, p. 273.

²²⁸ PONTES de MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 300.

²²⁹ CAMARA LEAL, *Do depoimento pessoal*, *op. cit.*, p. 146.

A ideia de que a parte que não impugnou especificadamente por erro precisaria provar “que esse erro foi *tal* que produziu entre as partes relação jurídica *differente* da resultante dos *factos como realmente se passaram*” alude ao que vimos concebendo, neste trabalho, como conteúdo frequente do dever de impugnação especificada, vale dizer, como dever de reperspectivar os fatos enunciados pela outra parte. Evidentemente, estamos a tratar restritamente dos fatos alegados pelo autor que o réu deseja impugnar após, por erro, não o ter feito, não de fato novo arguido pelo réu, o que desbordaria do dever de impugnação especificada, constituindo modalidade de defesa indireta. Nesse sentido, em princípio, não há dever de provar o fato – que é fato introduzido no processo pela outra parte – para a parte que visa a impugnar aquilo que, por uma falsa apreensão da realidade, não impugnou oportunamente. Seria evidentemente concebível que o sistema, como forma de desestimular eventos dessa sorte, decidisse transferir a atribuição de produzir prova para aquele que alega o erro subjetivo, mas, na falta de texto normativo expresso, tratar-se-ia de sanção sem fundamento legal.

Quanto ao segundo ponto, vale dizer, a indivisibilidade da confissão, trata-se de atender para a exceção à regra da indivisibilidade enunciada no CPC/2015, art. 395, *in fine*: “quando o confitente a ela [confissão] aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção”. A situação típica é aquela em que uma das partes, em depoimento pessoal, confessa um dos fatos jurídicos que à outra aproveita (e.g., houve pagamento), mas introduz fato novo que aproveita a si mesma (e.g., mas o pagamento não foi integral). É o que se chama, com variação conceitual, confissão complexa ou qualificada.²³⁰ Ora, esse fato deveria ter sido alegado na contestação ou na réplica, e a regra do CPC/2015 visa justamente a evitar que cheguem ao processo defesas tardias, separando o fato confessado (que não é fato novo, mas fato anteriormente alegado e controvertido sobre o qual precisou haver atividade probatória)

²³⁰ “Dois elementos compõem a confissão qualificada: (a) a declaração confessória propriamente dita; (b) a afirmação de novo fato jurídico, cujo efeito restringe, corta ou mutila a confissão (art. 395, *caput*)” (ASSIS, *Processo civil brasileiro*: volume 3, *op. cit.*, p. 584). LEBRE DE FREITAS é extremamente crítico às noções de confissão qualificada e complexa, que julga oscilantes e pouco técnicas (LEBRE de FREITAS, *A confissão no direito probatório*, *op. cit.*, p. 205-08).

e o fato novo (que é desprezado no processo).²³¹ Trata-se do que TALAMINI e WAMBIER chamaram “vedação ao conteúdo inovativo”.²³²

A regra que autoriza a cindibilidade – vale dizer, a separação da confissão e de uma alegação, “atos jurídicos distintos que se misturaram em uma mesma declaração”²³³ – está pensada, em princípio, para alegação que sustenta, tipicamente, defesa indireta a impedir que o fato confessado produza os efeitos esperados pela parte que os alegou e que, com a confissão, viu-os confirmados pelo adversário. No entanto, se a parte que não impugnou especificadamente uma alegação de fato do oponente confessa, ela não está, propriamente, a *confessar* (i.e., produzindo resultado probatório) o fato que não impugnou, já que aquele fato, embora não confessado, foi admitido e ficou excluído da prova, sendo indiferente a uma eventual confissão. Ela pode, sim, confessar fato que havia anteriormente impugnado – por exemplo, alegando falsa apreensão naquele momento – e, ao mesmo tempo, aproveitar o meio por que confessa (e.g., o depoimento pessoal) para impugnar outro que não fora impugnado na fase postulatória.

Neste último caso, há de prevalecer a mesma regra relativa à confissão, enunciada no CPC/2015, art. 395. Afinal, a razão que informa a regra é a da preclusão das alegações defensivas: “se os ‘fatos novos’ não integraram a defesa, *opportuno tempore*, evidentemente o juiz não os considerará na sentença, surtindo a eficácia que lhe é própria a declaração na parte desfavorável ao confitente”.²³⁴ Como a excepcional cindibilidade da confissão visa a tutelar a concentração das defesas na contestação, que só se realiza, no que tange às defesas diretas, mediante a impugnação especificada, não teria propósito adotar regra distinta para defesa direta e defesa indireta, tendo em vista que, em ambos os casos, haveria desfazimento da preclusão fora das hipóteses restritas em que isso é admitido (cf. *supra*, neste item).²³⁵

²³¹ A posição não é unânime. Cf., por exemplo, Pontes de Miranda, para quem o juiz, nesse caso, “tem de apreciar as declarações *pro se* e *contra*, conforme as circunstâncias” (PONTES de MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, *op. cit.*, p. 313).

²³² L. R. WAMBIER; E. TALAMINI. *Curso Avançado de Processo Civil*: volume 3, execução. 16.ed. São Paulo: RT, 2017, p. 287.

²³³ DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 175.

²³⁴ ASSIS, *Processo civil brasileiro*: volume 3, *op. cit.*, p. 586.

²³⁵ Contra, admitindo que os fatos novos que integraram a confissão podem ser postos em debate e, se controvertidos, sujeitem-se à prova: TUCCI, *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 386-87; S. AMENDOREIRA JR. Depoimento pessoal e confissão no Novo CPC. In: Marcos Félix JOBIM; William Santos FERREIRA. *Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 695-712 (Coleção *Grandes Temas do Novo CPC*, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 5), aqui p. 711.

É exatamente por isso que, como notou FREDERICO MARQUES, a regra da incidibilidade não tem o mesmo valor para autor e réu. A se admitir a incidibilidade para este, chancelar-se-ia que, “quando... o réu admite fato constitutivo do pedido, mas declara existentes fatos extintivos deste”,²³⁶ ele logre introduzir depois uma defesa que deveria ter trazido antes ao processo, na contestação, o que “quebraria illogicamente o sistema do Código.”²³⁷ O resultado é, completa FREDERICO MARQUES, que “se estaria dando força menor à confissão que ao descumprimento do ônus da impugnação específica (art. 302).”²³⁸

19. Impugnação especificada e fase decisória: CPC/2015, art. 489, § 1º

[RG3]

A despeito de críticas formuladas durante o processo legislativo, sobretudo por parte de entidades representativas de magistrados,²³⁹ e de algumas reticências vocalizadas na doutrina,²⁴⁰ o art. 489, § 1º, do CPC/2015, sem correspondente no diploma anterior, foi, em geral, bem acolhido pelos processualistas brasileiros, saudado positivamente como “uma das principais inovações do CPC,”²⁴¹ como forma de “garantir a observância do art. 93, IX, da CF/88” contra “práticas corriqueiras dos juízes e tribunais”,²⁴² e mesmo como “deveras aprimorado nessa parte.”²⁴³

Trata-se de dispositivo que, nos termos de LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, teria por objetivo estabelecer “parâmetros e orientações, dando exemplos de como deve ser

²³⁶ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, § 468, p. 201.

²³⁷ IDEM, *Ibidem*.

²³⁸ IDEM, *Ibidem*.

²³⁹ Cf., exemplificativamente: T. ROVER. Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra. *Conjur*, 9 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>> Acesso em: 24 set. 2018.

²⁴⁰ Por exemplo: N. NERY JUNIOR; R. M. de A. NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1154.

²⁴¹ J. R. CRUZ e TUCCI. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, artigos 485 a 538. São Paulo: RT, 2016, p. 107 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme e coordenada por Sergio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO).

²⁴² M. ARRUDA ALVIM NETTO. *Manual de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1005.

²⁴³ H. THEODORO JÚNIOR et alii. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 315.

fundamentada a sentença e, de resto, qualquer decisão judicial.”²⁴⁴ Mais precisamente, em face de sua “elogiável redação”,²⁴⁵ é dispositivo que visou a balizar a fundamentação da sentença exemplificando como ela *não* deve ser fundamentada, vale dizer, elencando situações em que, embora existente o elemento “fundamentos” (art. 489, II), ele deve ser tido por insuficiente, ou seja, incapaz de preencher o próprio conceito de fundamentação, equiparando-se tal sentença à não fundamentada, e, por isso, atraindo, como essa, a consequência expressa no art. 93, IX, da CF/1988,²⁴⁶ isto é, sua invalidade.

A despeito de mais de um autor entender que o dispositivo em nada inova, constituindo mera explicitação do que já se dessumia do art. 93, IX, da CF/1988²⁴⁷ – que, por sua vez, poderia ser tido por mera explicitação do princípio do devido processo legal, já que, à luz da Constituição anterior, a fundamentação das decisões judiciais era tida por garantia constitucional implícita²⁴⁸ –, o balizamento de critérios relativos ao conteúdo da fundamentação se insere em movimento de fortalecimento do dialogismo processual (cf., por exemplo, *supra*, item 16).

É nesse sentido que, valendo-se da ideia do processo como comunidade de trabalho, cunhada na doutrina germânica (*Arbeitsgemeinschaft*),²⁴⁹ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO avançam para definir o processo como “comunidade *argumentativa* de trabalho,”²⁵⁰ uma vez que a sentença é, ela própria, “*resultado de um diálogo pautado na lógica e na argumentação.*”²⁵¹ Nessa comunidade argumentativa, os atos discursivos das partes e os atos discursivos do juiz são, todos, infundidos de um dever

²⁴⁴ L. C. da CUNHA. Comentário ao artigo 489. In: T. A. A. WAMBIER et alii (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1227-37, aqui p. 1232.

²⁴⁵ J. R. CRUZ e TUCCI. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, artigos 485 a 538. São Paulo: RT, 2016, p. 107 (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, dirigida por Luiz Guilherme e coordenada por Sergio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO).

²⁴⁶ “Art. 93. (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

²⁴⁷ Assim LEONARD ZIESEMER SCHMITZ: “o que dispõe o novo código não é nada mais do que o art. 93, IX da Constituição já exige como conteúdo mínimo de uma decisão fundamentada” (L. Z. SCHMITZ. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 227). No mesmo sentido: WAMBIER, TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 434.

²⁴⁸ Cf.: J. C. BARBOSA MOREIRA. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: _____. *Temas de direito processual*: segunda série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95.

²⁴⁹ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil, op. cit.*, p. 52.

²⁵⁰ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Código de Processo Civil Comentado, op. cit.*, p. 576, grifos nossos.

²⁵¹ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Curso de Processo Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 428, grifos dos autores.

homólogo de adensamento argumentativo: “se o juiz tem o dever de *fundamentação analítica* (arts. 93, IX, CF/1988, e 489, §§ 1º e 2º, CPC), as partes têm o ônus da *alegação específica* (arts. 6º, 9º e, analogicamente, 489, §§ 1º e 2º, CPC).”²⁵²

É nesse sentido, em razão da homologia (“analogicamente”, na dicção de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO) existente entre analiticidade da fundamentação da decisão judicial e especificação argumentativa das alegações das partes (dentre as quais, a impugnação especificada dos fatos pelo réu), que um exame do art. 489, § 1º, do CPC/2015, pode ser útil aos fins hermenêuticos a que se volta este capítulo. Mais que isso, o problema da motivação da decisão judicial, tal qual enfrentado nesse dispositivo legal, é afim ao que nos anima neste trabalho, na medida em que, como conceito juridicamente indeterminado (ou *rectius*, noção juridicamente indeterminada, mas determinável, cf., *supra*, item 12.1), a “fundamentação da decisão” não se esgota em sua mera presença ou ausência, mas, como asseverou BARBOSA MOREIRA, constitui um “problema da dosagem, da quantidade mínima de fundamentos que precisa ter uma sentença para poder considerar-se motivada.”²⁵³ É o que vimos explorando em nosso tema (cf., *supra*, capítulo 3, notadamente item 12).

Para a homologia entre fundamentação da sentença e impugnação especificada dos fatos, já aponta o pioneiro dispositivo das Ordenações Filipinas relativo à fundamentação da sentença,²⁵⁴ ao empregar, de modo significativo, o advérbio “specificadamente” para aludir ao conteúdo da fundamentação: “...declarem *specificadamente* em suas sentenças difinitivas..., as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar” (l. 3, t. 66, 7, pr.).²⁵⁵ Como destacou BLECAUTE DE OLIVEIRA SILVA, o emprego do referido advérbio enfatizava “a necessidade de pormenorizar as razões da decisão”²⁵⁶ – mesma injunção contida no mandamento de impugnação especificada dos fatos. Destarte, o desdobramento da especificação relativa

²⁵² MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 576, grifos nossos.

²⁵³ J. C. BARBOSA MOREIRA. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: _____. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117-24, aqui p. 118.

²⁵⁴ Sua importância é destacada, entre outros, por: BARBOSA MOREIRA, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito, *op. cit.*, p. 85.

²⁵⁵ *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado d’El-Rey D. Philippe I.* 14ª edição. ed. Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, l. 3, t. 66, 7, pr., p. 669, grifos nossos.

²⁵⁶ B. de O. SILVA. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: L. B. de MACEDO; R. PEIXOTO; A. FREIRE (org.). *Procedimento Comum*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 447-61, aqui p. 449 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, volume 2, coordenada por Fredie DIDIER JR.).

à decisão judicial em um rol legal, ainda que negativo, produz potenciais relações associativas (cf., *infra*, item 22.1) para a densificação desse mandamento.

Já MENDES DE CASTRO²⁵⁷, em 1619, indicava a peculiaridade do direito português nesse ponto: “o juiz, na sentença, deve exprimir as causas nas quais se apoia para julgar como julga, com fundamento em nosso costume, *livro 3, título 66, § 7*, tendo se corrigido nesse ponto o direito comum *in cap. cum Bertoldus de re jud.*, pois a opinião geral, no direito comum, é de que não é necessário que a causa seja expressa (*Judex in sententia debet exprimere causas, quibus nititur ad ita judicandum ex nostra consuetudine lib. 3. tit. 66. § 7. correcto in hoc jure communi in cap. cum Bertoldus de re jud. quae jura communis opinio est non esse necessarium, quod causa exprimatur*)”. LOBÃO saudou o preceito, anotando que, para além da razão declarada de permitir a correta interposição de recurso, “a arcana [razão] é para os juizes mostrarem ao publico a propria jurisprudencia e o exacto exame dos autos.”²⁵⁸

Um exame dos incisos em que se desdobra o art. 489, § 1º, do CPC/2015, permite distinguir dois vetores centrais para a identificação, *a contrario sensu*, de uma decisão fundamentada.

O primeiro deles (baseado no art. 489, § 1º, incs. I, II, III, V e VI) tem que ver com a relação entre o enunciado normativo interpretado na decisão e a situação da vida (*Lebenssachverhalt*) tida por relevante para o direito e correspondente à figura do fato visada naquele enunciado. É assim que o dispositivo identifica, de um lado, uma série de enunciados ou elementos de enunciados normativos (“ato normativo”, “conceitos jurídicos indeterminados”, “precedente ou enunciado de súmula”, “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente”) e, de outro, os eventos da vida postos diante da apreciação do juiz (“a causa”, “no caso”, “o caso sob julgamento”, “no caso em julgamento”).

Nesses incisos, determina-se que a decisão judicial, atenta à mútua conformação entre norma (que é interpretação do texto normativo, cf., *supra*, item 1) e fato (que é evento da vida sublimado, *aufgehoben*, pelo direito, cf., *supra*, item 11.1), dedique-se ao ajustamento interpretativo entre um e outro, o que é, ademais, conforme destacou MICHELE TARUFFO, expressão de:

um conjunto de relações de implicação entre enunciados...: 1) os enunciados inerentes aos fatos da causa implicam aplicabilidade de

²⁵⁷ CASTRO, *Practica Lusitana, op. cit.*, p. 1, l. 3, c. 17, p. 84.

²⁵⁸ M. de A. e S. de LOBÃO. *Segundas linhas sobre o processo civil, ou antes adições às primeiras do Bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa* [1817]. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, p. 566.

determinadas normas; 2) ao revés, as normas individualizadas como aplicáveis implicam existência de determinados fatos. Na medida em que subsistem ambos os nexos de implicação, realiza-se a coincidência semântica entre o suporte fático abstrato e o suporte fático concreto.²⁵⁹

Trata-se, ainda segundo TARUFFO, de procedimentos que:

interagem dialeticamente provocando uma série de transformações e adaptações dos enunciados (gerais e particulares) inicialmente contrapostos, realizando-se o ponto de encontro quando há coincidência lógica e semântica entre o enunciado de fato “generalizado” e o enunciado normativo “concretizado”.²⁶⁰

O CPC/2015, no art. 489, § 1º, II, alude a esse processo, que é intrinsecamente dialético, sobretudo, na direção da concretização (“o motivo concreto”) do enunciado normativo em direção a uma norma que, por assim dizer, caiba na situação da vida. A doutrina vem desenvolvendo o ponto relativamente ao conjunto dos dispositivos mencionados: “examine o caso e suas particularidades”,²⁶¹ assevera LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA sobre a mera remissão ao texto legal (inciso I); “avalie... a pertinência da sua aplicação ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali”,²⁶² afirmam DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA sobre os precedentes (incisos V e VI). Na verdade, em texto pioneiro, anterior ao aparecimento do CPC/2015, BARBOSA MOREIRA já ferira o ponto: “[c]umpre que o juiz concretize o conceito, para a espécie que está sob seu exame. É preciso descer à realidade concreta...”²⁶³ Na linguagem

²⁵⁹ M. TARUFFO. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 238.

²⁶⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 224.

²⁶¹ CUNHA, Comentário ao artigo 489, *op. cit.*, p. 1232, grifos nossos.

²⁶² DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, p. 338, grifos nossos.

²⁶³ BARBOSA MOREIRA, O que deve e o que não deve figurar na sentença, *op. cit.*, p. 120, grifos nossos. Atualmente, por exemplo, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO propõem que “[a] fundamentação tem de ser concreta, vale dizer, tem de dizer respeito à situação jurídica deduzida em juízo pelas partes” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 577).

expressiva de LENIO STRECK, “o CPC proíbe decisões sem contexto, ou, na linguagem hermenêutica, veda ‘conceitos sem coisas’.”²⁶⁴

No entanto, a atividade é também, necessariamente, a de generalização da situação da vida, sublimando-a em categorias de fato, ideia que está pressuposta no “ajustar” o caso aos fundamentos determinantes de um precedente (inciso V). É preciso, assim, superar a constatação de que, “no direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso”,²⁶⁵ resultado de um paradigma de subsunção que não distingue entre fatos e eventos (cf., *supra*, item 11.1).

Desvela-se aqui ponto já indicado por TARUFFO, que tem impacto simultaneamente na fundamentação da decisão e na impugnação especificada: os enunciados que afirmam fatos e os enunciados que afirmam normas constituem “o resultado final de escolhas também muito complexas, cuja formulação constitui o núcleo essencial e mais problemático da atividade decisória [e, adicionamos, argumentativa].”²⁶⁶ Assim, se o juiz, no fundamentar a decisão, indica, nesse segundo nível de argumentação, “a justificação da apuração dos fatos”²⁶⁷ e a “justificação da escolha da norma aplicável e sua respectiva interpretação,”²⁶⁸ o réu também, na medida em que seu discurso é inarredavelmente segundo, frente à primeiridade do discurso do autor – é o que sugere a injunção do texto legal ao desvelamento dos processos dialéticos de concretização da norma (*rectius*, concretização do enunciado normativo em norma) e de generalização do fato (*rectius*, generalização do evento em fato) – está diante não meramente de um enunciado de fato acoplado a um enunciado de direito (ao menos tácito), mas diante de um conjunto de escolhas, feitas pelo autor, relativamente à montagem desses enunciados.

Embora não se possa impor ao réu, como condição para a eficácia da impugnação especificada, a desmontagem de cada enunciado do autor nas escolhas prévias de que resultaram, a não ser que a montagem tenha sido explícita, vale dizer, configurando, ela própria, um conjunto de enunciados dialéticos de abstração fática e concretização normativa, esse conjunto de incisos do art. 489, § 1º, do CPC/2015, sem dúvida permite vislumbrar uma pluralidade de situações em que, pela relação de prejudicialidade entre

²⁶⁴ L. L. STRECK. Comentário ao artigo 489. In: L. L. STRECK; D. NUNES; L. C. da CUNHA (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 681-92, aqui p. 684.

²⁶⁵ L. G. MARINONI. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p. 183.

²⁶⁶ TARUFFO, *A motivação da sentença civil*, *op. cit.*, p. 242.

²⁶⁷ IDEM, *Ibidem*.

²⁶⁸ IDEM, *Ibidem*.

os enunciados dialéticos apontados e os enunciados de último grau (enunciados de fato e enunciados de direito) formulados pelo autor, terá havido impugnação especificada nos termos do art. 341, III, do CPC/2015 (cf., *supra*, item 13).

O segundo vetor de identificação de uma decisão fundamentada é o que se constrói a partir do art. 489, § 1º, IV, do CPC, e que equivale a um mandamento de exaustividade, ou, mais precisamente, de que o juiz, na decisão, dialogue com todos os argumentos que, em linha de princípio, teriam podido conduzir a decisão distinta da efetivamente tomada (“argumentos... capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), sem que se exija a mesma exaustividade para os argumentos que também conduziram à decisão proferida: “cabe ao julgador acatar uma das alegações da parte vencedora e contrastá-la com *todas as alegações da parte vencida*”.²⁶⁹ Isso implica, evidentemente, que nem todo enunciado ou encadeamento de enunciados terá de ser enfrentado na decisão, mas apenas o argumento “juridicamente relevante para justificar a decisão,”²⁷⁰ já que os outros (por exemplo, enunciados que não predicam fatos jurídicos ou elementos de fatos jurídicos) não são, nem em tese, capazes de infirmar a conclusão do julgador.

Por certo, nesse ponto, o objeto do dever de fundamentação se configura como mais restrito do que o objeto do dever de impugnação especificada dos fatos, não porque desborde dos fatos jurídicos ou dos elementos de fatos jurídicos (cf., *supra*, item 11.1), mas porque o juiz seleciona as alegações sobre as quais vai discorrer tendo já em vista o resultado do processo, ao passo que o réu intervém, para impugnar especificadamente, antes da decisão, logo, sem saber qual é a conclusão do julgador, e assim mirando o conjunto, e não uma parcela, dos enunciados do autor.

Nesses termos, o art. 489, § 1º, do CPC/2015, constitui “*standard* mínimo de qualidade”,²⁷¹ não apenas para extremar decisões fundamentadas e decisões carentes de fundamentação, mas também para identificar, pela dialeticidade discursiva que fica aí estampada, a ocorrência ou a inoocorrência de uma impugnação especificada dos fatos, que se mostra, assim, um processo de generalização dos eventos da vida em abstrações (fatos, elementos de fatos) que, desde que qualificadas pelo direito (jurídicos), no

²⁶⁹ SCHMITZ, *Fundamentação das decisões judiciais*: a crise na construção de respostas no processo civil, *op. cit.*, p. 304, grifos do autor.

²⁷⁰ CRUZ e TUCCI, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, *op. cit.*, p. 111.

²⁷¹ T. A. A. WAMBIER. Comentário ao artigo 489. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 430-38, aqui p. 431.

indissolúvel processo de concretização normativa, precisam, categoria por categoria, ser objeto de manifestação do réu.

20. Impugnação especificada e fase recursal: CPC/2015, arts. 932, III; 1.021, §§1º a 3º

[RF1]

[RF1.1]

Os arts. 932, III, e 1.021, §§1º a 3º, do CPC/2015, não têm correspondente no CPC/1973. O primeiro desses artigos diz respeito ao papel do relator, integrando a disciplina geral dos recursos, e o segundo concerne especificamente a uma espécie recursal, o agravo interno. Em ambos os casos, cuidou o legislador de introduzir um requisito de admissibilidade recursal, o de que o recurso *impugne especificamente* (no art. 932, III), ou *especificadamente* (no art. 1.021, §1º) os fundamentos da decisão recorrida. Ora, trata-se, em ambos os casos, de exigência relativa à motivação, ou fundamentação, das razões recursais, que, por força do art. 932, III, passa a integrar a disciplina de todas as espécies recursais, completando os requisitos de motivação enunciados particularmente para cada um (e.g., art. 1.010, II e III, para a apelação; art. 1.016, II e III, para o agravo de instrumento; art. 1.023, *caput*, para os embargos de declaração, etc.). Para os propósitos deste capítulo, trata-se de relevante ponto para precisar a compreensão do que é a impugnação especificada no sistema do CPC/2015.

A despeito de ARAKEN DE ASSIS julgar que os novos dispositivos apenas se somam aos demais, importados do regime do CPC/1973, “apesar das fórmulas diversificadas, cujo sentido soa unívoco”,²⁷² parece-nos que o novo sistema redacional (impugnar especificadamente os fundamentos da decisão), que se contrapõe ao antigo, predominante no diploma anterior (usualmente, em espelhamento do art. 319, III, a exposição do fato e do direito e as razões do pedido de reforma), adota perspectiva diversa, por vincular estreitamente a interposição do recurso ao ato procedimental anterior – a decisão recorrida – e, mais que isso, aos seus fundamentos – vale dizer, não apenas ao resultado, expresso no dispositivo, mas à argumentação desenvolvida no pronunciamento decisório. Cuida-

²⁷² A. de ASSIS. *Manual dos recursos*. 8.ed. São Paulo: RT, 2016, p. 251.

se, a nosso sentir, de clara indicação de que, também em grau recursal – e até mesmo para que seja franqueado à parte o exercício do direito de recorrer, já que se trata de requisito de admissibilidade recursal –, é preciso desenvolver um contraditório substancial (cf., *supra*, item 16).

O que caracterizamos como novo sistema redacional do requisito da motivação, ou fundamentação, está radicado no Enunciado 182 da Súmula do STJ, que remonta a 1997, do teor seguinte: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC [= agravo interno] que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.” O Enunciado estava voltado, como se vê nos precedentes que lhe serviram de suporte, a coibir a prática frequente de mera reprodução das razões recursais, sem enfrentar os fundamentos da própria decisão agravada.²⁷³ Ora, a interposição de recurso nesses termos, na expressão de ARAKEN DE ASSIS, carece de atualidade.²⁷⁴ Embora possa eventualmente ter sua finalidade desviada para sustentar uma jurisprudência defensiva nos tribunais superiores,²⁷⁵ o espírito que anima o Enunciado 182, e que deve animar, assim, a atuação processual após sua ampla consagração legislativa no CPC/2015, é outro. Trata-se de expediente para que todo o procedimento se desenvolva de modo a que as diferentes afirmações introduzidas no processo, desde que juridicamente relevantes, sejam elas afirmações sem carga imperativa (alegações das partes) ou afirmações dotadas de carga

²⁷³ Assim, exemplificativamente: “Agravo contra despacho que inadmitiu recurso especial. - Deve o agravante rebater as razões em que se fundou a decisão agravada e não reproduzir as razões anteriormente aduzidas. - Agravo improvido” (AgRg no Ag 34187 GO, Rel. Ministro ANTONIO TORREÃO BRAZ, QUARTA TURMA, julgado em 28/02/1994, DJ 11/04/1994) “É dever do agravante infirmar a decisão agravada, afigurando-se insuficiente reproduzir as razões anteriormente deduzidas no recurso especial.” (AgRg no Ag 73965 MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/1995, DJ 05/02/1996).

²⁷⁴ ASSIS, *Manual dos recursos*, *op. cit.*, p. 253.

²⁷⁵ Conforme parece pensar JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, ao aduzir caso de aplicação do Enunciado 182, sem discussão do caso concreto, mas concluindo no seguinte sentido: “Esta nova e deliberada investida da (equivocadamente rotulada) “jurisprudência defensiva”, a rigor, a despeito de não guardar qualquer coerência hermenêutica com as regras processuais em vigor, sobretudo porque, além de acarretar inequívoca “surpresa” às partes, implica verdadeira “sinuca de bico” aos advogados (incluindo-se aí até mesmo os mais experientes), visto que a propalada “ausência de impugnação” não diz com o direito objeto da demanda, mas concerne diretamente à expertise do próprio causídico. É, assim, o mesmo que assentar que o advogado foi negligente, visto que não se deu ao trabalho de enfrentar todos os fundamentos da decisão recorrida!” (J. R. CRUZ e TUCCI. Repúdio às novas investidas da “jurisprudência defensiva”. *O Estado de São Paulo*, 25 jul. 2018. Texto disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/repudio-as-novas-investidas-da-jurisprudencia-defensiva/>> Acesso em: 18 set. 2018). Note-se que, ao adotar essa perspectiva, também deveríamos investir contra a impugnação especificada dos fatos na resposta do réu, já que a ausência de impugnação a determinado fato, sem que se tenha querido que ele fosse admitido como verdadeiro, sempre se poderia imputar – e frequentemente com razão – à falta de um bom advogado. Nosso sistema, no entanto, trata o advogado como representante da parte, vale dizer, como pessoa cujos atos, nos limites do mandato, terão eficácia direta na esfera jurídica do mandante (a parte processual).

imperativa (pronunciamentos judiciais), venham devidamente tomadas em conta no próximo ato processual, de modo a engajar os sujeitos processuais em um contraditório efetivo. Como assinalaram MARINONI e MITIDIERO, cuida-se de uma “imposição legal de atenção ao caso concreto”,²⁷⁶ que “visa a prestigiar um diálogo congruente entre o juiz e as partes para obtenção de uma solução mais amadurecida e completa.”²⁷⁷ A exigência de um “ônus de impugnação especificada”, por força do art. 932, III, avançam FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, é “própria de um processo cooperativo.”²⁷⁸ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR percebeu, ademais, e com acerto, o sentido protetivo do contraditório: “[n]ão se admite, destarte, impugnações genéricas, que dificultem a defesa ou a decisão pelo tribunal.”²⁷⁹ Trata-se, em suma, de mandamento, ou exigência, de dialeticidade que exsurge do princípio do contraditório.²⁸⁰

Note-se que a evolução foi se dando na prática, em diálogo com a doutrina, e de forma muito geral no sistema recursal, não apenas no caso específico do agravo interno que acabou por receber uma formulação legislativa que a espelha no CPC/2015. Assim, se compararmos a primeira edição do clássico comentário de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA aos títulos IX (“Do Processo nos Tribunais”) e X (“Dos Recursos”) do Livro I do CPC/1973, datada de 1974, à mais recente (14^a), publicada em 2008, notaremos uma mudança relevante.

No art. 514, II, o CPC/1973 determinava a necessidade de que a apelação contivesse “os fundamentos de fato e de direito” (no correspondente art. 1.010, III, do CPC/2015, “a exposição do fato e do direito”). Comentando o ponto, BARBOSA MOREIRA introduziu relevante observação que espelha a mudança referida no corpo do texto. A inserção é a seguinte: “Tem-se decidido, *acertadamente*, que não é satisfatória a mera invocação, máxime em peça padronizada, de razões que não guardam relação com o teor da sentença.”²⁸¹

²⁷⁶ L. G. MARINONI; D. MITIDIERO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 16, artigos 976 a 1044. São Paulo: RT, 2016, p. 218.

²⁷⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 219.

²⁷⁸ F. DIDIER JR.; L. C. da CUNHA. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 3. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 53.

²⁷⁹ H. THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 3, execução forçada, processo nos tribunais, recursos, direito intertemporal. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, § 82, p. 1054.

²⁸⁰ Para NELSON NERY JR., haveria um “princípio da dialeticidade” em matéria recursal: “[s]egundo este, o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão. Só assim a parte contrária poderá contra-arrazoá-lo, formando-se o imprescindível contraditório em sede recursal” (N. NERY JR. *Teoria Geral dos Recursos*. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 179). FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, entretanto, esclarecem: “[r]igorosamente, não é um princípio: trata-se de exigência que decorre do princípio do contraditório, pois a exposição das razões de recorrer é indispensável para que a parte recorrida possa defender-se, bem como para que o órgão jurisdicional possa cumprir seu dever de fundamentar suas decisões” (DIDIER JR, CUNHA, *Curso de Direito Processual Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 177-78).

²⁸¹ J. C. BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 476 a 565. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, § 235, p. 424, grifos nossos. Compare-se com a primeira edição, em que a frase está ausente: J. C. BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 476 a 565. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1974, § 166, p. 331.

Aduzindo uma série de julgados em nota, o processualista comenta: “[t]ampouco satisfaz argumentação ‘de índole genérica’, como a consistente em simples menção à anterior impugnação de cálculo.”²⁸²

Conforme se vê, o requisito da impugnação especificada – imediatamente da decisão – como requisito recursal espelha uma mudança sistemática em prol de um contraditório substancial ou cooperativo, que, de certa forma, apenas se cristalizou ou se deu a ver com mais clareza ao se manifestar no texto legal do CPC/2015, arts. 932, III, e 1.021, § 1º.

O caso do art. 1.021 torna essa impositação patente, porque não é apenas o encadeamento argumentativo entre recurso e decisão recorrida (que lhe antecede, naturalmente), que é garantido por meio da injunção a uma impugnação especificada, que significa sobretudo uma impugnação que tome em conta os argumentos da decisão, mas, segundo esclarece o §3º, também o encadeamento entre recurso e decisão sobre o recurso (que lhe sucede, por evidente), uma vez que essa decisão não pode também ignorar o recurso – e a manifestação do recorrido, a teor do §2º – que lhe antecede diretamente, reproduzindo fundamentos de decisão anterior. EDUARDO ARRUDA ALVIM bem percebeu essa sucessão de encadeamentos em uma espécie de progressão dialógica do processo:

[O] agravo deve ser voltado contra a decisão unipessoal do relator, e suas razões devem atacar especificadamente os fundamentos da decisão agravada. A contrapartida disso é que o § 3º do art. 1.021 impede que o relator venha a limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para negar seguimento ao agravo. É dizer, impõe-se ao relator que fundamente adequadamente a decisão de não acolhimento do agravo...²⁸³

Tratar-se-ia, nos termos de LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO, de positivação do “princípio da dialeticidade recursal.”²⁸⁴

²⁸² BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 476 a 565, 14.ed., *op. cit.*, p. 424, n. 33.

²⁸³ E. ARRUDA ALVIM. Comentário ao artigo 1021. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 926 a 1072, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 469-473, aqui p. 472.

²⁸⁴ L. H. V. CAMARGO. Comentário ao artigo 1021. In: T. A. A. WAMBIER et alii (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2259-66, aqui p. 2262.

Para os fins hermenêuticos que perseguimos nesta sede, importam duas observações.

A primeira é a concepção da impugnação especificada como um instrumento de articulação entre atos processuais sob a égide de um contraditório efetivo que encadeia ato processual do recorrente, ato processual do recorrido e ato processual do juiz, com um imperativo de que o ato sucessivo sempre se refira ao ato antecedente. Nesses termos, o que se tem em um grau da cadeia diairética é reprodução da lógica mais ampla: alegações das partes – informadas pelo dever de impugnação especificada tão logo introduzida pela primeira vez a matéria – seguidas de decisão – informada, por sua vez, por um dever de motivação que é o mesmo que se localiza particularmente no art. 1.021, § 3º. Nesses termos, a investigação da impugnação especificada como requisito de admissibilidade recursal confirma a conclusão de que o dever de impugnação especificada dos fatos vem predicado como expressão de uma concepção pública (já que, segundo sua “dupla destinação”,²⁸⁵ dirige-se tanto ao juiz quanto às partes) da garantia do contraditório (cf., *supra*, item 16).

A segunda observação diz respeito à ulterior qualificação da impugnação especificada em grau recursal.

A própria formulação, ao falar de uma impugnação especificada aos *fundamentos* da decisão, faz lembrar os casos em que o CPC/2015 qualifica a impugnação como a um só tempo especificada e fundamentada (cf., *infra*, item 22.3). Evidentemente, aqui os fundamentos não são os da impugnação, mas os da decisão impugnada. Todavia, em contexto no qual os atos são uns encadeados aos outros, referindo-se o sucessivo ao antecedente em uma cadeia dialógica, e mais que isso, em diploma em que o termo “fundamento” é frequentemente empregado para remeter ao conteúdo de atos da parte que impugnam outros atos, inclusive recursos (e.g., arts. 525, §§ 5º, 6º, e 9º; 702, § 3º; 917, § 4º; 968, § 6º; 1.013, §2º; 1.034, par. ún., etc.), a única conclusão possível é a de que a impugnação deve ser especificada e fundamentada. Há precedentes judiciais que confirmam essa interpretação.²⁸⁶

²⁸⁵ DINAMARCO, O princípio do contraditório e sua dupla destinação, *op. cit.*

²⁸⁶ Exemplificativamente: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182 DO STJ. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO. (...) 2. O agravo interno não impugnou as razões da decisão agravada, pois não refutou, *de forma fundamentada*, as

O Código de Processo Civil português, em seu art. 640º, traz uma série de elementos que compõem necessariamente o núcleo de uma impugnação recursal especificada. Confira-se (os grifos são nossos):

Artigo 640.º

(Ónus a cargo do recorrente que impugne a decisão relativa à matéria de facto)

1 - Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente *especificar*, sob pena de rejeição:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;
- b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida;
- c) *A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.*

2 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, observa-se o seguinte:

- a) Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes;
- b) Independentemente dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe ao recorrido designar os meios de prova que infirmem as conclusões do recorrente e, se os depoimentos tiverem sido gravados, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda e proceder, querendo, à transcrição dos excertos que considere importantes.

omissões existentes que levaram à necessidade de retorno dos autos à instância de origem. Incidência da Súmula nº 182 do STJ. (...) (AgInt no REsp 1450225/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018)

3 - O disposto nos n.ºs 1 e 2 é aplicável ao caso de o recorrido pretender alargar o âmbito do recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 636.º.

O número 640.1.c é uma novidade relativamente ao diploma anterior, em sua última forma, implicando a necessidade de que o recorrente não apenas negue a decisão (a decisão tal está errada ou é nula), mas que, dizendo qual a decisão a seu ver correta, expresse sua visão arrazoada do processo, vale dizer, conforme uma fundamentação alternativa à do juiz. Trata-se de inovação muito interessante, porque o réu expressamente assume o papel de um juiz em potencial. Essa inovação integra o que RUI PINTO chamou um “dever de cooperação qualificado”,²⁸⁷ vale dizer, “uma manifestação especial do princípio da cooperação para a descoberta da verdade.”²⁸⁸ Como se vê pelos dispositivos que integram o artigo, há uma determinação parcial muito interessante do que é a especificação da impugnação, como apontar os meios de prova que levam a conclusão diversa e, mais que isso, a teor do art. 640.2, indicar mesmo as passagens específicas de gravações que integram esses meios de prova.

Não há nenhum dispositivo equivalente que permita indicar genericamente, no sistema processual brasileiro, o conteúdo da impugnação específica em sede recursal, ainda que o art. 489, § 1º, possa, por via reflexa, ser aproveitado no debate (cf., *supra*, item 19). Entretanto, *a priori*, um exame de cada espécie recursal pode fornecer elementos para uma reconstrução, o que pressupõe, naturalmente, a cada caso, a identificação de quais requisitos têm que ver com as especificidades daquele recurso e quais são expressões de um requisito recursal geral – e mesmo, o que nos interessa particularmente, quais requisitos atinem com a caracterização de uma impugnação, em nível recursal ou não, como especificada.

Infelizmente, mesmo no caso das espécies recursais em particular, o CPC/2015 é bastante lacônico, podendo-se somente colher, aqui e ali, alguns pontos referentes aos recursos de fundamentação restrita (e.g., a obscuridade, a contradição, a omissão e o erro, no art. 1.022, o dissídio jurisprudencial, no art. 1.029, § 1º, etc.).²⁸⁹ São, contudo, poucos pontos para construir um microsistema denso de impugnação especificada em grau

²⁸⁷ R. PINTO. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 418.

²⁸⁸ IDEM, *Ibidem*.

²⁸⁹ Sobre a distinção entre recursos de fundamentação restrita, ou vinculada, e recursos de fundamentação livre, cf. C. CONSOLO. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*. 3.ed. Padova: CEDAM, 2012, p. 29.

recursal, sendo necessário, também para fins de apreciação da fundamentação de um recurso, proceder, de modo mais ou menos consciente, a uma reconstrução sistemática mais geral.

21. Impugnação especificada e fase executiva: CPC/2015, arts. 525; 917

[RG2]

RF1.1. Para ser eficaz, a impugnação de alegações de fato, não apenas na contestação, mas em todo ato que ataca alegações que possam ser tomadas pelo juiz como fundamento decisório, deve maximizar um contraditório efetivo e substancial.

RP2.1.2. Toda vez que o réu impugna parcialmente um valor, ele deve declinar o valor correto e demonstrar os fundamentos do cálculo.

Como bem apontou SCARPINELLA BUENO, aludindo à principal polêmica doutrinária a respeito do vasto problema do exercício de defesa na execução, a saber, se a impugnação e/ou os embargos constituem exercício de ação ou de defesa, uma resposta depende, em primeiro lugar, do “entendimento prévio do que seja ‘ação’ e do que seja ‘defesa’.”²⁹⁰ A simetria entre ação e defesa – e a fractalização recíproca –, contudo, torna a questão contornável, na medida em que o dever de impugnação especificada não incide, por assim dizer, na contestação sobre a petição inicial, mas sobre toda alegação de fato jurídico que possa vir a ser considerada pelo juiz como fundamento de uma decisão (cf., *supra*, item 11). Assim, exercendo defesa, seja o executado nos embargos ou na impugnação, seja o exequente em sua resposta aos embargos ou à impugnação, incide o dever da mesma forma que, diante de alegação de fato jurídico passível de ser considerado pelo juiz, ele incide seja na contestação, seja na réplica.²⁹¹

²⁹⁰ C. S. BUENO. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 3, tutela jurisdicional executiva, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 490.

²⁹¹ A. A. de CASTRO. *Direito processual civil declaratório*: volume 3. Coimbra: Almedina, 1982, p. 237-38; F. DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 1. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 652. Contra, não admitindo a incidência do dever de impugnação especificada na réplica, por falta de previsão legal: M. J. M. BONIZZII. *Fundamentos da prova civil*: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o Novo CPC. São Paulo: RT, 2017, p. 49.

Nesta sede, assim, assentada que está a forte homologia entre ação e defesa (cf., *supra*, item 17), podemos passar ao largo desse ponderoso debate e avançar a um breve exame dos arts. 525 e 917 do CPC/2015, sob a óptica desta investigação. O exame terá mesmo de ser breve porque são demasiado lacunosos os referidos dispositivos para que sejam de muito préstimo na elucidação do conteúdo do dever de impugnação especificada dos fatos.²⁹² Conforme SCARPINELLA BUENO, sobre o art. 525, apesar de ser um dos dispositivos mais extensos do CPC/2015, “sua disciplina é lacunosa quanto ao *procedimento* da impugnação e questões correlatas.”²⁹³ É, ao contrário, o regime da defesa na fase cognitiva que, em geral, auxilia os intérpretes a desenhar o perfil desses meios de defesa na fase executiva, como reconhecem LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, ao comentarem, particularmente sobre o art. 920, I, que “[a]plicam-se subsidiariamente as regras dos arts. 335 a 342 (art. 771, par. ún.)”²⁹⁴

O que a diferencia da fase cognitiva é que a fase executiva implica uma anterioridade que inexistia naquela, seja pelo desenvolvimento prévio de atividade jurisdicional (CPC/2015, art. 515), seja pelas (complexas) presunções relativas ao sentido do título executivo extrajudicial (CPC/2015, art. 784). Essa anterioridade é estampada na ideia do título executivo.²⁹⁵ Tratar-se de fase executiva não importa, nesses termos, para a incidência do dever de impugnação especificada, para além de excluir certas matérias da discussão, no caso da impugnação – cognição limitada, art. 525 do CPC/2015 – mas não no dos embargos – cognição plena, art. 917, VI, do CPC/2015.²⁹⁶ Em outros termos: a anterioridade, judicial ou legal, estampada no título, é fator de exclusão de determinadas

²⁹² A insuficiência legislativa no ponto é inercial na história do direito processual brasileiro. Bradava, já em 1855, PAULA BAPTISTA: “Quanto aos Embargos do Executado, além da dificuldade em conceber os seus princípios e regras debaixo d’um ponto de vista geral, e theorico, as nossas Leis *civis* não têm systema, nem regularidade, e d’ahi surgem dificuldades e abusos, que cumpre resolver, e reprimir” (F. de PAULA BAPTISTA. *Compendio de theoria e pratica do processo civil*. Recife: Typographia Universal, 1855, §187, p. 167).

²⁹³ C. S. BUENO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 10, da liquidação e do cumprimento de sentença, arts. 509-538. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 233, grifos do autor (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por José Roberto F. GOUVÊA; Luís Guilherme A. BONDIOLI e João Francisco N. da FONSECA).

²⁹⁴ WAMBIER, TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 548.

²⁹⁵ Na feliz imagem de DINAMARCO, a ação executiva “vai se formando gradativamente, como um desenho que se conclui apenas quando o último traço é dado sobre o papel” (C. R. DINAMARCO. *Execução civil*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, §46, 306, p. 465).

²⁹⁶ A terminologia é a de GIUSEPPE CHIOVENDA (G. CHIOVENDA. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*: volume 1, i concetti fondamentali, la dottrina delle azioni. 2.ed. Napoli: Jovene, 1935, §6, 37, p. 161), tal qual adaptada por KAZUO WATANABE (K. WATANABE. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p.111-12).

questões do raio da cognição judicial em sede executiva,²⁹⁷ mas não é fator de eliminação do dever de impugnação especificada para as questões que subsistem e se apresentam à inteligência judicial.²⁹⁸

Afinal, a concentração das defesas na impugnação,²⁹⁹ salvo fato superveniente (art. 525, §11),³⁰⁰ simetricamente à fase cognitiva (art. 342), implica a existência de um sistema preclusivo que mimetiza o da fase cognitiva, em que desempenha papel central a impugnação especificada dos fatos. Mais que isso, a referida anterioridade estampada no título, que particulariza a fase executiva, configura uma presunção de veracidade para as alegações do autor no requerimento de cumprimento de sentença (art. 513, §1º) ou na petição inicial da execução (art. 798), a viabilizar desde logo a prática de atos executivos.³⁰¹ Esse desenho significa que, não havendo contradição, pelo executado, das afirmações do autor, elas ficam admitidas como verdadeiras, o que significa que é necessário impugná-las para que haja controvérsia – naturalmente na medida em que a restrição horizontal da cognição admita controvérsia.

Há, para além disso, um argumento adicional que nos parece central. O rol de alegações aptas a controverter as afirmações que sustentam a pretensão executiva do exequente, desenhado nos incisos dos arts. 525, §1º, e 917, do CPC/2015, evidencia que

²⁹⁷ Conforme ANTONIO CARLOS GARCIAS MARTINS: “[é] inegável que a relação jurídica de direito material contida no título executivo e os limites previstos no direito posto determinarão o campo cognoscível no processo de embargos do executado” (A. C. G. MARTINS. *Dos embargos de segunda fase: aspectos relevantes*. São Paulo: Leud, 2000, p. 48).

²⁹⁸ WAMBIER e TALAMINI, falando especificamente do caso do embargado (mas não do embargante), afirmam a aplicação do regime da impugnação especificada, distinguindo os fatos constitutivos do crédito do exequente, para o qual milita uma forte presunção de veracidade, e os fatos modificativos, extintivos e impeditivos daquele crédito, caso em que, inexistindo a presunção gerada pelo título, o silêncio do embargado é mais imediatamente valorado pelo juiz em função do mandamento de impugnação especificada dos fatos (WAMBIER, TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil: volume 3, op. cit.*, p. 548). Os autores tecem considerações equivalentes sobre a impugnação ao cumprimento de sentença (IDEM, *Ibidem*, p. 583). Também ARAKEN DE ASSIS atribui ao embargado o regime da impugnação especificada dos fatos alegados pelo embargante (ASSIS, *Manual da Execução*. 18.ed. São Paulo: RT, 2016, § 119, 576, p. 1613), e ao impugnado, dos fatos alegados pelo requerente (IDEM, *Ibidem*, § 128, 607, p. 1684). A nosso ver, contudo, é preciso considerar em primeiro lugar a alegação de fato jurídico e sua aptidão a fundamentar uma decisão. Isso feito, a distinção é entre impugnação especificada diante de prova prévia (seja no título ou conjuntamente com ele, seja na impugnação ou nos embargos) e impugnação especificada sem existência prévia de prova.

²⁹⁹ De forma mais explícita na Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980): “Art. 16 (...) §2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.”

³⁰⁰ Esse artigo deverá se aplicar também aos embargos, não apenas por força do art. 771, par. ún., mas pela determinação de prazo para oposição de embargos, art. 915, e pela preclusão para alegações, a teor do art. 917, §1º.

³⁰¹ Afinal, na dicção de DINAMARCO: “[a] verdadeira função do título executivo é a de permitir que, para a atuação da vontade da lei substancial referente a determinada situação jurídica concreta, lance-se mão das medidas executivas” (DINAMARCO, *Execução civil, op. cit.*, §46, 311, p. 470).

o réu não pode se opor genericamente à execução.³⁰² Isso é elementar no caso da impugnação ao cumprimento de sentença, mas também no caso dos embargos à execução, já que os incisos I a V do art. 917 do CPC/2015 não se justificariam à luz do inciso VI se não houvesse aí uma sugestão subjacente de topicalização das alegações defensivas (cf., *infra*, item 22.1).³⁰³ Mesmo no caso da impugnação ao cumprimento de sentença, segundo a aguda intuição de WAMBIER e TALAMINI, o rol não é taxativo no sentido de esgotar as hipóteses concretas de argumentos defensivos aptos a desfazer a presunção de ser bem-fundada a pretensão executiva, mas apenas no sentido de exemplificar as *categorias* de matérias suscetíveis, essas sim taxativas:³⁰⁴ ausência de pressuposto de existência processual, falta de condições da ação executiva, falta de pressupostos processuais de validade, nulidade dos atos do processo executivo, fatos supervenientes extintivos, modificativos ou impeditivos do crédito.³⁰⁵ Afastada a contradição genérica, evidente é que ela deve ser especificada, mesmo que não articulada, mimetizando a topicalização legal.

Note-se que, nessas categorias, há algumas superposições com o sistema desenhado no art. 337 do CPC/2015 para as defesas preliminares na fase cognitiva. Trata-se, na maior parte dos casos, de defesas que se apresentarão no processo como defesas indiretas, mas, conforme já assentamos (cf., *supra*, itens 11.3 e 12.2), a distinção entre defesas diretas e indiretas é desenhada pelo conjunto das afirmações do autor, podendo requisitos de validade e condições de eficácia, matérias típicas de defesa indireta, ser matéria de defesa direta desde que alegadas pelo autor. O mesmo vale na relação processual em fase executiva, de modo que não é possível dizer *a priori* que a arguição, pelo executado, de defesa que se enquadre no rol do art. 525, §1º, será forma de defesa indireta no processo de execução. É a contraposição entre

³⁰² O ponto, novamente, é explicitado no Código de Processo português, art. 732.3, sobre a oposição à execução, chamando de contestação a resposta do exequente e reportando-se à regulação da revelia: “À falta de contestação é aplicável o disposto no nº 567º e no art. 568º, não se considerando, porém, confessados os factos que estiverem em oposição com os expressamente alegados pelo exequente no requerimento executivo.” A solução indica ademais o caráter de secundidade do articulado que inicia a oposição relativamente ao articulado que iniciara a execução. Comentando o correspondente art. 817º no Código português de 1939, JOSÉ ALBERTO DOS REIS concluiu que “[s]e o exequente contestar, funciona o disposto no artigo 494º” (J. ALBERTO dos REIS. *Processo de execução*: volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1954, p. 62), artigo que, naquele diploma, conforme já visto (cf., *supra*, item 9.2), regulava a impugnação especificada dos fatos.

³⁰³ É interessante notar que, na redação original do CPC/1973, os embargos infringentes deveriam ser “deduzidos por artigo” (art. 531), o que foi alterado pela Lei 8950/1994, de forma coerente com o sistema codificado, que não prevê mais a forma articulada como requisito de admissibilidade dos atos postulatórios. Mas, não só na terminologia renitente às sucessivas reformas (os “articulados” nos arts. 387 e 435 do CPC/2015), como na ideia mesma de topicalização, demonstrada nos sucessivos róis exemplificativos do diploma, denotam que, se a forma articulada não é mais necessária em nosso direito, o sistema privilegia e busca preservar a essência deles, qual seja, a clara identificação dos tópicos, ou seções, do diálogo em juízo.

³⁰⁴ WAMBIER, TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 573.

³⁰⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 571-73.

petição inicial do processo de execução ou requerimento de cumprimento de sentença, de um lado, e embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, de outro, que definirá o ponto, em cada caso.

Fica assentada, assim, a existência do dever de impugnação especificada também na fase executiva. Contudo, conforme anunciado, para os propósitos hermenêuticos que animam este capítulo, os dispositivos que tratam do exercício da defesa em sede executiva são de pouca valia, pois o problema é disciplinado de forma demasiado lacunosa e, quando não, excessivamente concisa no CPC/2015.

No entanto – é o primeiro ponto que se aproveita diretamente para a investigação aqui empreendida –, a enunciação de um rol da matéria de defesa, seja em razão de uma efetiva restrição na amplitude da cognição (como no art. 525, § 1º, do CPC/2015), seja como modelo paradigmático para uma defesa que não poderá ser genérica (como no art. 917 do CPC/2015) recorre em muitos dos procedimentos especiais abrigados no CPC/2015, sobre os quais versa o próximo item deste trabalho. O exame dos róis desenhados pelo legislador permitirá, naquele momento, o aprofundamento de alguns dos pontos aqui tratados, de modo a articulá-los de forma mais precisa ao dever de impugnação especificada dos fatos.

Há, no entanto, um segundo ponto que merece breve consideração. Trata-se das disposições simétricas contidas no art. 525, § 4º, e no art. 917, § 3º. Segundo esses dispositivos, quando o executado alega, em sua defesa, excesso de execução, ele deverá, na impugnação ou nos embargos, declarar “o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo.” Trata-se de redação que incrementou exigência para o executado, relativamente aos artigos 475-L, § 2º (impugnação), e 739-A, § 5º (embargos), introduzidos, respectivamente, pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, segundo os quais o executado deveria, respectivamente, “declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação” e “declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento”. Como se vê, não só se passou a exigir demonstrativo do crédito, como, já na Lei 11.382/2006, em incremento à Lei 11.232/2005, um demonstrativo “discriminado e atualizado”, modificação espelhada também no art. 798, par. único, do

CPC/2015, sem correspondente no diploma anterior,³⁰⁶ de modo que, ainda aqui, trata-se com simetria exequente e executado, vale dizer, a petição inicial da execução e a peça pela qual o executado a ela resiste.

Trata-se de alegação específica do réu, não de inexistência absoluta do fato jurídico – que seria admitida nos embargos, mas não, *a priori*, na impugnação –, mas de inexistência de parte dele, vale dizer, de reconhecimento de um enquadramento geral ao menos parcialmente correspondente com o alegado pelo exequente, dentro do qual há defesa direta relativa a parte do pedido (cf., *supra*, item 12). Nesses termos, o enunciado dos arts. 525, § 4º, e 917, § 3º, descreve situação particular da impugnação especificada que deve cumprir o executado ao exercer defesa direta. Assim, por um lado, confirma-se a incidência do dever de impugnação direta na impugnação ou nos embargos, com cominação de sanção,³⁰⁷ e, por outro, esclarece-se que, nesse caso específico, apenas terá eficácia a impugnação especificada diante de uma particular forma de contranarrativa fática, consubstanciada em uma alegação afirmativa (o valor) e na demonstração circunstanciada de como se chega ao valor afirmado, mediante demonstrativo discriminado e atualizado de cálculo.

O próprio STJ entendeu, em julgado que se debruçou sobre o conteúdo do art. 302 do CPC/1973, que a impugnação de valor não pode ser genérica para que elida a presunção de veracidade:

Com efeito, observa-se que a própria Recorrente afirma que impugnou “genericamente” o pedido de indenização por danos materiais. Cumpre destacar, contudo que a condenação [sic] genérica, ou por negativa geral não é admitida. (STJ, AgRg no AREsp 135.204/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 22 maio 2012)

³⁰⁶ “Art. 798. (...) Parágrafo único. O demonstrativo do débito deverá conter: I - o índice de correção monetária adotado; II - a taxa de juros aplicada; III - os termos inicial e final de incidência do índice de correção monetária e da taxa de juros utilizados; IV - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; V - a especificação de desconto obrigatório realizado.”

³⁰⁷ “Art. 525. (...) § 4º Na hipótese do § 4º, não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, a impugnação será liminarmente rejeitada, se o excesso de execução for o seu único fundamento, ou, se houver outro, a impugnação será processada, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.” “Art. 917. (...) § 4º Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos à execução: I - serão liminarmente rejeitados, sem resolução de mérito, se o excesso de execução for o seu único fundamento; II - serão processados, se houver outro fundamento, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.”

No entanto, o mesmo Tribunal, ao julgar caso específico, insere uma ponderação que não deve ser desprezada, entendendo que apenas se poderia de fato exigir a especificação do valor se isso fosse de pronto possível. Veja-se voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

No caso, o montante do acervo hereditário, que se constituiu na base de cálculo para o arbitramento dos honorários, não foi contestado pelo espólio, nem pelos herdeiros. Com efeito, nas contestações apresentadas, impugnou-se a exorbitância da quantia pleiteada a título de honorários, pretendendo-se a aplicação do princípio da razoabilidade. Não se contestou, todavia, o valor do monte partível, nem se cogitou da existência de imóveis que dele não devessem fazer parte, tais os prometidos à venda. (...) De outro lado, efetivamente a controvérsia em torno da apuração do acervo somente se iniciou após a conclusão da fase instrutória, nas razões finais. Justificável, no entanto, que a impugnação do valor do acervo somente viesse a surgir nos memoriais, após a perícia, considerando que, em última análise, a apuração dos bens partíveis somente ocorreu com a realização da perícia, e esta não excluiu do monte os imóveis afirmados na inicial como prometidos à venda. (STJ, REsp. 121.737/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 04 abr. 2000)

Verifica-se, portanto, a incidência, em caso particular, do regime geral de funcionamento da impugnação especificada que havíamos traçado anteriormente (cf., *supra*, item 12). Mais que isso, concretiza-se em um caso, que se pode tomar por paradigmático por estar inscrito no CPC/2015, um modelo para o preenchimento da contranarrativa fática que é, muita vez, fator de eficácia para a impugnação especificada dos fatos, vale dizer, estamos diante de um parâmetro de controle com relevante potencial hermenêutico para casos em que haja configuração homóloga daquele dever.

22. Impugnação especificada e procedimentos especiais

Os procedimentos especiais têm natureza marcadamente heterogênea, incidindo as especialidades procedimentais – sempre por contraste com o procedimento comum³⁰⁸ – sobre diversos pontos,³⁰⁹ com o resultado de que há inclusive graus variados de especialidade dos procedimentos.³¹⁰ Em muitos casos, a nota, ou uma das notas, de especialidade reside sobre a disciplina da defesa, quer se trate da particularização de algum aspecto no regramento da contestação, quer o veículo da defesa não seja a contestação, em face de uma especialidade procedimental mais marcada.³¹¹

De modo apenas exemplificativo – uma vez que, neste item, em consonância com o fito essencial do capítulo, que é o adensamento hermenêutico para a compreensão do dever de impugnação especificada dos fatos tal qual desenhado pelo art. 341 do CPC/2015, trataremos apenas de alguns procedimentos especiais codificados – é o caso de alguns dos procedimentos que constam na Lei 8.245/1991, sobre a locação de imóveis urbanos.³¹² Assim, na ação (*rectius*, procedimento)³¹³ de consignação de aluguéis e

³⁰⁸ Nos termos de JOSÉ ALBERTO DOS REIS: “cada processo tem a índole de *forma excepcional* de processar, contraposta à *forma comum*” (J. ALBERTO dos REIS. *Processos especiais*: volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 2, grifos do autor).

³⁰⁹ Para um inventário de diferentes aspectos do procedimento moldados de forma especial, vale dizer, distinta do procedimento comum, cf. F. DIDIER JR; A. do P. CABRAL; L. C. da CUNHA. *Para uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 105-14.

³¹⁰ Na dicção de HEITOR SICA, “existem no sistema procedimentos especiais que são ‘mais especiais’ que outros” (H. V. M. SICA. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 208, p. 61-89, jun. 2012, aqui p. 70). FREDERICO MARQUES o deixara claro ao apontar que “[t]odos eles [procedimentos especiais] têm diversificações no *modus procedendi*, às vezes bem acentuadas em comparação com o procedimento comum de que se desgaltou” (J. FREDERICO MARQUES. *Manual de Direito Processual Civil*: volume 1, teoria geral do processo civil. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1974, §308, p. 365). Já antes MANUEL DIAS DA SILVA: “[n]ão há *processo especial*: há *processos especiaes diversos*, mais ou menos divergentes do processo ordinario e entre si, e mais ou menos complicados (...) Algumas vezes, para a defesa e protecção do mesmo direito, a lei estabelece vários processos especiaes; e pode então succeder que um desses processos tenha, dentro da especialidade respectiva, uma certa generalidade, e que os outros apresentem um caracter *especialissimo*” (M. D. da SILVA *Processos civis especiaes*. 2.ed. revista e atualizada por José Alberto dos Reis. Coimbra: F. França Amado, 1919, §5, p. 15, grifos do autor).

³¹¹ Entre as técnicas dos procedimentos especiais, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR inclui a “*delimitação do tema* que se pode deduzir na inicial e na contestação” (H. THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2, procedimentos especiais. 50.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016, § 4, p. 8, grifos do autor). Escrevendo à época da pluralidade de códigos processuais e valendo-se da terminologia “ações sumárias”, categoria que abarcava muitos dos procedimentos hoje tidos por especiais, A. DO VALLE SIQUEIRA (pseudônimo de AFFONSO DIONYSIO GAMA) escrevia que “[n]ão são... essenciaes ás acções summarias, nem o libello, nem a contestação solemne da lide; nem a dilação ordinaria, nem as allegações finaes” (A. do V. SIQUEIRA. *Das acções summarias*: doutrina e pratica. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 60).

³¹² Sobre esses procedimentos à luz do CPC/2015, cf.: G. T. BOZZO. Repercussões do Novo Código de Processo Civil nos procedimentos da lei de locações. In: E. J. da F. COSTA; H. V. M. SICA. *Legislação processual extravagante*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 177-206 (Coleção *Repercussões do Novo CPC*, volume 9, coordenada por Fredie Didier Jr.).

³¹³ Identificar esses procedimentos com a rubrica “ação” não é uma forma de abonar a terminologia do Código e da legislação extravagante, que, confusamente, designa mais de um fenômeno pelo mesmo termo,

acessórios da locação, a contestação tem restrições quanto à “matéria de fato” que pode ser alegada pelo réu,³¹⁴ nos termos do art. 67, V.³¹⁵ Na ação revisional de aluguel, por sua vez, se o réu discorda, em sua contestação, do valor pretendido pelo autor, ele deverá formular contraproposta,³¹⁶ de acordo com o art. 68, IV. Na ação renovatória, enfim, a teor do art. 72, há uma pluralidade de regras relativas à contestação: limitação da matéria de fato e requisitos suplementares de eficácia para os diferentes casos de alegações tipificadas a que fica adstrito o réu.³¹⁷

Note-se que a Lei 8.245/1991 não disciplina a contestação na ação de despejo, procedimento que, no entanto, é nela tratado. Em nossa tradição jurídica, há caso que faz refletir sobre a impugnação especificada em sede de ação de despejo e que vale aqui discutir por seu caráter paradigmático, especialmente na forma como a doutrina elaborou uma típica restrição da matéria de defesa. O Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (cf., *supra*, item 9.2), ao disciplinar a ação de despejo, tratava da defesa, que “será oposta

“ação”, carregando ainda uma forte carga de imanentismo em sua terminologia. Trata-se apenas de reproduzir a etiqueta que consta no texto legal para fins de referencialidade do texto. Para uma aguda crítica a esse problema, cf. C. R. DINAMARCO. Das ações típicas. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*; volume 1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 463-94, especialmente § 236, p. 482-86.

³¹⁴ Mas doutrina e jurisprudência trabalham em uma nota ampliativa, em consonância com o que veremos nos procedimentos estudados neste capítulo. GILDO DOS SANTOS anota, com base em diferentes julgados, que “[é] pertinente... a discussão sobre a existência ou inexistência da relação jurídica (...), sobre a causa jurídica da recusa, ou seja, origem, qualidade ou montante da dívida (...), sobre a origem e natureza do débito” (G. dos SANTOS. *Locação e despejo*: comentários à Lei 8.245/91. 3.ed. São Paulo: RT, 1999, p. 396). Segundo CELSO ANICET LISBOA, escrevendo pouco após a promulgação da lei, “[o] que se enxerga na nova lei é que ela de certa maneira retrocede no tempo e coloca novamente balizas no conteúdo da contestação, mantendo, outrossim, agora somente em relação à ‘matéria de fato’, aquela mesma casuística das leis anteriores” (C. A. LISBOA. *A nova Lei de Locações sob o enfoque processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 75).

³¹⁵ Como o sistema corresponde ao conjunto do ordenamento, é evidente que esse dispositivo, quase idêntico ao art. 544 (cf., *infra*, item 22.2), relativo à ação de consignação em pagamento, é, por sua vez, utilmente mobilizado para a compreensão do procedimento codificado afim, notadamente pela precisão de que a restrição é feita do âmbito da “matéria de fato”, o que não está explicitado no Código. Ocorre apenas que a limitação aqui auto-imposta tem que ver com o caráter não-exaustivo deste trabalho, e notadamente deste capítulo, já que repor a impugnação especificada dos fatos no sistema do processo civil brasileiro conduziria, no limite, à investigação de todo o sistema, o que não é viável. É por isso que a exploração tem de ser metodologicamente restrita, ainda que a restrição metodológica não equivalha a uma restrição ontológica.

³¹⁶ De acordo com JOÃO NASCIMENTO FRANCO, contudo, a cognição não é restrita *a priori*, e mesmo a contraproposta pode ser omitida: “A contraproposta poderá ser omitida se o contestante tiver motivos para impugnar o próprio direito à revisão, arguindo preliminares ou impugnando os fatos em que o autor tiver fundado sua pretensão, em obediência ao art. 302 do Código de Processo Civil” (J. N. FRANCO. *Manual prático da ação revisional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 65). A perspectiva é bastante interessante na medida em que exemplifica o problema tratado *supra*, itens 12.1 e 12.2, de que o conteúdo da defesa se amolda segundo autor e réu compartilhem ou não de um mesmo enquadramento geral dos eventos: “Realmente, não se justifica apresentação de contraproposta se o contestante não reconhecer como válidos os fatos em que o autor tiver baseado o pedido ou sua proposta, pois a presunção de veracidade desses fatos deixa de ocorrer ‘se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto’, segundo diz expressamente o inciso III do citado art. 302” (IDEM, *Ibidem*, p. 65-66).

³¹⁷ Cf. a densa análise desse artigo, com notável minudenciamento das hipóteses, em: J. N. FRANCO. *Ação renovatória*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 157-211.

mediante embargos”, no art. 812. Ai se distinguiam quatro situações: ausência de defesa, defesa com embargos não relevantes, defesa com embargos relevantes simples, defesa com embargos relevantes mas especialmente qualificados (“quando, além de relevantes, estiverem cumpridamente provados e quando, embora não provados, o pedido de despejo se fundar no mau uso, na damnificação do prédio ou simplesmente na vontade do locador”).

Se os embargos fossem relevantes, dizia o parágrafo 2º, “o juiz os receberá para discussão em auto apartado, sem prejuízo da expedição e cumprimento do mandado de despejo”. Se os embargos fossem relevantes e especialmente qualificados, continua o parágrafo 3º, “serão processados nos próprios autos, com suspensão”. No entanto, seja a inexistência de embargos, seja a oposição de embargos não relevantes ensejava, a teor do parágrafo 1º, o mesmo resultado de levar à procedência da ação, com imediato julgamento: “Si os embargos não forem relevantes, o juiz os rejeitará *in-limine*, e, julgando procedente a acção, ordenará que se effectue o despejo. Também julgará imediatamente, se nenhuma defesa for apresentada.”

A situação é interessante porque, tanto a ausência de defesa (revelia) como a apresentação de uma defesa ineficaz (como aquela em que não há impugnação especificada dos fatos) conduzem ao mesmo resultado. Ora, na vigência do código processual paulista, a dificuldade consistia justamente em definir o que seriam os embargos *relevantes* – como aqui se trata de definir o que é uma impugnação *especificada*. De acordo com JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES, diante do silêncio do diploma legal, “cabe estabelecer um criterio scientifico,”³¹⁸ o que o autor acaba por formular nos seguintes termos: “só serão relevantes os embargos que provarem, *in continenti*, literal e manifestamente, a sem-razão do pedido.”³¹⁹

AZEVEDO MARQUES procede então a uma investigação histórica, que retoma assentos portugueses do século XVII, alcançando até um assento de 1811, consolidado por TEIXEIRA DE FREITAS no art. 665 de sua *Consolidação das Leis Civis*: “Art. 665. Findo o tempo do contracto, o inquilino não póde embaraçar o despejo com opposição suspensiva, *salvo mostrando que fez bemfeitorias com expresso consentimento do senhorio, e provando-as em continente.*”³²⁰ No entanto, à luz da ideia de que “o despejo tem caracter de medida urgentissima” – vale dizer, por uma avaliação da finalidade do procedimento –, AZEVEDO MARQUES propõe “enumerar taxativamente como sendo relevantes sómente os embargos”³²¹ em quatro hipóteses:

“1º) Se o fundamento do pedido for unicamente a falta de pagamento de alugueres, e a defesa exhibir *in continenti* o respectivo recibo; 2º) Se o fundamento for somente a terminação do

³¹⁸ J. M. de AZEVEDO MARQUES. *Acções de despejo e alugueres*: locação de predios. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 44.

³¹⁹ IDEM, *Ibidem*.

³²⁰ A. TEIXEIRA de FREITAS. *Consolidação das leis civis*. 3.ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896, p. 441, grifos nossos.

³²¹ AZEVEDO MARQUES, *Acções de despejo e alugueres*, *op. cit.*, p. 20-22.

prazo da locação, e a defesa exhibir documento autentico provando que o prazo não está findo; 3º) Se a acção for proposta por quem falsamente se diga locador, ou sublocador, e a defesa provar *in continenti* que o autor não tem qualquer qualidade para intentar a acção; 4º) Se o réo provar *in continenti* ter realizado bemfeitorias necessarias, não lh'o proibindo o contracto, e não estipulando que correrão por sua conta, ou bemfeitorias uteis, estas, com expresso consentimento do senhorio.”³²²

Como se percebe, há um esforço que claramente mimetiza o próprio esforço legislativo, em diversos procedimentos especiais. Mas aqui, mais que no texto legal, pode-se seguir o itinerário mental percorrido para desenvolver hipóteses típicas de restrição da defesa – defesa *relevante*, pois a defesa irrelevante é ineficaz (como aquela que não impugna especificadamente), logo não importa. Note-se que a lógica de base, na desenvolvimento dessas hipóteses, é a correlação entre os fundamentos da pretensão (e mais particularmente a causa de pedir, cf., *supra*, item 11.3) e os fundamentos da defesa – lógica que veremos se operar com frequência nos procedimentos especiais codificados.³²³

Esse tipo de especialidade procedimental é habitualmente compreendido como referindo-se à *limitação* da cognição,³²⁴ já que uma das notas relevantes dos procedimentos especiais seria justamente um conjunto de restrições, horizontais e, para alguns, também verticais,³²⁵ da cognição, daí derivando uma série de previsões relativas notadamente à petição inicial, à contestação e à atividade instrutória. Sem negar o ponto,³²⁶ há certamente mais do que imposição de limites, demarcação negativa do lícito

³²² IDEM, *Ibidem*, p. 44-45.

³²³ Nesse sentido, não aderimos à posição, largamente difundida, segundo a qual, no desenho de procedimentos especiais, “proceder o legislador, por via de regra, arbitrariamente, arredado de qualquer método, e, até, sem clareza, como resulta inexorável da utilização de critérios de conveniência e oportunidade, com desprezo de rigor técnico” (R. L. TUCCI. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2, processo de conhecimento, processo e respectivos procedimentos. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 531-32).

³²⁴ Em lição clássica de ALFREDO BUZAID relativamente à ação renovatória ainda sob o regime do Decreto n. 24.150/1934, as hipóteses que limitariam a cognição de matéria de fato são nomeadas “incisos letais”: “O art. 8º do Decreto n. 24.150 regula as exceções do locador na ação renovatória, dispondo sobre a matéria que pode constituir objeto da controvérsia. Enquanto a lei amplia o debate sobre a *defesa de direito*, que possa caber ao réu, restringe a contestação, quanto à *matéria de fato*, a cinco alíneas, letras *a, b, c, d e e*, exaurindo aí todas as alegações suscetíveis de serem formuladas pelo locador e decididas pelo juiz. Dos cinco incisos letais, os três últimos aludem ao *direito de retomada*, ao passo que o primeiro configura o *direito de recusa*.” (A. BUZAID. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*: volume 2. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, 196, p. 352).

³²⁵ A opinião de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO é de que os limites seriam apenas horizontais, mas cuida de anotar as posições contrárias: A. F. FABRÍCIO. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: _____. *Ensaios de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33-53, aqui p. 38.

³²⁶ Um caso claro no art. 20 do Decreto-Lei 3.365/1941 (Desapropriações por utilidade pública): “A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.” Cf., sobre esse dispositivo: O. A. BAPTISTA da SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, artigos 890 a 981, dos procedimentos especiais. São Paulo: RT, 2000, p. 59.

e do não-lícito, na atividade desenvolvida pelas partes e pelo juiz nos procedimentos especiais: pense-se, com referência aos exemplos aludidos acima, na indicação das condições de eficácia para que determinada alegação do réu seja apta a controverter os pontos do autor, como apresentação de contraproposta, juntada de prova documental qualificada por uma série de requisitos, etc..

No entanto – é o que nos interessa aqui em particular – a limitação, cujas lindes são, como veremos na sequência, objeto de polêmica em diversos procedimentos especiais, é também uma *delimitação*, vale dizer, uma *confrontação* entre o procedimento especial, que está no primeiro plano do texto, e o procedimento comum, que está no pano de fundo ou no sub-texto. Como se depreende da própria redação de dispositivos como os aludidos, a especialidade nunca é absoluta, a começar pelo fato de que, ao se referir a categorias como contestação, réplica, audiência de conciliação, prova documental, sentença, etc., o texto de procedimentos especiais como os aludidos está também necessariamente aludindo à disciplina – formulada na parte geral e no regramento do procedimento comum – desses atos processuais que os tornam reconhecíveis como tais. Afinal, para além do elemento ou dos elementos que demarcam a especialidade de determinado procedimento, não há oposição, mas complementariedade relativamente ao procedimento comum, aplicando-se subsidiariamente o regramento deste àqueles, o que vem aliás exposto, não bastasse a necessidade lógica de que assim se concebesse, no art. 318, par. ún., do CPC/2015.

Estando o procedimento comum sempre pressuposto no procedimento especial, e sendo a exposição deste, no texto legislativo, uma delimitação (mais que uma limitação) diante daquele, as disposições relativas à contestação dos procedimentos especiais tratados no CPC/2015 iluminam as disposições relativas à contestação do procedimento comum, aí incluído o dever de impugnação especificada dos fatos, ora porque perfilam uma diferença, ora porque explicitam, sob a óptica particular, uma generalidade, vale dizer, ora um predicado sito em grau inferior, em que procedimento comum e especial se opõem, ora um predicado posto em grau superior que antecede a diérese desses procedimentos.

22.1. Da utilidade do estudo dos procedimentos especiais: relações associativas

Antes de enfrentar diretamente o estudo de alguns procedimentos especiais codificados, teceremos algumas breves considerações sobre o ponto que nos parece mais fecundo em sua análise: o valor hermenêutico do arrolamento de hipóteses particulares que neles se encontra.

Quando um rol não é taxativo, seja por conter poucas hipóteses, sugerindo o cabimento de outras tantas mais, seja por formular hipóteses extremamente abrangentes, ou mesmo quando nenhum rol é apresentado, o conteúdo das posições jurídicas precisa ser definido com base em uma análise aprofundada do ordenamento jurídico, capaz de reagrupar elementos que não estão explicitamente associados em uma sucessão textual. É tarefa densa, e a ideia de que a atividade legislativa se poderia inteiramente processar na forma de rol à prova de qualquer suspeita é, na melhor das hipóteses, uma utopia. Diante dessa constatação, contudo, a construção de um rol exemplificativo, longe de inútil, ou, como se poderia pensar,³²⁷ forma menos rigorosa de formulação do texto legal, constitui poderoso instrumento para lidar com situações cuja diversidade e amplitude dificilmente poderia ser abarcada por uma formulação abstrata concisa.

Trata-se, nos termos da linguística saussuriana, de privilegiar as relações associativas *in absentia*, por contraposição às relações sintagmáticas *in praesentia*. A distinção é apresentada por SAUSSURE nos seguintes termos:

A relação sintagmática existe *in praesentia*; repousa em dois ou mais termos igualmente presentes numa série efetiva. Ao contrário, a relação associativa une termos *in absentia* numa série mnemônica virtual.³²⁸

³²⁷ Ideia muito presente nas tentativas de reforma que clamaram, ao longo de todo o século XX, com vozes ainda atuantes, pela drástica redução, ou mesmo pela eliminação, dos procedimentos especiais. Cf., sobre o ponto: L. G. MARINONI; S. C. ARENHART; D. MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*: volume 3, tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: RT, 2015, p. 27ss. Entre nós, veja-se a posição de JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS: “A especialidade do procedimento deve ser... uma exceção, só justificável em face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se na sua inteireza o procedimento ordinário” (J. J. CALMON DE PASSOS. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: _____. *Ensaio e artigos*: volume 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 205-13, aqui p. 207). Contra, destacando que as especialidades de certos procedimentos são “insuscetíveis de eliminação, porque o processo não se impõe como um fim em si mesmo” (C. NEVES. *Estrutura fundamental do processo civil*: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 291). Criticando, fortemente, o mito de um procedimento, apto a dar conta de toda e qualquer situação, veja-se a posição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, propugnando “uma profunda e criteriosa revisão de todas as instituições que sustentem o arcaico e anacrônico *procedimento ordinário*, de modo a resgatar o prestígio e a utilidade dos *procedimentos especiais*” (O. A. BAPTISTA DA SILVA. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 93-105, aqui p. 104, grifos nossos).

³²⁸ F. de SAUSSURE. *Curso de linguística geral*. 28.ed. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 172.

O rol taxativo é um conjunto de termos, ou elementos, efetivamente presentes em uma série; já o rol exemplificativo funciona de modo indiciário, evocando, pelos termos presentes, os termos ausentes que o intérprete reconstrói, sem finitude imediatamente perceptível, isto é “nem em número definido nem numa ordem determinada”,³²⁹ por meio de operações mentais. Nas relações associativas, “[u]m termo dado é como o centro de uma constelação, o ponto para onde convergem outros termos coordenados cuja soma é indefinida.”³³⁰ Um exemplo, tirado ainda a SAUSSURE, pode ser esclarecedor:

Desse duplo ponto de vista, uma unidade linguística é comparável a uma parte determinada de um edifício, uma coluna, por exemplo; a coluna se acha, de um lado, numa certa relação com a arquitrave que a sustém; essa disposição de duas unidades igualmente presentes no espaço faz pensar na relação sintagmática; de outro lado, se a coluna é de ordem dórica, ela evoca a comparação mental com outras ordens (jônica, coríntia etc.), que são elementos não presentes no espaço: a relação é associativa.³³¹

A oposição entre relações sintagmáticas e associativas formaliza procedimentos já em curso na linguística comparativa, à época de SAUSSURE, mas nos quadros do princípio geral, basilar ao *Curso de linguística geral*, de que a língua constitui um sistema de relações: “o pré-requisito da organização sistemática e do funcionamento da língua definida como um sistema de termos coexistentes e mutuamente dependentes”.³³² CLAUDINE NORMAND, pondo em evidência a afinidade da construção saussuriana com o esforço hermenêutico empreendido neste capítulo, relaciona essa conceptualização com a atenção dispensada por SAUSSURE aos fatos linguísticos analógicos – que são, como as contestações nos procedimentos especiais relativamente ao comum, homologias em pontos distintos do sistema –, fatos especialmente apropriados a “*tornar visível o funcionamento regular da língua* que, no resto do tempo, escapa à atenção. (...) Apenas as combinações (realizações manifestas) são diretamente observáveis, mas elas supõem escolhas, *necessárias ainda que invisíveis*.”³³³

³²⁹ IDEM, *Ibidem*, p. 175.

³³⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 175.

³³¹ IDEM, *Ibidem*, p. 172.

³³² E. F. K. KOERNER. *Ferdinand de Saussure: génesis y evolución de su pensamiento en el marco de la lingüística occidental, contribución a la historia y a la teoría lingüística*. Trad. Graciela García Montaña. Madrid: Gredos, 1982, p. 462.

³³³ C. NORMAND. *Saussure*. 2.ed. Paris: Les Belles Lettres, 2004, p. 89, grifos nossos.

Assim, não apenas o emprego de um rol exemplificativo indica, pela particularidade visível, a regularidade invisível, como as homologias, em cada ponto de correspondência entre procedimento especial e procedimento comum, remetem também àquilo que, no procedimento comum, pode ser necessário, mas apenas não manifesto. Em suma, nem tudo é sintagmático no procedimento especial, e ele mesmo se insere em uma relação associativa – construída pelo próprio SAUSSURE em uma imagem encadeada³³⁴ – para com o procedimento comum que ilumina ambas ao trazer à tona regularidades necessárias que não se davam a ver explicitamente *a priori*. Nesse sentido, embora o procedimento comum seja (juridicamente) subsidiário do procedimento especial, o procedimento especial também é (cognitivamente) subsidiário do comum.

Note-se apenas, para evitar confusões habituais, que a distinção saussuriana é entre relações sintagmáticas e relações associativas, como afirmado no corpo do texto, e não entre relações sintagmáticas e relações paradigmáticas, como frequentemente se afirma, e de modo errôneo, por uma incompreensão da tradição saussuriana que tende a confundir o autor e seus intérpretes, e mais especificamente SAUSSURE e seu reprocessamento pelo linguista dinamarquês LOUIS HJELMSLEV.³³⁵ No caso da reflexão que estamos a expor, a distinção importa na medida em que o que se pretendeu com a substituição das relações associativas pelas paradigmáticas foi uma restrição. Para HJELMSLEV, o “eixo” paradigmático interessava de forma subordinada ao sintagmático. O autor propunha limitar o domínio das relações associativas “ao... subordinar essa segunda ordem de relações ao eixo sintagmático e estipular que, em cada lugar na sequência sintagmática, uma relação de disjunção exclusiva (‘ou isso ou aquilo’) regia as possibilidades de que elemento linguístico poderia ocorrer.”³³⁶ Nessa ordem de ideias, por exemplo, nosso olhar teria de se debruçar exclusivamente sobre os elementos que podem assumir o mesmo lugar da contestação do procedimento comum (já que o procedimento, como sequência de atos, pode ser concebido claramente como um sintagma). Ocorre que, ao lidar com os procedimentos especiais, estamos lidando com séries sintagmáticas distintas, de modo que a subordinação de um “eixo” a outro excluiria uma série de situações que ajudam a iluminar o ponto do sintagma do procedimento comum que nos interessa: impugnações, embargos, manifestações sobre as primeiras declarações, etc..

A técnica legislativa empregada nos procedimentos especiais, assim – e, em certa medida, a própria especialidade procedimental, já que essas situações se encontram, como nos casos aqui explorados, no núcleo mesmo das previsões de especialização do procedimento –, herdada de um longo acúmulo de experiências jurídicas, não é uma

³³⁴ SAUSSURE, *Curso de linguística geral, op. cit.*, p. 175.

³³⁵ É o que esclarece com precisão: R. HARRIS. *Saussure and his interpreters*. 2.ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003, p. 90-91.

³³⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 91.

deficiência cognitiva de um praxismo obsoleto, mas forma discursiva refinada, desamarrada do paradigma da representação³³⁷ e, por isso, capaz de lidar proveitosamente com o caráter indiciário do signo linguístico.

Como bem advertiu OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, sobre os processos, ou procedimentos, sumários, denunciando o racionalismo iluminista:

Os juristas persistem em raciocinar como se o direito moderno houvesse eliminado definitivamente os *processos sumários*, transformando-os em simples curiosidades arqueológicas. Essa suposição iluminista, todavia, fundada na falsa ideia de que a “ciência” do Direito possa ser apenas conceitual e lógica, sem qualquer compromisso com a história, foi afinal fragorosamente derrotada pela própria evolução dialética dos institutos processuais contemporâneos que, como hoje se sabe, fez ressurgir, com vigor inaudito, todas as formas imagináveis de *processo sumário*, de que, aliás, a inabarcável legislação esparsa que povoa o sistema brasileiro é testemunho indesmentível.³³⁸

22.2. Ação de consignação em pagamento: CPC/2015, art. 544

RP1.1.1. Não se admite restrição de cognição horizontal às defesas diretas.

É comum que a especialidade de determinado procedimento no que tange à defesa do réu se manifeste em dispositivo textual que arrola as matérias argúveis na contestação ou no ato procedimental a ela equivalente em determinado rito (cf., *infra*, itens 22.4, 22.6 e 22.7), problema com que já nos deparamos ao lidar com a impugnação ao cumprimento de sentença e com os embargos do executado (cf., *supra*, item 21). É o caso também do art. 544, do CPC/2015,³³⁹ relativamente à ação de consignação em pagamento. Dispositivos assim redigidos atraem grande debate, e o exemplo da ação de consignação

³³⁷ Sobre esse paradigma, cf. M. FOUCAULT. *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*. Paris: Gallimard, 1966.

³³⁸ BAPTISTA da SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, *op. cit.*, p. 64-65.

³³⁹ “Art. 544. Na contestação, o réu poderá alegar que: I - não houve recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida; II - foi justa a recusa; III - o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento; IV - o depósito não é integral. Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação somente será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.”

em pagamento pode ser tomado por paradigmático devido aos densos posicionamentos doutrinários sobre ela.

É no âmbito dessa polêmica, mas com harmônicos denotadores da extensibilidade da crítica a outros casos de limitação legal das matérias passíveis de alegação em contestação, que ADROALDO FURTADO FABRÍCIO teceu a seguinte crítica à redação do art. 544 do CPC/2015:

Os males e armadilhas do desnecessário casuísmo não são apenas os já apontados. A verdade é que, a admitir-se como taxativo e inampliável o elenco do artigo, algumas situações resultariam absolutamente insolúveis, no sentido de que impossibilitariam a defesa do demandado e por essa via conduziriam à iniquidade.³⁴⁰

A posição do autor é a de que o dispositivo em tela confunde restrição à cognição judicial com restrição aos limites do pedido e, logo, da sentença, vale dizer, faz confusão entre *iudicium* e *cognitio*, na terminologia de FABRÍCIO.³⁴¹ Não haveria, assim, restrição outra para o que o réu pode alegar em contestação que a sua conexão com o pedido formulado,³⁴² qual seja, a declaração³⁴³ da extinção da obrigação pelo adimplemento eficaz que o depósito judicial logrou fazer em substituição ao adimplemento extrajudicial, impossibilitado especialmente pela mora *accipiendi* ou pela incerteza relativa à pessoa do credor.

Na interessante análise de PONTES DE MIRANDA, há uma correlação entre a eficácia sentencial predominante (declarativa) e a forma da defesa. Segundo ele, em formulação que contém um germe conceitual para a distinção entre defesa por contestação e defesa por embargos: “A construção da ação de consignação em pagamento como ação declarativa, *com a oblação real*, que é o seu elemento distintivo, de segurança, justifica que se impugne pela contestação, e não por embargos. Porque mais se impugna a ação declarativa que o elemento secundário,

³⁴⁰ A. F. FABRÍCIO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, tomo 3, artigos 890 a 945. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, 110, p. 92.

³⁴¹ IDEM, *Ibidem*, 93, p. 87.

³⁴² IDEM, *Ibidem*, 93, p. 86: “Com efeito, o que se pretende e é realmente necessário é preservar a especificidade do objeto da ação, assegurando-se no seu âmbito a discussão do que diga respeito ao pagamento e à sua eficácia liberatória – e nada mais do que isso.”

³⁴³ É a classificação de PONTES DE MIRANDA: “A sentença que se profere dizendo ser ‘subsistente o depósito’, ou, melhor, ‘ser procedente a ação de consignação em pagamento’, é *sentença declarativa*, sem qualquer elemento relevante de condenação” (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*: tomo 2, ações declarativas. São Paulo: RT, 1971, §35, p. 171, grifos do autor).

dependente, mandamental, do depósito.”³⁴⁴ Completando, no mesmo sentido, mas indicando a incidência do dever de impugnação especificada dos fatos: “[O] credor que comparece e não contesta está sujeito a ter-se como verídico o que alegou o depositante salvo prova contrária. A sentença que julga feito o pagamento não pode ser automática, liberando sem dizer de quê. Por isso, não se emprega a expressão ‘embargos’, nem, sequer, ‘impugnação’; e sim ‘contestação’.”³⁴⁵

Assim, pode-se, ao que parece, reconstruir a ideia de contestação como defesa consistente em alegações do réu, contrárias a alegações do autor que, se reconhecidas verdadeiras, fundamentarão provimento de eficácia declaratória (ao passo que embargos seria defesa consistente em alegações do réu – ou, no mais das vezes, executado – contrárias a alegações do autor – ou, em geral, exequente – que, se reconhecidas verdadeiras, fundamentarão provimento de eficácia executiva, ou, mais propriamente, contra-executiva).

Nesse sentido, sustentando a visão de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, sob a óptica da garantia constitucional do contraditório, não haveria como excluir da cognição judicial nenhuma alegação defensiva em tese apta a impedir que as alegações do autor fundamentem a sentença de força declarativa.³⁴⁶

Em 1968, ALFREDO BUZAID redigiu parecer em que uma das questões submetidas à sua consulta era se “[é] lícito discutir, no processo judicial de consignação, o preço do mercado local, atribuindo-se ao depósito efeito liberatório de pagamento.”³⁴⁷ Diante do art. 316 do CPC/1939³⁴⁸ – que previa exatamente as mesmas hipóteses de restrição à defesa que se consagraram no art. 896 do CPC/1973 e que recentemente se copiaram no art. 544 do CPC/2015 –, BUZAID identifica duas correntes doutrinárias, uma restritiva, tradicional, e outra que, sancionada pela jurisprudência, entende que a consignação em pagamento possibilita a defesa integral porque, oferecida a contestação, toma o rito ordinário. O autor empreende investigação histórica para demonstrar o acerto desta última corrente, a limitação do texto legal sendo fruto de um “mimetismo”³⁴⁹ do CPC/1939

³⁴⁴ IDEM, *Ibidem*.

³⁴⁵ IDEM, *Ibidem*, p. 175. O ponto foi posteriormente aprofundado, com interessantes notas históricas, em: F. C. PONTES de MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 13, artigos 890 a 981. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 36-37.

³⁴⁶ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR faz considerações equivalentes relativamente aos embargos da ação monitória: THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2, *op. cit.*, § 250, p. 401.

³⁴⁷ A. BUZAID. Ação de consignação em pagamento (1968). In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. Ed. Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002, p. 171-81, aqui p. 172.

³⁴⁸ “Art. 316. A contestação será oposta nos dez (10) dias seguintes à data prefixada para o recebimento e somente poderá consistir em: I – não ter havido recusa, ou mora, em receber; II – ter sido justa a recusa; III – não ter sido feito o depósito no prazo ou no lugar do pagamento; IV – não ser integral o depósito.”

³⁴⁹ BUZAID, Ação de consignação em pagamento (1968), *op. cit.*, p. 180.

relativamente ao Regulamento 737. Para BUZAID, a corrente restritiva deveria ser rechaçada porque “restringe o campo dialético, impondo que a defesa verse unicamente sobre a matéria enunciada no art. 316 do Código de Processo Civil.”³⁵⁰ Seria limitação insustentável que indevidamente “ainda figura no direito positivo.”³⁵¹

Outros autores, ainda que adotem formulação menos ampla que as de FABRÍCIO e de BUZAID, e mesmo polemizando diretamente com o primeiro desses autores,³⁵² tendem a reconhecer que o art. 544 não esgota a matéria passível de ser alegada pelo réu em sua contestação.³⁵³ Nesse sentido, como se deveria entender o rol topicalizado no

³⁵⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 178.

³⁵¹ IDEM, *Ibidem*. É em princípio de estranhar, então, que BUZAID, no Projeto de Código de Processo Civil, enviado à Câmara em 1972, tenha, no art. 916 (que se converteria no 896 do código promulgado), mantido a redação do art. 316 do CPC/1939 (*Código de Processo Civil: histórico da lei*, volume I, tomo I. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. p. 148). No Anteprojeto, entretanto, em 1964, não fora incluído o livro relativo aos procedimentos especiais, argumentando BUZAID que, não estando então concluída a reforma do direito privado, “[c]arecemos... dos pressupostos dos institutos civis e comerciais para escrever o livro dos procedimentos especiais,” (A. BUZAID. *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964, p. 12), razão pela qual remetia para após a apresentação dos anteprojetos de direito privado – o Anteprojeto de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, relativo às obrigações, já que o de ORLANDO GOMES fora concluído em 1963 – a redação do então apenas aludido Livro IV do futuro código processual. Ocorre que o Anteprojeto redigido por Caio Mário veio a lume também em 1964 (C. M. da S. PEREIRA. *Anteprojeto de Código de Obrigações*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964) e, a despeito disso, o tratamento dos procedimentos especiais não foi renovado no Projeto de Lei enviado à Câmara. Na Exposição de Motivos desse Projeto, BUZAID parecer ter se inclinado pela descodificação desses procedimentos como melhor técnica legislativa. Realça a exclusão de diversos deles, afirmando que foi voluntária, e arremata: “O Código Civil e algumas leis extravagantes os disciplinam, estabelecendo regras de direito material. Por que então dividi-los, regulamentando-os parte no Código de Processo Civil e parte em leis especiais? Parece mais lógico incluir os procedimentos desses institutos em suas respectivas leis especiais, onde serão exauridos completa e satisfatoriamente” (*Código de Processo Civil: histórico da lei*, volume I, tomo I, *op. cit.*, p. 25-26). Mas, mesmo assim, naqueles que foram mantidos no CPC/1973, e entre eles a ação de consignação em pagamento, sobre a qual elaborara estudo tão cuidadoso, por que teria optado BUZAID pela manutenção de uma redação que, seis anos antes, vislumbrara como fadada a desaparecer? JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é extremamente crítico ao Livro IV, anotando que a opção adotada ao final, “se foi intencional, como se diz, refletiu um momento infeliz de escolha” (J. C. BARBOSA MOREIRA. Antecedentes da reforma processual e sistemática geral do novo Código. In: _____. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, 9-43, aqui p. 32). Talvez se deva compreender, com SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ter-se tratado de “um tratamento contemporizador, ou de emergência” (S. de F. TEIXEIRA. *Inovações e Estudos do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 44).

³⁵² É o caso de RICARDO DE BARROS LEONEL, cuja posição, a nosso ver, acaba por pouco distar daquela de FABRÍCIO: “E essa limitação quanto ao objeto (pedido) é também uma restrição à cognição, na medida em que de outra pretensão, que não o pedido de declaração de extinção da obrigação, o juiz não poderá conhecer. Nisso se revela a tipicidade desse procedimento especial, e também, como consequência disso, uma *limitação à cognição judicial no plano horizontal (extensão da cognição)*: só poderia o magistrado conhecer e decidir a respeito de pontos e questões, de fato ou de direito, e do pedido que se insiram na análise indispensável ao reconhecimento do cumprimento ou não da obrigação e sua extinção” (R. de B. LEONEL. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010, p. 96).

³⁵³ Era já a posição de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, com quem FABRÍCIO estava polemizando: “Estão relacionados nos incisos do art. 896 os pressupostos da contestação específicos da ação de consignação em pagamento. Não significa, porém, afirmar que outros não existem, tais como os prefigurados no art. 301 do CPC” (C. do COUTO e SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 11, tomo 1*. São Paulo: RT, 1977, 30, p. 42). Mais recentemente, ARNALDO MARMITT: “A necessidade do exame de assuntos outros que não se acham discriminados naquela norma emerge de cada um de seus incisos, máxime daqueles que

dispositivo?³⁵⁴ Parece-nos que a interpretação de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO tenha o mérito de recolocar o problema do ponto de vista das categorias, problema afim ao já enfrentado relativamente aos róis dos arts. 525 e 917 (cf., *supra*, item 21). Para esses autores, “interpretação mais atenta do dispositivo demonstra que, embora restrita, a defesa na ação consignatória não se cinge, apenas, àquelas possibilidades.”³⁵⁵

Em primeiro lugar, traçam os autores uma distinção entre as defesas processuais – todas admissíveis – e as de mérito, sobre as quais incide efetivamente o artigo agora em exame, interpretação coincidente com o dispositivo correlato na consignatória de aluguéis e de acessórios da locação (art. 67, V, da Lei 8.245/1991, referido, *supra*, item 22), que explicita serem as hipóteses de restrição relativas à “matéria de fato.” Diga-se de passagem que, com relação às defesas processuais, que são objeto de outro rol (art. 337 do CPC/2015, correspondente ao art. 301 do CPC/1973), FABRÍCIO havia ponderado, novamente com pretensão de generalidade, e não exclusivamente para o caso da ação de consignação em pagamento, que tais defesas sempre podem ser alegadas e só estão explicitadas no procedimento comum “pela inexistência de uma parte geral do Código”,³⁵⁶ ponderação que não perde sua atualidade pela superveniência de um Código dotado de parte geral, mas que vai reformulada como crítica à topologia do art. 337 no CPC/2015.

Em segundo lugar, no entanto, os autores identificam que a restrição também não diz respeito a toda categoria de matéria de fato, mas contém uma distinção, não explicitada, entre defesas diretas e defesas indiretas. Em sua dicção:

aludem à recusa justa ou injusta, e ao depósito integral ou não” (A. MARMITT. *Consignação em pagamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 114). Ainda: ANTONIO CARLOS MARCATO: “Ademais, de modo algum a contestação ficará limitada àquelas situações explicitamente apontadas no referido art. 896” (A. C. MARCATO. *Ação de consignação em pagamento*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108).

³⁵⁴ Em interessante voto, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, adotando postura expansiva, conclui que “o simples fato de divergirem as partes na interpretação do contrato e, por isso, no montante do débito, não exclui só por si, o cabimento da ação de consignação em pagamento” (J. C. BARBOSA MOREIRA. *Ação de consignação em pagamento. Possibilidade de discussão do valor do débito fundada em divergência na interpretação do contrato. Apelação cível nº 11.267*. In: _____. *Direito Aplicado I: acórdãos e votos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 51-58, aqui p. 51). O processualista levanta a interessante hipótese de que a insistência da doutrina, já à época do CPC/1973, em apontar restrições cognitivas na consignatória se deveria a “resíduo ainda não eliminado do regime processual anterior ao Código de 1939, quando a consignação em pagamento se via incluída entre os ‘processos preparatórios’ (...), cabendo ao credor oferecer embargos ao depósito, os quais eram em regra processados sumariamente e decididos por uma sentença que nem sequer produzia coisa julgada. (...) Daí terem continuado a circular, na literatura e nos acórdãos, afirmações talvez justificáveis à luz do antigo ordenamento, mas francamente despropositadas, *data venia*, hoje em dia” (IDEM, *Ibidem*, p. 56).

³⁵⁵ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Curso de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 133.

³⁵⁶ FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, *op. cit.*, 93, p. 87.

Do mesmo modo, é possível que o réu negue a existência dos fatos constitutivos apresentados pelo autor para o ajuizamento da demanda (dizendo, por exemplo, que o réu não é desconhecido, que o lugar não é de difícil acesso ou perigoso ou que não há litígio sobre a coisa devida). *Desse modo, a limitação posta no art. 544 do Código somente tem relevância no que diz respeito às defesas substanciais indiretas* (alegações de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos à pretensão do autor) ali arrolados (em princípio tratados pelos incs. II, III e IV).³⁵⁷

Essa conclusão decorre do sistema, pois a defesa direta, a um só tempo, não amplia o objeto litigioso do processo e, voltando-se apenas aos fatos constitutivos do direito do autor, se restrita em qualquer grau, resultaria no absurdo lógico de franquear ao juiz fundamentar sua decisão em fato jurídico subtraído ao contraditório. O que a restrição de defesas indiretas impede é a ampliação do objeto litigioso do processo pelo réu, diante do pressuposto de que o procedimento especial limita a cognição (mas a limita na mesma medida para ambos os litigantes). Bem o notou FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, ao apontar que, na consignação em pagamento, “os limites impostos ao réu são simétricos aos limites do pedido do autor”.³⁵⁸

Nesses termos, o que a hipótese do inciso I do art. 544 do CPC/2015 contém é na verdade o principal argumento de defesa direta do réu, “não houve recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida”, explicitando, pela via inversa, uma das possíveis causas de pedir da consignatória (recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida), sendo evidente, pelas razões aduzidas, que o réu também poderá alegar, como defesa direta, se outros forem os fundamentos da consignatória, e.g., a inexistência de inércia de sua parte, que não estava em local ignorado ou inacessível, que a titularidade do crédito era certa, que o objeto do pagamento não é litigioso, etc..³⁵⁹

Como, via de regra, por ser típico caso de defesa direta, é a hipótese do inciso I que importará para o dever de impugnação especificada dos fatos, a formulação meramente negativa do texto legal (alegar que *não* houve recusa ou mora) leva a

³⁵⁷ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Curso de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 133, grifos nossos.

³⁵⁸ F. C. de ARAÚJO. *Curso de Processo Civil*: tomo 3, procedimentos especiais. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 93.

³⁵⁹ Há outras, igualmente típicas: MARCATO, *Ação de consignação em pagamento*, *op. cit.*, p. 20-29.

questionar se seria caso que contraria o regime por nós desenhado em porção anterior deste trabalho (cf., *supra*, itens 12.1 e 12.2), isto é, em que bastaria a mera negação do fato jurídico alegado pelo autor, sem um completamento da negação pela apresentação de uma contranarrativa fática, isto é, no caso, sem dizer quais eventos do mundo se qualificam antes como não-recusa ou não-mora. Não nos parece, contudo, que, ainda nesse pormenor, o artigo possa se ter por completo, e o indício mais relevante está no microsistema que ele próprio desenha.

O parágrafo único do art. 544 é aqui da maior relevância. Ele está referido à hipótese do inciso IV, que pode até se configurar como matéria de defesa indireta, como pensam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO – lembre-se que é a alegação ou a ausência de alegação do fato pelo autor que condiciona a qualificação da defesa em direta ou indireta, conforme *supra*, item 12.2. No entanto, a nosso sentir, o autor que declara ter consignado o montante tal em pagamento declara concomitantemente, em geral, que aquele é o valor devido, de modo que a alegação do inciso IV será em geral uma defesa direta: à afirmação do autor de que o valor tal é o devido, o réu contrapõe a afirmação de que aquele não é o valor devido. Nesse ponto, contudo, o parágrafo único exige afirmação (alegação positiva, sobre como as coisas de fato são) pelo réu como fator de eficácia para que o juiz considere ter havido controvérsia: aquele não é o valor devido, *mas sim o valor tal + tal*. Trata-se de requisito de eficácia semelhante à exigência dos demonstrativos de cálculo quando o executado alega excesso de execução em sua impugnação ou em seus embargos. A previsão foi acrescida pela Lei 8.951/1994 ao art. 896 do CPC/1973 e mantida no atual art. 544 do CPC/2015.

Ainda que concebendo-a como ônus, de forma coerente com seus demais trabalhos (cf., *supra*, item 2.1), CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO não apenas saudou a adição desse parágrafo, como também a considerou, como nós, condição para que se tenha como realizada a impugnação especificada, isto é, como fator de eficácia para a alegação defensiva do réu:

Se o réu não indicar o valor que entende devido, essa defesa não será considerada e reputar-se-á pacífico o ponto relativo ao valor da obrigação, segundo o indicado na petição inicial. Tal é a consequência do descumprimento do ônus emergente do parágrafo do art. 896. *Alegar insuficiência e não indicar quanto pretende é o mesmo que não alegar*

*a insuficiência; é deixar de cumprir adequadamente o ônus de impugnação específica dos fatos (art. 302).*³⁶⁰

Diante de um caso particular, não porque único, mas porque, nele, a contranarrativa fática tem núcleo essencial previsível de antemão, ou típico (o valor efetivamente devido), o CPC/2015 desenha, assim, o conteúdo do dever de impugnação especificada dos fatos como negação circunstanciada de fato jurídico afirmado pelo autor, vale dizer, como negação justificada por (um conjunto de) afirmações.

22.3. Ação de exigir contas: CPC/2015, arts. 550, §§ 1º e 3º, e 551, caput e § 1º

[RG2]

A ação de exigir contas (ação de prestação de contas no regime do CPC/1973)³⁶¹ levanta uma série de questões complexas, razão pela qual PONTES DE MIRANDA afirmou que “[a] construção do processo de prestação de contas envolve um dos problemas mais sutis do direito processual,”³⁶² espelhando, no plano do procedimento, duas pretensões potencialmente encadeadas no mesmo processo: a pretensão a exigir contas (objeto da decisão do art. 550, § 5º, do CPC/2015) e a pretensão a que se condene o devedor, que pode ser o autor ou o réu, a pagar o saldo devedor (objeto da decisão do art. 552 do CPC/2015).³⁶³

³⁶⁰ C. R. DINAMARCO. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, § 180, p. 272, grifos nossos. É também a posição de MARIA BERENICE DIAS, para quem se trata de “dispositivo que atende ao princípio da impugnação especificada do parágrafo único do art. 302 do CPC” (M. B. DIAS. *Consignação em pagamento*. In: J. C. T. GIORGIS (org.). *Inovações do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 183-96, aqui p. 192).

³⁶¹ Para PONTES DE MIRANDA, ação condenatória: F. C. PONTES de MIRANDA. *Tratado das ações*: tomo 5, ações condenatórias. São Paulo: RT, 1974, p. 17-18.

³⁶² F. C. PONTES de MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 13, artigos 890 a 981. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 121.

³⁶³ Escrevendo parecer ainda sob o regime do CPC/1939, PONTES DE MIRANDA extremava com clareza as referidas pretensões: “A pretensão a que outrem preste contas, como a de alguém a prestar contas, supõe que tenha havido despesas e outras fontes de créditos e de débitos. Abstrai-se de espécie de relação jurídica entre o demandante e o demandado, porque basta que tenha havido crédito e débito, ou só débitos, para que seja demandante quem alega pretensão à prestação de contas *passiva*, ou créditos e débitos, ou só créditos, para que seja demandante quem alega pretensão à prestação de contas *ativa*. (...) Posto que movida pelo obrigado a prestar contas, pode ele ter saldo credor e ser condenado a pessoa demandada, a quem as contas haviam de ser prestadas. Também pode acontecer que se proponha ação cominatória de prestação de contas para o demandado prestá-las e seja condenada a pessoa demandante. Isso mostra que há implícita

No correspondente art. 915, § 2º, do CPC/1973, havia interessante redação sobre a contestação: “Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no artigo 330...” Ora, consoante notou EDSON COSAC BORTOLAI, a segunda hipótese se contém na primeira, mas não o inverso: “É que a obrigação ou não de prestar contas é *o mérito* da primeira fase. Ora, se o réu não nega a obrigação de prestar contas, a matéria de fato fica superada, tornando-se, as demais, questão exclusivamente de direito”.³⁶⁴ Nesse sentido, evidenciava-se, não por um rol restritivo, mas pela remissão indireta – ao tratar da contestação – à pretensão do autor na então chamada ação de prestação de contas, que a limitação da cognição nesse procedimento especial, como nos demais, tem que ver não com uma restrição imposta ao réu, mas com a pretensão que pode ser veiculada naquele procedimento, logo com restrição da escolha do procedimento (não do direito de ação) que se impõe ao autor.

Interessa-nos aqui, no entanto, examinar apenas alguns dispositivos, a maior parte dos quais sem correspondente no CPC/1973, particularmente relevantes no contexto de interpretação sistemática do dever de impugnação especificada dos fatos que é o objeto deste capítulo. Trata-se, no que tange aos artigos novos: do lado do autor, a petição inicial (art. 550, § 1º) e a impugnação às contas prestadas pelo réu (arts. 550, § 3º, e art. 551, § 1º); do lado do réu, dispositivo que recebeu nova redação (art. 551, *caput*).

Por força do art. 550, § 1º, na petição inicial, o autor “especificará detalhadamente, as razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem.” Como a especialidade é sempre referencial ao procedimento comum, note-se que se trata de dicção que remete aos requisitos da inicial no art. 319, incisos III e VI,³⁶⁵ combinado com art. 434, *caput*,³⁶⁶ do CPC/2015. Interessa-nos particularmente a contraposição entre a *indicação* do fato e do fundamento jurídico (art. 319, III), no procedimento comum, e a injunção a *especificar detalhadamente as razões* de exigir as contas, no procedimento especial.

provocação à outra ação, de jeito que a diferença entre as duas ações quase se reduz à afirmação inicial, preferida, de ser devedor ou de ser credor, quem tem de prestar contas” (F. C. PONTES de MIRANDA. Parecer n. 52. In: _____. *Dez Anos de Pareceres*: volume 3. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, p. 46-49, aqui p. 48).

³⁶⁴ E. C. BORTOLAI. *Da ação de prestação de contas*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 108.

³⁶⁵ “Art. 319. A petição inicial indicará: (...) III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; (...) VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.”

³⁶⁶ “Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.”

Para JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI, que tem o mérito de ser um dos poucos comentadores a atentar para essa contraposição, seria o previsto no art. 550, § 1º, mandamento desnecessário, por equivalente ao regime geral desenhado pelo art. 319.³⁶⁷ Se muito, poderia se tomar por indicativo de “estar o legislador a sugerir que o juiz tenha maior cautela na análise das petições iniciais de demandas ajuizadas para exigir contas”.³⁶⁸ Parece-nos, no entanto, o que se estampa desde o art. 550, § 1º, tenha que ver com uma particular insistência na completude das alegações, de parte a parte, nesse procedimento. Nessa toada, a causa de pedir fática (vale dizer, requisito de *admissibilidade* da petição inicial) é mais exigente do que no procedimento comum, aproximando-se do conjunto dos *fundamentos* conhecidos pelo autor passíveis de suportar a procedência de seu pedido (para essa contraposição entre causa de pedir e fundamentos do pedido, cf., *supra*, item 11.3).

O debate das partes é todo sustentado de acordo com um alto grau de exigência do contraditório substancial, condicionado por uma petição inicial que conterá necessariamente, por ser causa de pedir, e não apenas fundamento do pedido, uma especificação detalhada das razões do autor. É nesse sentido que as contas devem ser apresentadas, em caso de decisão que reconhece a pretensão a prestá-las, “*na forma adequada, especificando-se as receitas, a aplicação das despesas e os investimentos, se houver*” (art. 551, *caput*). Correspondentemente, a impugnação das contas, se prestadas estas ainda antes da primeira decisão, “deverá ser *fundamentada e específica, com referência expressa ao lançamento questionado*” (art. 550, § 3º), e, se prestadas apenas na segunda fase do procedimento, deverá ser “*específica e fundamentada pelo autor*” (art. 550, § 1º), para que tenha a eficácia de fazer o juiz determinar que o réu apresente documentos justificativos não de todos os lançamentos, mas dos “*individualmente impugnados*” (art. 551, § 1º).

De acordo com essa impositação do problema, já não se pode tirar razão a PUOLI quando afirma, agora relativamente ao art. 550, § 3º, que “a rigor nem seria necessário afirmar que esta impugnação tem de ser devidamente especificada, posto que isso já decorreria do que consta do art. 341 do CPC.”³⁶⁹ Afinal, o grau de minudenciamento necessário para que a impugnação seja tida por eficaz, vale dizer, para que possa tornar

³⁶⁷ J. C. B. PUOLI. Comentário ao artigo 550. In: C. S. BUENO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 539 a 925, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32-38, aqui p. 33.

³⁶⁸ IDEM, *Ibidem*.

³⁶⁹ IDEM, *Ibidem*.

controvertidas alegações de fato, é condicionado pela forma como autor (relativamente ao réu na contestação) ou réu (relativamente ao autor na réplica) moldam as suas alegações (cf., *supra*, item 12). Ocorre que, neste procedimento, por determinação legal, o autor está obrigado, se não quiser ver sua petição rejeitada por inépcia, a fixar desde logo o detalhamento dos fatos em um nível elevado. Os demais dispositivos promovem uma explicitação do que decorre do sistema do Código. Mas, por não ser necessária, essa explicitação não é desprovida de valor. Conforme CASSIO SCARPINELLA BUENO, trata-se de prover “elementos seguros para viabilizar adequada impugnação das contas.”³⁷⁰

Parece particularmente relevante a qualificação da impugnação das contas, em duas oportunidades (arts. 550, § 3º e 551, § 1º), como não apenas específica, mas também fundamentada. Não há aqui redundância alguma, como talvez pudesse haver quando se fala em lançamentos “individualmente impugnados” (art. 551, § 1º), pois especificar um lançamento não é outra coisa senão identificá-lo individualmente (cf., sobre individualizar como sinônimo de especificar, *supra*, item 12). Como bem perceberam SILVA e LAMY, trata-se de critérios cumulativos: “[s]e não for identificado com precisão o lançamento ou se, quando identificado, inexistir fundamentação, a impugnação será considerada genérica, de modo a não caracterizar a controvérsia.”³⁷¹ Desse modo, quando o texto legal fala em impugnação específica e fundamentada, está a deixar claro que não se trata apenas de individualização (eu impugno o lançamento de número tal), mas de apresentação dos mesmos fatos (contábeis, no caso) sob o ponto de vista do autor (eu impugno o lançamento tal porque ele está indevidamente repetido nas linhas alfa e beta, mas se refere exatamente ao mesmo crédito).

O Código de Processo Civil português, art. 945.2, apesar de atender a regime diverso em matéria de prestação de contas, chega a exemplificar com fundamentos da impugnação (chamada aí contestação): “Na contestação pode o autor impugnar as verbas de receita, alegando que esta foi ou devia ter sido superior à inscrita, articular que há receita não incluída nas contas ou impugnar as verbas de despesa apresentadas pelo réu; pode também limitar-se a exigir que o réu justifique as verbas de receita ou de despesa que indicar” (grifamos os fundamentos).

³⁷⁰ BUENO, *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*, op. cit., p. 287.

³⁷¹ R. A. da SILVA; E. LAMY. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 9, artigos 539 ao 673. São Paulo: RT, 2016, p. 169 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme MARINONI e coordenada por Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO).

Como se viu (cf., *supra*, item 12.1), essa é a forma normal de impugnação especificada dos fatos quando existe entre as partes consenso sobre a existência de algum enquadramento comum, o que no caso existe, pois, na medida em que existem contas e sobre elas se discute, as partes estão concordes na existência de um conjunto de operações contábeis sobre as quais se pode controverter no detalhe. Note-se, assim, que, no procedimento bifásico da ação de exigir contas, a primeira fase até admite a impugnação pela negação absoluta da existência dos fatos alegados pelo autor (não há pretensão alguma a exigir contas porque não há nenhuma operação contábil que me vincule de modo algum ao autor), ao passo que a segunda fase não admite senão um debate sobre aspectos das contas, já que, julgadas exigíveis, a (in)existência em absoluto delas não mais está em questão.

22.4. Inventário: CPC/2015, art. 627

As hipóteses que o art. 627 do CPC/2015 arrola para as partes se manifestarem sobre as primeiras declarações prestadas pelo inventariante assemelham-se a outros casos de topicalização das matérias de defesa, embora a natureza jurídica dessa manifestação não seja de contestação, desde logo por não haver preclusão, já que podem ser alegadas até a partilha,³⁷² e, correspondentemente, por a ausência de manifestação ou manifestação ineficaz não gerar situação jurídica passiva para a parte que não tem acolhida a impugnação veiculada na manifestação.³⁷³ Trata-se de atividade saneadora³⁷⁴ não-preclusiva³⁷⁵ destinada a favorecer o andamento do inventário. Na expressiva dicção do

³⁷² P. C. P. CARNEIRO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 9, tomo 1. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 46, p. 108.

³⁷³ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Curso de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 199.

³⁷⁴ De acordo com HAMILTON DE MORAES E. BARROS, “[e]stamos quase que diante de um despacho saneador desse procedimento, pois que aqui vai abrir-se a oportunidade de as partes levantarem numerosos problemas, sobre os quais o juiz deverá prover” (H. de M. e BARROS. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 9, artigos 946 a 1102. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, § 150, p. 14).

³⁷⁵ Segundo GERSON FISCHMANN, “se o erro ou a omissão quanto a quaisquer dos temas acima referidos for descoberto posteriormente nada obsta a que venha a ser alegado, cumprindo ao juiz decidir. Imagine-se que após o decêndio quaisquer das partes constata que há erro na descrição de um bem, ou que determinado herdeiro foi deserdado por testamento. Não se poderia tolerar que, uma vez comprovada a alegação, o juiz deixasse de tomar as necessárias providências no sentido de retificar e sanear o feito apenas porque já transcorrido o prazo de dez dias” (G. FISCHMANN. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 14, dos procedimentos especiais, artigos 982 a 1102c. São Paulo: RT, 2000, p. 107).

direito comum luso, conhecia-se por “alimpação da partilha,”³⁷⁶ hoje mais lhanamente chamada “audiência dos herdeiros.”

Na tradição do direito brasileiro – o direito comum luso parece ter conhecido uma mais vasta complexidade –,³⁷⁷ o momento formal da “audiência dos herdeiros” era, em geral, entre as últimas declarações e a sentença.³⁷⁸ À época da pluralidade de códigos estaduais, AFFONSO DIONYSIO GAMA (sob o pseudônimo A. DO VALLE SIQUEIRA) tratava de forma ampla das manifestações dos herdeiros, à luz da legislação processual vigente, que não era prolixa sobre o tema: “[d]everão declarar se concordam com o processado ou se impugnam algum acto, ou qualquer das declarações feitas pelo cabeça de casal ou inventariante, requerendo, ao mesmo tempo, as diligencias que julgarem convenientes e necessarias para que fiquem sanadas as irregularidades ou omissões commetidas”.³⁷⁹

No entanto, no Estado de Minas Gerais, já se praticava o que depois veio a se tornar regra, vale dizer, a anteposição temporal da manifestação dos herdeiros, logo após as primeiras declarações, solução que foi comunicada ao CPC/1939, art. 474ss, mimetizando, no sistema desse diploma, a topologia do despacho saneador, na mesma época de sua introdução. A matéria, nesse ponto do procedimento, era mais restrita do que hoje, contemplando apenas aquela do art. 627, III (impugnação da qualidade de herdeiro de algum dos incluídos nas primeiras declarações). De acordo com OCTAVIO MARTINS, escrevendo à luz do diploma processual mineiro: “Qualquer herdeiro pode contestar a qualidade de sucessor do *de cujus* a algum dos declarados como taes pelo inventariante, no respectivo termo. Neste caso, si a contestação puder ser resolvida á vista, apenas, dos documentos offerecidos pelo contestante ou pelas razões por elle apresentadas, o juiz mandará sobre a impugnação dizer o cabeça do casal e o contestado e resolverá a questão excluindo, ou não, a este, dentro de tres dias”.³⁸⁰

³⁷⁶ De acordo com JOSÉ PEREIRA DE CARVALHO, referindo-se especificamente ao inventário no juízo de órfãos, “[p]reparado... o Inventario, deve proceder-se á Alimpação da Partilha, que he o acto, em que se patentêa aos co-herdeiros, e interessados a descripção, e avaliação dos bens, e em que são ouvidos verbalmente pelo Juiz” (J. P. de CARVALHO. *Primeiras linhas sobre o processo orfanologico*: parte 1. 3.ed. Lisboa: Imprensa Regia, 1833, § 88, p. 78-79). PEREIRA DE CARVALHO relata que a alimpação não é feita em alguns juízos, mas é conforme à lei e muito útil (IDEM, *Ibidem*, n. 157).

³⁷⁷ LOBÃO teceu instrutivas considerações sobre diversas questões que podem ser arguidas no inventário, sem indicação topológica do momento das alegações. Posto o princípio de que “as Questões, que, sendo certos os factos, só dependem da decisão por direito se devem decidir summariamente nas Causas summarias,” o autor vai, parágrafo após parágrafo, acumulando alegações possíveis, a partir da fórmula “Do mesmo princípio é consequente...” (M. de A. e S. de LOBÃO. *Tractado pratico compendiario de todas as acções summarias, sua indole, e natureza em geral, e em especial*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1842, § 316ss, p. 272ss).

³⁷⁸ Ou entre a avaliação e as últimas declarações: “Terminada a avaliação, dá-se vista dos autos a todos os interessados para falarem sobre ela, cabendo a cada um a oportunidade de a impugnar, pedir alguma retificação, etc.” (C. MAXIMILIANO, *Direito das sucessões*: volume 3. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1943, §1424, p. 309).

³⁷⁹ A. do V. SIQUEIRA. *Inventarios e partilhas*. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 109. O trecho foi repetido, já com o nome do autor e explicação referente ao pseudônimo na folha de rosto: A. D. GAMA. *Inventarios e partilhas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1926, p. 100.

³⁸⁰ O. MARTINS. *Inventarios e partilhas*. Uberaba: Livraria Jardim, 1925, p. 42.

Simultaneamente, a “alimpação da partilha” foi codificada no art. 486 do CPC/1939, que previa, assim, também, após as últimas declarações, manifestação das partes, neste caso, no entanto, “sobre a descrição e avaliação dos bens.” Ficavam tipificados, assim, no primeiro diploma nacional, dois momentos típicos para a manifestação das partes. CÂNDIDO NAVES, a despeito da aparente limitação legal a respeito da matéria dessas manifestações – sem dúvida inspirado por um sistema mais livre como o praticado por PEREIRA DE CARVALHO, propugnava por entendimento diverso: “O Código atual, como se vê do enunciado deste artigo, parece limitar a atividade das partes, neste momento, a apreciações acêrca da descrição de bens e sua avaliação. Assim, porém, não podemos entender o artigo. Devemos, ao contrário, considerar como permitido aos herdeiros, nesta fase, também requerer o que lhes for conveniente, pois que do contrário não se ofereceria oportunidade à apresentação desses requerimentos, que o Código não pretendeu abolir (nem poderia fazê-lo), como se vê do art. 501.³⁸¹

Veja-se ainda o problema dos “sonegados” (ação de sonegados), regulados sempre à parte (a alegação de que houve sonegação de bens nas declarações do inventariante não era tópico próprio ao inventário, mas a demanda autônoma (e isso ainda nos arts. 1992 a 1996 do CC/2002). Foi apenas com o CPC/2015 que também a “sonegação de bens” passou a ser textualmente concentrada nas manifestações das partes no inventário, após as primeiras declarações (CPC/2015, art. 627, I), de modo que se foi caminhando para uma sempre mais ampla fase saneadora do inventário, em que se arrolaram as matérias típicas de manifestação das partes.

Esse pequeno trecho da evolução de uma matéria de grande complexidade, cuja história pormenorizada seria impossível retomar aqui, tem, contudo, um valor paradigmático, na medida em que exemplifica como os procedimentos especiais foram, ao longo do tempo – ao menos enquanto se valorizou a ideia de tipificação, cf., *infra*, neste item –, acumulando, pela experiência, hipóteses de alegações (também) defensivas das partes.

Há dois pontos, todavia, que merecem breve menção. O primeiro deles é a relação explícita que o art. 627 do CPC/2015 estabelece, em seu § 3º, entre um dos tópicos do rol de alegações e a estrutural restrição probatória no bojo do próprio inventário, a teor do art. 612 do CPC/2015. Esse dispositivo força o juiz a remeter para as vias ordinárias as questões que não estão provadas por documentos, mas dependem de outras provas.³⁸² A

³⁸¹ C. NAVES. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 6, artigos 465 a 523. Rio de Janeiro: Forense, 1941, § 139, p. 183-84.

³⁸² De modo que é essencial para desenhar o regime das impugnações, não permitidas, mas passíveis de serem processadas no inventário, a compreensão do que são essas questões. O regime se alterou, pois, anteriormente, falava-se em questões de “alta indagação” (CPC/1973, art. 984), além das questões que dependem de outras provas que não a documental, como hipóteses de tratamento em um procedimento comum.

vinculação entre as hipóteses de impugnação e a produção de prova apenas repete, no procedimento especial de inventário, o vínculo que une, no procedimento comum, impugnação eficaz (porque especificada) e atividade instrutória.

O segundo ponto tem que ver com o caráter forçosamente exemplificativo dos tópicos.³⁸³ Em primeiro lugar, porque não há nenhuma limitação cognitiva alguma no inventário, apenas uma opção procedimental por separar do inventário a produção de prova outra que a documental que, no entanto, uma vez produzida, será trazida àquele processo. Em segundo lugar, porque a redação do inciso I, ao identificar, como matéria de impugnação, “*erros, omissões e sonegação de bens*” – a hipótese da sonegação sendo inovação do CPC/2015 –, permite, em verdade, que tudo o que está errado, vale dizer, tudo o que não corresponde à verdade nas primeiras declarações, seja impugnado. Segundo GERSON FISCHMANN, “[n]ão há limite de matéria quanto aos erros e omissões das primeiras declarações.”³⁸⁴

É por isso que já CLÓVIS DO COUTO E SILVA entendia, à luz do CPC/1973, que “[n]ão é fácil dizer em que podem consistir esses erros. São de toda a sorte.”³⁸⁵ Após exemplificar com diversos casos, o jurista conclui que “[e]stas hipóteses não estão previstas no atual CPC, mas a solução resulta da aplicação dos princípios.”³⁸⁶ A avaliação tem valor paradigmático para mais de um caso de topicalização das matérias de defesa nos procedimentos especiais. Lembre-se, por exemplo, do caso da ação de consignação em pagamento, com a possibilidade de o credor arguir que foi justa a recusa (art. 544, II) (cf., *supra*, item 22.2).³⁸⁷

³⁸³ Na época do direito comum luso, em que não havia regulamentação explícita desse ato, JOSÉ PEREIRA DE CARVALHO fala, de modo exemplificativo sobre matérias que são discutidas na “alimpação da partilha”, a confirmar sua utilidade: “A experiência me tem mostrado aplanarem-se neste acto muitas dificuldades; descreverem-se bens, que se tinham occultado por ignorancia, ou por malicia; emendarem-se de commum acordo Avaliações menos bem feitas, evitando-se complicados, e dispendiosos Litigios” (CARVALHO, *Primeiras linhas sobre o processo orfanologico*, *op. cit.*, § 88, p. 79, n. 157).

³⁸⁴ FISCHMANN, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 14, *op. cit.*, p. 107.

³⁸⁵ C. do COUTO e SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 11, tomo 1, artigos 890 a 1045. São Paulo: RT, 1977, §365, p. 327.

³⁸⁶ IDEM, *Ibidem*, p. 328.

³⁸⁷ No entendimento de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, o dispositivo justifica que se alegue qualquer elemento relativo à “substância da relação de Direito Material... Pode-se arguir que a recusa foi justa por inexistir a relação jurídico-material invocada; ou que o contestante nunca foi credor, ou foi, mas já não era ao tempo da oferta...” (FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, *op. cit.*, 96, p. 89.) OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA é extremamente crítico: “Não há, pois, como salvar, na perspectiva dogmática do direito brasileiro atual, a inadverteência dos legisladores do Código Civil, ao inserirem, numa ação eminentemente sumária, a possibilidade de controverter-se sobre a alegação de ‘justa recusa’ oposta pelo credor. Ou preserva-se, em toda a sua pureza, a demanda de consignação em pagamento, na qual apenas tenha lugar a controvérsia sobre a pretensão a liberar-se, manifestada pelo autor, ou ter-se-á de

22.5. Embargos de terceiro: CPC/2015, art. 680

RP1.1.1.1. Eventuais restrições de cognição horizontal à defesa direta apenas podem espelhar restrições homólogas aos fundamentos que podem ser invocados pelo autor em suas alegações.

O art. 680 do CPC/2015, aproveitado integralmente do art. 1.054 do CPC/1973, trata do caso especialíssimo de embargos opostos pelo credor com garantia real. Nessa hipótese, o embargado, que, nas demais situações, contesta sem limitações *a priori*,³⁸⁸ sofre fortes restrições em suas alegações defensivas. De acordo com CLÓVIS DO COUTO E SILVA, a restrição seria devida ao fato de que, no caso em tela, o credor pede uma tutela provisória satisfativa: “cuida-se no caso..., pois visa a obstar a alienação, de tutela preventiva em sentido próprio, satisfativa, visando-se, através dela, a impedir que a alienação ocorra, e não simplesmente de tutela cautelar.”³⁸⁹ Não se cuida, como em outras hipóteses de embargos de terceiros, de desconstituir a constrição judicial.³⁹⁰

A análise se sustenta a despeito do novel art. 681, sem correspondente no CPC/1973, já que o credor com garantia real nunca poderá ter – enquanto perdurar como tal – reconhecido o domínio ou ver reintegrado definitivamente o bem. Sua pretensão é, por definição, fundada em posição jurídica temporária. Nos termos de RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO:

a questão principal de mérito nessa modalidade de embargos de terceiro não será a manutenção ou a desconstituição da penhora que recaiu sobre

transformá-la em demanda destinada a decidir (não apenas a conhecer) sobre a existência e validade do negócio jurídico indicado como fonte da obrigação” (BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, *op. cit.*, p. 65).

³⁸⁸ Mas, como lembra FÁBIO CALDAS DE ARAÚJO, “[h]á uma limitação cognitiva quanto à defesa oferecida pelo embargado, uma vez que deverá estar circunscrita às matérias suscitadas pelo art. 674 do CPC” (F. C. de ARAÚJO volume 3, *op. cit.*, p. 315).

³⁸⁹ C. do COUTO e SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 11, tomo 2, artigos 1046 a 1102. São Paulo: RT, 1982, p. 477. É também a posição de RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO, anotando, contudo, posição doutrinária diversa, segundo a qual também nesse caso especialíssimo a procedência dos embargos implicaria desconstituição da penhora (R. da C. M. R. AMADEO. *Embargos de terceiro*: legitimidade passiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 104, n. 329). No entanto, à luz da acurada reconstrução histórica do instituto feita por esse autor, a tese não parece se sustentar (IDEM, *Ibidem*, p. 101-02).

³⁹⁰ AMADEO, *Embargos de terceiro*, *op. cit.*, p. 100.

o bem objeto do direito real de garantia, mas se a alienação judicial do bem objeto da garantia real deve ou não ocorrer na execução em que esse bem foi penhorado. (...) Sob essa ótica, bem se compreende a limitação das matérias de defesa do embargado...³⁹¹

A despeito da forte razão para a limitação cognitiva em questão, e sem acolher a tese de que tais embargos visariam à desconstituição da penhora, deve-se contemplar, no entanto, ao menos a possibilidade, não expressa no rol do art. 680, de o embargado alegar a inexistência da garantia real, vale dizer, a negação absoluta da relação jurídica invocada pelo embargante. Talvez seja hipótese a se reconstruir a partir do inciso II, caso se pressuponha o uso genérico, não técnico, do adjetivo “nulo” (que poderia designar também o inexistente), mas esse não é, em princípio, o sistema do CPC/2015 (cf., por exemplo, art. 337, §1º). CASSIO SCARPINELLA BUENO chega a cogitar de uma formulação mais ampla: “temas que se ligam à inexigibilidade da garantia.”³⁹² DONALDO ARMELIN, em monografia clássica, mas que apenas recentemente veio a lume, percorria a mesma senda, afirmando que, “mesmo quanto ao mérito, o restrito elenco... merece elastério. As causas de extinção da obrigação, que é objeto de garantia real, também podem ser invocadas na contestação, desde que haja legitimidade do embargado para tanto.”³⁹³

Seja como for, a limitação, no caso, não se deve apenas a uma opção procedimental, mas à natureza do direito material em questão, como assinalou MARCELO PACHECO MACHADO.³⁹⁴ Nesses termos, o rol em questão é menos de ser concebido como um rol taxativo que como um rol exemplificativo em que, no entanto, é baixo o coeficiente de elasticidade das relações associativas permitidas pelo texto legal, pela tipicidade mesma da relação de direito material entre embargante e embargado.

Exemplo interessante, aduzido por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em comentário a densa página de PONTES DE MIRANDA, é aquele que PONTES, por sua vez comentando parágrafo

³⁹¹ AMADEO, *Embargos de terceiro*, *op. cit.*, p. 102 e 104.

³⁹² C. S. BUENO. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 2, tomo 2, procedimentos especiais do Código de Processo Civil, juizados especiais. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132-33.

³⁹³ D. ARMELIN. *Embargos de terceiro*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 275.

³⁹⁴ M. P. MACHADO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, artigos 674 a 718, dos embargos de terceiro até da restauração de autos. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por José Roberto F. Gouvêa, Luís Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca).

dos *Principii* de CHIOVENDA,³⁹⁵ chama “processo documental cambiário”.³⁹⁶ A execução de título extrajudicial, em que o título judicial é um título de crédito abstrato, tem necessariamente cognição limitada, em que pese a previsão do art. 917, do CPC/2015. Isso porque caso se admitisse que o embargado, opostos embargos à execução, discutisse qualquer matéria de defesa, aí incluída a relação jurídica que deu origem ao título, seria a própria abstração do título que esvaneceria.

Segundo o autor: “os títulos cambiários, que prescindem da causa de sua criação para terem validade e eficácia, somente poderão manter-se abstratos, preservando a própria natureza, se e na medida em que o processo lhes concedeu uma *demandá sumária*, cuja cognição não invada de nenhum modo a área pertinente às chamadas ‘exceções causais’, aquelas de que o demandado poderia valer-se – se a demanda fosse plenária –, fundadas no negócio jurídico causal, subjacente ao título abstrato.”³⁹⁷

Veja-se que não é a existência de um procedimento especial com limitação taxativa da matéria de defesa que produz a limitação neste, como em diversos outros casos, inclusive aqueles em que o procedimento especial foi regulado, e a matéria de defesa foi elencada em um rol. É preciso, por isso, frequentemente, entender o rol em seu importe cognitivo, como forma de esclarecimento indutivo de uma estrutura (cf., *supra*, item 22.1).

22.6. Ação monitória: CPC/2015, art. 702, §§1º a 3º

[RP2.1.2]

As previsões legais relativas à defesa do réu na ação monitória, no art. 702, §§1º, 2º e 3º, do CPC/2015, são um espelho perfeito daquelas concernentes aos embargos do executado, no art. 917 do CPC/2015, excetuado apenas o rol exemplificativo que lá se mantinha nos cinco primeiros incisos do *caput*.³⁹⁸ Essa porção da disciplina da monitória

³⁹⁵ G. CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. 3.ed. Napoli: Jovene, 1923, §94, p. 1181ss.

³⁹⁶ PONTES de MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 13, *op. cit.*, p. 7-8.

³⁹⁷ BAPTISTA da SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, *op. cit.*, p. 56, grifos do autor.

³⁹⁸ Homologia reconhecida na doutrina: A. C. MARCATO. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95. Essa homologia, ademais, resultava, já sob a disciplina do CPC/1973, em um amplo questionamento sobre a natureza jurídica dessa defesa – os embargos ao mandado monitório. Sobre essa polêmica, cf.: E. TALAMINI. *Tutela monitória: a ação monitória – lei 9.089/95*. São Paulo: RT, 1998, p. 125-35. O argumento de TALAMINI é ponderoso: “A nossa legislação sobre monitória estabeleceu que o mandado ficará *suspense*, quando forem interpostos embargos (art. 1.102c, *caput* do CPC). Previu também que, julgados improcedentes os embargos, o mandado inicial vai se converter *de pleno direito* em ‘título executivo’ (art. 1.102c, § 3º do CPC), independentemente de sentença final. Isso basta para descartar que os embargos do art. 1.102c sejam ‘contestação’. Constituem, nitidamente, forma incidental de desconstituição do provimento inicial e/ou de reconhecimento da inexistência do crédito – o que, no sistema

não tinha correspondente no CPC/1973. Como já investigamos os dispositivos do art. 917, remetemos o leitor àquela porção do nosso trabalho (cf., *supra*, item 21).

Neste ponto, apenas acrescentaremos a seguinte ponderação: como se vê pela sobreposição textual dessas previsões – com as diferenças já examinadas entre casos em que se restringe e outros em que não se restringe a cognição – nas hipóteses da impugnação ao cumprimento de sentença, dos embargos à execução, da ação de consignação em pagamento e da ação monitória, não parece exagerado afirmar que há uma espécie de disciplina geral no CPC/2015 para qualificar como eficaz por ser especificada a impugnação que alegue, contra o fato constitutivo do direito do autor, excesso de cobrança: trata-se de negar a parte excedente, logo de admitir parte da dívida e, com essa admissão, também reconhecer enquadramento geral dos fatos, o que veda uma negação *in totum* das alegações relativas à cobrança e, por isso (cf., *supra*, item 12.1), exige que os fatos sejam apresentados sob a óptica do requerido (réu, executado), o que implica, enfim, nuclearmente, como mínimo aceitável fator de eficácia da impugnação, a enunciação do valor efetivamente devido e um arrazoado sobre o porquê desse valor, que se consubstancia em um demonstrativo discriminado e atualizado da cobrança.

Trata-se de exemplo tipificado de uma impugnação especificada dos fatos, para uma determinada hipótese fática que, no entanto, é bastante recorrente.

22.7. Homologação do penhor legal: CPC/2015, art. 704

As hipóteses arroladas no art. 704, do CPC/2015, como únicas matérias defensivas passíveis de alegação no procedimento de homologação do penhor legal, apresentam mais um caso de rol que se apresenta como exaustivo sem de fato o ser. MARINONI, ARENHART e MITIDIERO lembram oportunamente hipóteses que, por fundadas na disciplina do penhor legal no CC/2002, não se podem tomar por inadmissíveis:

O rol do art. 702, CPC, não é exauriente. Pode o requerido alegar ainda nulidade do penhor (arts. 1.468 e 1.470, CC) ou o seu excesso (art. 1.469, CC). São matérias tipicamente ligadas à legalidade da

processual brasileiro, é feito através de nova demanda, geradora de outro processo” (IDEM, *Ibidem*, p. 133).

constituição do penhor de mão-própria, com o que a sede adequada para debatê-los é a do procedimento de homologação do penhor legal.³⁹⁹

A constatação é referendada por outros autores,⁴⁰⁰ e, a nosso ver, aplica-se aqui a distinção, válida para a consignação em pagamento de que a restrição abarca apenas o campo das defesas de mérito indiretas, não alcançando as defesas processuais, nem as defesas de mérito diretas. A restrição cognitiva é antes determinada, como lembra MARCELO PACHECO MACHADO, pelo objeto do procedimento de homologação legal, não pela suposta força cogente do rol do art. 704:⁴⁰¹ “[o] objetivo da homologação do penhor legal é muito restrito (...) A resistência do réu, portanto, deve ser enxergada a contar das limitações cognitivas estabelecidas a partir do objeto deste requerimento, não podendo tocar questões alheias.”⁴⁰²

³⁹⁹ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Novo Código de Processo Civil comentado*, *op. cit.*, p. 791.

⁴⁰⁰ J. C. B. PUOLI. Comentário ao art. 704. In: BUENO, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, *op. cit.*, p. 360, aqui p. 360. C. S. BUENO. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 4, tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 303.

⁴⁰¹ Em sentido contrário, no entanto, admitindo a restrição em seu sentido literal por entenderem que a possibilidade de se defender o réu no processo de conhecimento ou mesmo no curso da execução garante o pleno contraditório: C. A. ALVARO de OLIVEIRA; G. LACERDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, tomo 2, artigos 813 a 889. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, 182, p. 311-12.

⁴⁰² MACHADO, *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, *op. cit.*, p. 256.

CONCLUSÃO

Ao termo deste trabalho, resumimos em tópicos breves as principais conclusões da investigação.

As mais relevantes conclusões dos capítulos 1 e 2 podem ser sumuladas em função da numeração adotada no corpo do próprio texto:

1. O CPC/2015 é, como o CPC/1973, adepto da teoria da relação jurídica, vista como decomponível em uma série de posições jurídicas, perspectiva até mesmo reforçada em função de dispositivos como os arts. 7º e 190.
2. A categoria de ônus vem incorporada, inclusive no texto legal, de acordo com modelo que não se presta a caracterizá-la como posição jurídica, uma vez que configura imperativo hipotético, e não categórico, em suma, um mero interesse, resultando a confusão entre categorias de posições jurídicas e categorias de posições de outra natureza em incertezas relativas ao regime jurídico.
3. A impugnação especificada dos fatos é, no regime do CPC/2015, em geral, um dever e, excepcionalmente, uma faculdade, no caso do CPC/2015, art. 341, par. ún., categorias que são necessariamente desenhadas a partir de um referencial teórico suficientemente claro; no caso, designa-se por dever a situação passiva do sujeito que, em face de uma valoração do comportamento pelo ordenamento jurídico, tem o imperativo, em face de outrem, de colaborar para a realização da posição dela correlata, um direito; caso não colabore, sofrerá sanção, noção que, por sua vez, também precisa ser referida a um marco teórico, tendo como conteúdo mínimo a atribuição de valoração negativa, pelo ordenamento jurídico, ao comportamento indesejado.
4. Há persistente tensão no direito luso-brasileiro, identificável ao menos desde o século XVIII, entre a compreensão da impugnação especificada como dever ou como faculdade jurídica.
5. Essa tensão está radicada na contraposição entre dois valores no seio da tradição retórica ocidental, os valores da verdade e da liberdade.

6. Na retórica clássica, predominava o valor liberdade, a despeito de as tensões continuarem latentes, de modo que a impugnação especificada dos fatos pelo litigante no seio de um processo judicial apenas podia ser concebida como faculdade, atrelada às estratégias do litigante que queria vencer o processo, mas não como dever apto a ser sancionado, isso porque o ordenamento não valorava negativamente a conduta do litigante que não impugnavia especificadamente alegação do adversário.

7. Há uma mudança sistemática com os movimentos concomitantes de publicização do processo e de cristianização da retórica, de que resulta a formulação do processo romano-canônico, em que tem primazia o valor verdade sobre o valor liberdade e em que, correspondentemente, a impugnação especificada dos fatos aparece como um dever dos litigantes, suportado por uma ampla gama de sanções, especialmente por pronunciamentos mandamentais do juízo; é, portanto, circunstancial de um modelo preclusivo que a sanção se projete na admissão da veracidade dos fatos.

8. No processo de absorção do direito romano-canônico pelos *iura propria* europeus, e notadamente pelo processo luso, desde o século XIII, estrutura-se regime que concebe a impugnação especificada como dever, ainda que, no curso dos últimos séculos da modernidade, notadamente a partir de meados do século XVII, esse dever venha atenuado e mesmo desapareça, não necessariamente pelo desprestígio do valor verdade, mas por uma diversa economia dos atos processuais, com maior ênfase para a atividade probatória que para os atos postulatórios; é, portanto, circunstancial de um modelo centrado nos atos postulatórios que o valor verdade se traduza em dever de impugnação especificada dos fatos.

9. O Brasil independente herda de Portugal a referida tensão, mas, no contexto do século XIX, produz uma viragem em direção ao valor liberdade, reinterpretado nos moldes do liberalismo moderno, que passa a ser forte vetor axiológico do processo, sob o modelo das codificações liberais europeias, e assim trata a impugnação especificada preferencialmente como faculdade; a esse modelo contrapõe-se, no século XX, um modelo de processo social, radicado, em última instância, na codificação austríaca e associado à corrente da modernidade que é crítica ao liberalismo, modelo que penetra no Brasil decididamente a partir do CPC/1939, a partir de quando a impugnação especificada vai redeseenhada, ainda uma vez, como dever.

Conforme visto, foi possível, pelo esforço analítico empreendido nos capítulos 3 e 4, a partir premissas assentadas nos capítulos 1 e 2, formular um conjunto de enunciados normativos que descrevem o dever de impugnação especificada dos fatos tal qual ele se extrai de nosso ordenamento. Uma apresentação prévia do regime jurídico que aqui se esboça fora já apresentada no item 14, em conclusão ao capítulo 3.

O que propomos a seguir, conforme já anunciado na Introdução desta investigação e no próprio item 14, é sua apresentação estruturada e completa, remetendo, por meio das referências em negrito, após o fim de cada enunciado, ao item específico do trabalho em que está desenvolvida a argumentação que dá suporte ao que, em cada ponto, vem sumulado.

É, assim, o seguinte o regime da impugnação especificada dos fatos no processo civil brasileiro:

(fundamento do dever de impugnação especificada dos fatos)

RF1. O dever de impugnação especificada dos fatos é um dos deveres cooperativos que emanam do princípio-garantia do contraditório substancial, que, em um marco de processo publicístico, exige, e não faculta – vale dizer, valora positivamente sua ocorrência e negativamente sua não-ocorrência – o diálogo processual. **(16, 20)**

RF1.1. Para ser eficaz, a impugnação de alegações de fato, não apenas na contestação, mas em todo ato que ataca alegações que possam ser tomadas pelo juiz como fundamento decisório, deve maximizar um contraditório efetivo e substancial. **(20, 21)**

RF1.2. O contraditório efetivo apenas admite alegações conformes à boa-fé objetiva, sendo vedado o abuso do direito de defesa sob as vestes de uma impugnação especificada. **(17.3)**

RF1.2.1. É conduta ímproba, a ser sancionada com imposição de multa, a impugnação de alegação de fato que se sabe (ou se deve

saber, segundo um padrão de boa-fé objetiva) ser conforme às alegações do autor. **(17.3)**

(objeto do dever de impugnação especificada dos fatos)

RG1. O dever de impugnação especificada dos fatos incide sobre todas as proposições simples enunciadas pelo autor, desde que cada proposição seja necessária para preencher uma figura de fato normativa (um fato jurídico previsto no ordenamento) e desde que, em seu conjunto, essas proposições sejam suficientes para preenchê-la (caso contrário, a própria petição é inepta). **(11.1)**

Nesses termos e nesses limites:

RG1.1. Incide dever de impugnação sobre alegação de fato jurídico, incluídos os fatos complementares (especificadores da figura do fato). **(11.4)**

RP1.1.1. Não se admite restrição de cognição horizontal às defesas diretas. **(22.2)**

RP1.1.1.1. Eventuais restrições de cognição horizontal à defesa direta apenas podem espelhar restrições homólogas aos fundamentos que podem ser invocados pelo autor em suas alegações. **(22.5)**

RP1.1.2. A impugnação especificada de alegação de fato jurídico pelo litisconsorte torna sem efeito a ausência de impugnação especificada pelo outro, para fins de admissão do fato como verdadeiro. **(17.2.2)**

RP1.1.3. A ausência de impugnação especificada não tem o condão de excluir da atividade probatória os fatos jurídicos inverossímeis. **(17.2.2)**

RP1.1.4. Integra o objeto da impugnação especificada dos fatos o conteúdo dos documentos juntados à inicial desde que as proposições do autor façam remissão direta a elas e na medida da especificação dessa remissão; em caso contrário, caso o juiz indique que o conteúdo do documento pode ser levado em consideração para a

decisão, desfaz-se a preclusão e se permite ao réu manifestar-se sobre o ponto, sem que incida dever de impugnação especificada (cf. RG 1.3). **(17.2.1)**

RP1.1.5. A mera juntada de documentos pelo réu não importa no cumprimento do dever de impugnação especificada, mas não invalida seu uso como prova no processo. **(17.2.1)**

RG1.2. Não incide dever de impugnação sobre alegação de fato simples, incluídos os fatos indiciários (instrumentais para o raciocínio judicial). **(11.4)**

RG1.3. Quando, nos limites admitidos no processo, um fato afirmado pelo autor na inicial muda de qualificação, de simples para jurídico, o debate é reaberto, e passa a incidir, desobstruída a preclusão, o dever de impugnação especificada. **(11.4)**

RG1.3.1. O exercício de poderes instrutórios pelo juiz apenas gera dever de impugnação especificada, desobstruindo preclusões, se se trata de fatos que concretizam a figura do fato, recortando-a em mais elementos ou sub-elementos do que na fase postulatória (fatos complementares), não os gerando se incidem sobre fatos simples. **(11.4)**

RG1.3.2. Se proposição de fato simples na petição inicial, segundo a percepção do juiz, puder efetivamente ser tomada por indiciária, de modo a integrar o raciocínio decisório, cabe ao juiz desobstruir as preclusões e reabrir o diálogo processual para amplo debate, embora não incida no caso dever de impugnação especificada, que resultaria na provocação de efeito idêntico ao da confissão por iniciativa do juiz. **(11.4)**

RP1.3.3. Se há, dentro dos limites autorizados pelo ordenamento, alteração objetiva da demanda, incidirá, para o réu, dever de impugnação especificada dos fatos, com prazo de manifestação não inferior ao da contestação, a partir do momento da alteração. **(17.1.2)**

RP1.3.4. Após a preclusão do prazo da impugnação especificada, a parte pode confessar fato que havia anteriormente impugnado, mas não pode se aproveitar da confissão para impugnar fato que não impugnou no momento oportuno. **(18.3)**

RP1.4. É possível a impugnação especificada de fato tardia, após o prazo e até o fim do processo, se o réu alegar e provar que a ausência de impugnação especificada, no momento previsto, decorreu de falsa percepção da realidade (erro, coação...) que não lhe possa ser imputada (e.g., erro grosseiro por falta de diligência). **(18.3)**

RP1.5. A ausência de impugnação especificada (cf., *supra*, RG1.3), desde que não intervenha alguma das hipóteses de desfazimento de preclusões, impede a realização de atividade probatória sobre aquele fato, tendo se estabilizado o seu caráter incontroverso. **(17.2.2)**

(conteúdo do dever de impugnação especificada dos fatos)

RG2. Se há fato jurídico (em sentido lato) que aparece – tipicamente, isto é, de acordo com a categoria, não com cada evento concreto do mundo – à consciência do réu (atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos, atos-fatos jurídicos), o dever de impugnação especificada exige que ele se pronuncie positivamente sobre tal fato, narrando-o tal qual aparece à sua consciência, sem omissões que importem em sua descaracterização (dever de completude); se há fato jurídico que não aparece – tipicamente – à consciência do réu (fatos jurídicos *stricto sensu* ou atos de terceiros), o dever de impugnação especificada se cumpre com a mera declaração de desconhecimento. **(12.1, 18.2, 21, 22.3)**

RP2.1. A impugnação especificada, no caso dos fatos jurídicos que pertencem à esfera perceptiva do réu, deve ser determinada quando essa determinação não tem razão de escusa, no que se inclui a indicação precisa daqueles elementos necessários à individuação dos referentes, como coordenadas de tempo, espaço, quantidade e qualidades essenciais (ineficácia das respostas evasivas). **(17.1.1)**

RP2.1.1. Não se desincumbe do dever de impugnação especificada o réu alegando falta de clareza das alegações do autor, mesmo o fazendo especificadamente; no entanto, não se poderá exigir do réu maior grau de especificidade do que aquele que se encontra nas alegações que integram a petição inicial, devendo-se ter por especificada impugnação que tenha o mesmo grau de clareza e determinação que a petição inicial. **(17.1.1)**

RP2.1.2. Toda vez que o réu impugna parcialmente um valor, ele deve declinar o valor correto e demonstrar os fundamentos do cálculo. **(21, 22.6)**

RG2.2. Não há descumprimento do dever de impugnação especificada, por falta de contranarrativa fática, quando sobre o fato jurídico que aparece tipicamente à consciência do réu incide uma razão de escusa (art. 388 do CPC/2015). Como, no entanto, esses fatos podem ser confessados (não incidindo o art. 341, I), é necessária a manifestação do réu para os impugnar, bastando, para fins de eficácia, a afirmação de que o réu impugna tais fatos. Sua negação, no entanto, caso sejam verdadeiros, pode atrair a incidência dos arts. 77, I, e 80, II, do CPC/2015. **(12.1)**

RG2.3. O réu pode se desincumbir do dever de impugnação especificada sem oferecer qualquer contranarrativa fática se não reconhece em absoluto a existência dos fatos narrados pelo autor, caso em que afirma saber que nada ocorreu no mundo dos eventos da vida que possa corresponder, ainda que imperfeitamente, àquilo que foi afirmado pelo autor. **(12.2)**

RG2.3.1. Fica, no entanto, vedada essa via caso a petição inicial seja instruída com documento que contém declaração de vontade (“instrumento” *ad substantiam* ou *ad probationem*) do réu conexa com as alegações de fato do autor, a menos que o réu afirme a falsidade material ou ideológica do referido documento. **(12.2)**

RP2.4. Ocorre abuso de direito quando o réu impugna especificadamente alegação de fato do autor por meio de sucessivos recortes da figura de fato desenhada na inicial, sem que esses recortes sejam em tese aptos a afastar

os elementos da figura de fato necessários e suficientes para sustentar a pretensão do autor. (cf., supra, RF1.2) **(17.3)**

(impugnação especificada dos fatos por prejudicialidade lógica)

RG3. Impugnada eficazmente a alegação prejudicial, fica automaticamente impugnada também, por necessidade lógica, a alegação prejudicada, de modo que ambas ficam controvertidas, dando ensejo à produção de prova. **(13, 19)**

BIBLIOGRAFIA

- D'AGOSTINO, Francesco. Sanzione (teoria generale). In: Francesco SANTORO-PASSARELLI (dir.). *Enciclopedia del Diritto*: volume 41, rivendicazione-separazione. Milano: Giuffrè, 1989, p. 303-328.
- _____. *La sanzione nell'esperienza giuridica*. 5.ed. Torino: G. Giappichelli, 1999.
- AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 332 a 443. São Paulo: RT, 1974.
- ALBERTO dos REIS, José. *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.
- _____. *Código de Processo Civil Anotado*: volume 2, artigos 409º a 486º. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1949.
- _____. *Código de Processo Civil Anotado*: volume 3, artigos 487º a 549º. Coimbra: Coimbra Editora, 1950.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1945.
- _____. A oralidade no processo civil português. In: Francisco MORATO et alii. *Processo Oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 111-22.
- _____. *Processo de execução*: volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1954.
- _____. *Processos especiais*: volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- D'ALBUQUERQUE, Lydio Marianno. *Tratado das Exceções*. Pernambuco: Typographia Central, 1880.
- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal. In: _____; *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*: tomo 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 293-331.
- ALEXANDER, Michael C. Oratory, Rhetoric, and Politics in the Republic. In: William DOMINIK; Jon HALL (ed.). *A Companion to Roman Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007, p. 98-108.
- D'ALMEIDA, Luís Duarte. Fundamental Legal Concepts: the Hohfeldian framework. *Philosophy Compass*, n. 11(10), p. 554-569, 2016.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do Direito Português*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- ALTIMARIO, Blasio. *Tractatus de nullitatibus*: tomo 1. Köln: Wilhelm Metternich, 1720.
- ALVARO de OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 73, p.-7-14, jan.-mar. 1994.

- _____. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____; Galeno LACERDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, tomo 2, artigos 813 a 889. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- _____; Daniel MITIDIERO. *Curso de Processo Civil*: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALVIM NETTO, Manoel Arruda: v. ARRUDA ALVIM NETTO, Manoel
- AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Embargos de terceiro*: legitimidade passiva. São Paulo: Atlas, 2006.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 332 a 475. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*: volume 2 São Paulo: Max Limonad, 1962.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*: volume 2. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- _____. *Prova judiciária no cível e comercial*: volume 1. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- _____. *Prova judiciária no cível e comercial*: volume 2. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.
- AMENDOREIRA JR., Sidnei. Depoimento pessoal e confissão no Novo CPC. In: Marcos Félix JOBIM; William Santos FERREIRA. *Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 695-712 (Coleção *Grandes Temas do Novo CPC*, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 5).
- AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932.
- _____. *Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil*: volume 1, artigos 1 a 290. São Paulo: Saraiva, 1940.
- _____. *Commentarios ao Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*: 1º volume, arts. 1 a 261. São Paulo: Saraiva, 1934.
- ANAGNOSTOPOULOS, Georgios (ed.). *A Companion to Aristotle*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.
- ANDRADE, Odilon de. *Código do Processo Civil e Commercial do Districto Federal*: Decreto n. 16.752, de 31 de dezembro de 1924, anotado de accôrdo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, 1º volume. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas d'O Social, 1927.

- ANTUNES VARELA, [João de Matos]; J[osé] Miguel BEZERRA; [José Joaquim] SAMPAIO e NORA. *Manual de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Comentário ao artigo 349. In: Cassio Scarpinella BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133-34.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: tomo 1, parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. *Curso de Processo Civil: tomo 3, procedimentos especiais*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta; Leonardo Carneiro da CUNHA (coord). *Advocacia Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção *Repercussões do Novo CPC*, volume 3, coordenada por Fredie Didier Jr.).
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 4, artigos 332 a 475*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 1.ed. São Paulo: RT, 1974.
- ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *A resposta do réu no processo civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ARISTOTE. *Catégories*. Ed. e trad. Richard Bodéüs. Paris: Les Belles Lettres, 2002.
- _____. *Organon: I, Catégories – II, De l’interprétation*. Trad. e notas Jules Tricot. Paris: J. Vrin, 1946.
- ARISTOTELE. *Retorica*. Ed. e Trad. Marco Dorati. Milano: Mondadori, 1996.
- ARISTOTLE. On Interpretation. In: _____. *The Categories – On Interpretation – Prior Analytics*. Ed. e trad. Harold P. Cooke. Cambridge/London: Harvard University Press/William Heinemann, 1983, p. 111-79, (Coleção *The Loeb Classical Library*, editada por G. P. Goold, volume 325).
- _____. *The Metaphysics: books I-IX*. Ed. e trad. Hugh Tredennick. London/New York: William Heinemann/G. P. Putnam, 1933, (Coleção *The Loeb Classical Library*, editada por G. P. Goold, volume 271).
- _____. Posterior Analytics. In: _____. *Posterior Analytics – Topica*. Ed. e trad. Hugh Tredennick. Cambridge/London: Harvard University Press, 1960, p. 1-261 (Coleção *The Loeb Classical Library*, editada por G. P. Goold, volume 391).
- _____. Prior Analytics. In: _____. *The Categories – On Interpretation – Prior Analytics*. Ed. e trad. Hugh Tredennick. Cambridge/London: Harvard University Press/William Heidemann, 1983, p. 181-531 (Coleção *The Loeb Classical Library*, editada por G. P. Goold, volume 325).

- ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. Comentário ao artigo 1021. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 926 a 1072, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 469-473.
- ARRUDA ALVIM NETTO, Manoel. *Código de Processo Civil Comentado*: volume 2, artigos 7º a 49. São Paulo: RT, 1975.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017.
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18.ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____. *Manual dos Recursos*. 8.ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____. *Processo Civil Brasileiro*: volume 1, parte geral, fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: RT, 2015.
- _____. *Processo Civil Brasileiro*: volume 2, tomo 1, parte geral, institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015.
- _____. *Processo Civil Brasileiro*: volume 2, tomo 2, parte geral, institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015
- _____. *Processo Civil Brasileiro*: volume 3, parte especial, procedimento comum, da demanda à coisa julgada. São Paulo: RT, 2016.
- ATAÍDE JR; Jaldemiro Rodrigues de; Juliana Coelho Tavares da SILVA. Exibição de documentos: ônus ou dever da parte? In: Lucas Buriel de MACÊDO; Ravi PEIXOTO; Alexandre FREIRE (org.). *Provas*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 663-81 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 3).
- AULU-GELLE. *Les Nuits Attiques*: III, livres XIV à XX. Ed. e Trad. Maurice Mignon. Paris: Librairie Garnier Frères, 1934.
- AURELLI, Arlete Inês. Comentário ao art. 341. In: Lenio Luiz STRECK; Dierle NUNES; Leonardo Carneiro da CUNHA (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 498-99.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de: v. JUNQUEIRA de AZEVEDO, Antonio
- AZEVEDO MARQUES, José Manuel de. *Acções de despejo e alugueres*: locação de prédios. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1930.
- BALENA, Gianpiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*: volume 2, il processo ordinario. 4.ed. Bari: Cacucci, 2017.
- BAPTISTA, Francisco de Paula: v. PAULA BAPTISTA, Francisco de

BAPTISTA da SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, artigos 890 a 981, dos procedimentos especiais. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Curso de Processo Civil*: volume 1, tomo 1. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Juizado de Pequenas Causas*. Porto Alegre: LeJur, 1985.

_____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 93-105.

BARBOSA, Emmanuel. *Remissiones Doctorum de Officiis Publicis, Iurisdictione, et Ordine Iudiciario*. Lisboa: Typis Petri Craesbeeck, 1620.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação de consignação em pagamento. Possibilidade de discussão do valor do débito fundada em divergência na interpretação do contrato. Apelação cível nº 11.267. In: _____. *Direito Aplicado I: acórdãos e votos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 51-58.

_____. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. In: _____. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141-58.

_____. Antecedentes da reforma processual e sistemática geral do novo Código. In: _____. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, 9-43.

_____. Le Code-Modèle de Procédure Civile pour l’Amérique Latine de l’Institut Ibéro-Américain de Droit Processuel. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 191-200.

_____. Il Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. In: _____. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 189-99.

_____. Os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973: contrastes e confrontos. In: _____. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 44-67.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 476 a 565. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 476 a 565. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. In: _____. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 177-88.

_____. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual*: segunda série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-82.

- _____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: _____. *Temas de direito processual*: segunda série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71.
- _____. Il Progetto Carnelutti e il Codice di Procedura Civile brasiliano. In: _____. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 201-15.
- _____. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: _____. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117-24.
- _____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Do autor, 1967.
- _____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: _____. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-42.
- _____. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. In: _____. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 16-35.
- _____. A revelia no direito alemão e a reforma do processo civil brasileiro. In: _____. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 134-47.
- _____. Saneamento do processo e audiência preliminar. In: _____. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 105-44.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 9, artigos 946 a 1102. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BARROS, Henrique da Gama: v. GAMA BARROS, Henrique da
- BARROSO, Darlan; Brunno Pandori GIANCOLI; Marcelo Romão MARINELLI. *Prática processual civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2014.
- BARTHES, Roland. L'ancienne rhétorique: aide-mémoire. *Communications*, Paris, n. 16, p. 172-229, 1970.
- BEAUMANOIR, Philippe de. *Coutumes de Beauvaisis*: tome premier. Ed. Am. Salmon. Paris: Alphonse Picard et Fils, 1899.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3.ed. São Paulo: RT, 2001.

- BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Ónus da impugnação. In: *O Novo Processo Civil: textos e jurisprudência*, caderno 5. Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 215-233.
- BELLOMO, Mario. *The Common Legal Past of Europe: 1000-1800*. Trad. Lydia G. Cochrane. Washington, DC: The Catholic University of America Press, 1995.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017.
- BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 2, artigos 70 ao 187*. São Paulo: RT, 2016 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme Marinoni e coordenada por Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero).
- BETHMANN-HOLLWEG, August von. *Der Civilprozess des gemeinen Rechts: Erster Band, der römische Civilprozess, 1, legis actiones*. Bonn: Adolph Marcus, 1864.
- _____. *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter: Dritter Band, vom zwölften bis fünfzehnten Jahrhundert*. Bonn: Adolph Marcus, 1874
- BETTI, Emilio. *Corso di Istituzioni di Diritto Romano: volume primo, parte generale, escluso il processo, anno accademico 1927-28*. Padova: CEDAM, 1928.
- _____. *Diritto processuale civile italiano*. 2.ed. Roma: Foro Italiano, 1936.
- _____. *Dovere giuridico: a) cenni storici e teoria generale*. In: Francesco CALASSO (coord.). *Enciclopedia del Diritto: volume 14*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 53-58.
- _____. *Istituzioni di diritto romano: volume primo*. 2.ed. Padova: CEDAM, 1947.
- _____. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2.ed. Torino: UTET, 1950.
- BISCARDI, Arnaldo. Cenni sulla procedura giustiniana ‘per libellos’. In: _____. *Aspetti del fenomeno processuale nell’esperienza giuridica romana*. 2.ed. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1978, p. 307-313.
- BISHOP, Richard W.; Johan LEEMAN; Hajnalka TAMAS (ed.). *Preaching after Easter: Mid-Pentecost, Ascension and Pentecost in Late Antiquity*. Leyden: Brill, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984 (Coleção *Pensamento Político*, volume 63).
- _____. *Sanzione*. In: Antonio AZARA; Ernesto EULA (dir.). *Novissimo Digesto Italiano: volume 16*. Torino: UTET, 1969, p. 530-40.
- _____. *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1958.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Comentário ao art. 341. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 2, arts. 318-538, parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95-98.

- BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*: volume primo. 4.ed. Torino: UTET, 1934.
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o Novo CPC. São Paulo: RT, 2017.
- BONS, Jeroen A. E.. Gorgias the Sophist and Early Rhetoric. In: Ian WORTHINGTON (ed.). *A Companion to Greek Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007, p. 37-46.
- BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*: volume 2. São Paulo: Saraiva, 1946.
- BORGES da ROSA, Innocencio. *Processo Civil e Comercial Brasileiro*: volume 1. Porto Alegre: Globo, 1940.
- BORTOLAI, Edson Cosac. *Da ação de prestação de contas*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- _____. Repercussões do Novo Código de Processo Civil nos procedimentos da lei de locações. In: E. J. da F. COSTA; H. V. M. SICA. *Legislação processual extravagante*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 177-206 (Coleção *Repercussões do Novo CPC*, volume 9, coordenada por Fredie Didier Jr.).
- BRAET, Antoine. Variationen zur Statuslehre von Hermagoras bei Cicero. *Rhetorica: a Journal of the History of Rhetoric*, n. 7(3), p. 239-59, 1989.
- BRAGA, Antônio Pereira. *Exegese do Código de Processo Civil*: volume 2, crítica, interpretação, jurisprudência. Rio de Janeiro: Max Limonad, s/d.
- BRAUN, Johann. *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*: Erkenntnisverfahren. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- BRAUW, Michael de. The Parts of the Speech. Ian WORTHINGTON (ed.). *A Companion to Greek Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007, p. 187-202.
- BRETONE, Mario. *Storia del Diritto Romano*. Roma/Bari: Laterza, 2012.
- BRUNETTI, Giovanni. *Norme e regole finali nel diritto*. Torino: UTET, 1913.
- BRUNNER, Heinrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*: Zweiter Band. Leipzig: Duncker & Humblot, 1892.
- BRUTAU, José Puig. Hecho jurídico. In: Carlos E. MASCAREÑAS (dir.). *Nueva Enciclopedia Jurídica*: tomo 10. Barcelona: Francisco Seix, 1960, p. 836-38.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 10, da liquidação e do cumprimento de sentença, arts. 509-538. São Paulo: Saraiva, 2018 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por José Roberto F. GOUVÊA; Luís Guilherme A. BONDIOLI e João Francisco N. da FONSECA).

- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 1, teoria geral do direito processual civil, parte geral do Código de Processo Civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 2, tomo 1, procedimento comum, ordinário e sumário. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 2, tomo 2, procedimentos especiais do Código de Processo Civil, juizados especiais. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 3, tutela jurisdicional executiva, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: volume 4, tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*: Senado Federal, PLS n. 166/2010 e Câmara dos Deputados, PL n. 8.048/2010. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, José Antônio Pimenta: v. PIMENTA BUENO, José Antônio

BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*. Giessen: Emil Roth, 1868.

BUZAID, Alfredo. Ação de consignação em pagamento (1968). In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. Ed. Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002, p. 171-81.

_____. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*: volume 2. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964.

_____. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 72 (1), p. 131-52, 1977.

_____. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 4, p. 5-24, 1964.

_____. *Paula Batista*: atualidades de um velho processualista. São Paulo, s/e, 1950.

BYDLINSKI, Unentbehrlichkeit und Grenzen methodischen Rechtsdenkens. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 188 (5), p. 447-488, 1988.

CABRAL, Antonio Vanguerve: v. VANGUERVE CABRAL, Antonio

- CADIET, Loïc; Emmanuek JEULAND. *Droit judiciaire privé*. 8.ed. Paris: LexisNexis, 2013.
- CAENEGEM, Raoul Charles van. Chapter 2: European Civil Procedure. In: Mauro CAPPELLETTI (ed.). *Civil Procedure*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1982, p. 1-115 (Coleção *International Encyclopedia of Comparative Law*, organizada pela International Association of Legal Science, volume 16).
- CALAMANDREI, Piero. Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio. *Rivista di diritto processuale*, n. 13, p. 291ss, 1936.
- _____. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice: parte prima, premesse storiche e sistematiche*. 2.ed. Padova: CEDAM, 1943.
- _____. Il processo come situazione giuridica. In: _____. *Opere giuridiche: volume primo*. Ed. Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, p. 177-86.
- CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto: I – le fonti*. Milano: Giuffrè, 1954.
- CALMON de PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 3, artigos 270 a 331*. 3.ed. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 3, artigos 270 a 331*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Da revelia do demandado*. Salvador: Progresso, 1960.
- _____. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: _____. *Ensaio e artigos: volume 2*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 205-13.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil: volume 1*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CÂMARA, José Gomes Bezerra. *Subsídios para a história do direito pátrio: tomo III, 1822-1889*. Rio de Janeiro: Brasiliana, 1966.
- _____. *Subsídios para a história do direito pátrio: tomo IV, 1889-1930*. Rio de Janeiro: Brasiliana, 1967.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo Commentado*. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & Cia, 1930.
- _____. *Do depoimento pessoal: theoria e pratica*. São Paulo: Saraiva, 1923.
- _____. *Theoria e Pratica das Acções: volume I, introdução, acção de família, acções reaes*. São Paulo: Saraiva, 1923.
- _____. *Theoria e Pratica das Acções: volume II, acções obrigatoriaes*. São Paulo: Saraiva, 1933.

- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentário ao artigo 1021. In: Teresa Arruda Alvim WAMBIER et alii (org). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2259-66.
- CAMBI, Eduardo. A inexistência do ônus da impugnação específica para o consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 129, p. 66-74, nov. 2005.
- CAMINHA. Forma das elegações judiciais. In: CAMINHA. *Tractado da forma dos libellos*. Coimbra: Antonio de Maris, 1558.
- CAMMARATA, Angelo Ermanno. Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica. In: _____. *Formalismo e sapere giuridico: studi*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 245-93.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito* [2ª edição: 1987]. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: parte prima, contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1974.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 9, tomo 1*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *L’arte del diritto*. Padova: CEDAM, 1949.
- _____. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.
- _____. *Lezioni di diritto processuale civile: volume 1, introduzione*. Padova: La Litotipo, 1926.
- _____. *Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione, volume 1*. Padova: CEDAM, 1929.
- _____. *La prova civile: parte generale, il concetto giuridico della prova*. Milano: Giuffrè, 1992.
- _____. *Progetto del Codice di Procedura Civile: parte prima, del processo di cognizione*. Padova: CEDAM, 1926.
- _____. *Sistema di diritto processuale civile: volume 1, funzione e composizione del processo*. Padova: CEDAM, 1936.
- _____. *Sistema del diritto processuale civile: volume 2, atti del processo*. Padova: CEDAM, 1938.

- _____. *Teoria Generale del Diritto*. 3.ed. Roma: Foro Italiano, 1951.
- _____. Il valore della sanzione nel diritto. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 10 (1), p. 237-48, 1955.
- CAROATÁ, José Prospero Jehovah da Silva. *Vademecum Forense*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1866.
- CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no Novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: RT, 2017.
- CARRATTA, Antonio. *Il principio della non contestazione nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1995.
- CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe Forense ou Directorio Pratico do Processo Civil Brasileiro*: tomo 1, Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850.
- CARVALHO, José Pereira de. *Primeiras linhas sobre o processo orfanologico*: parte 1. 3.ed. Lisboa: Impressão Regia, 1833.
- CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. *O Espírito do Código de Processo Civil*: comentários e críticas. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1974.
- CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código de Processo Civil Interpretado*: volume 3, artigos 180 a 262. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1940.
- CASSIRER, Ernst. *A filosofia do Iluminismo*. Campinas: UNICAMP, 1997.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 8, artigos 566 a 747. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CASTRO, Amílcar Augusto. *Das execuções de sentença no Estado de Minas Geraes*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1928.
- CASTRO, Arabela Maria Sampaio de. *Da confissão no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1981.
- CASTRO, Arthur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório*: volume 3. Coimbra: Almedina, 1982.
- CASTRO, Emmanuel Mendes de. *Practica Lusitana*. Lisboa: Apud Georgium Rodericum, 1619.
- CASTRO, Gabriel Pereira de. *Decisiones Supremi Eminentissimique Senatus Portugalliae*. Lisboa: Apud Antonium Craesbeeck de Mello, 1674.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955.

- CATAUDELLA, Antonino. Fattispecie. In: Costatino MORTATI; Salvatore PUGLIATTI (dir.). *Enciclopedia del Diritto*: volume 16. Milano: Giuffrè, 1967, 926-941.
- CAVALLARI, Bona Ciaccia. *La contestazione nel processo civile*: volume 1, la contestazione tra norme e sistema. Milano: Giuffrè, 1992.
- _____. *La contestazione nel processo civile*: volume 2, la non contestazione, caratteri ed effetti. Milano: Giuffrè, 1993.
- CEPOLLA, Bartolomeo. *Cautele Bartho. Cepol*. Lyon: Crespinus, 1535.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Appendice – Progetto di riforma del procedimento civile. In: _____. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*: volume secondo. Roma: Foro Italiano, 1931, p. 113-96.
- _____. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. In: _____. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*: volume primo. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 353-78.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3, a relação ordinária de cognição (continuação). Trad. J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945.
- _____. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*: volume 1, i concetti fondamentali, la dottrina delle azioni. 2.ed. Napoli: Jovene, 1935.
- _____. *Principii di diritto processuale civile*: le azioni, il processo di cognizione. 3.ed. Napoli: Jovene, 1923.
- CICÉRON. *Brutus*. Ed. e Trad. Jules Martha. 3.ed. Paris: Les Belles Lettres, 1960.
- _____. *Divisions de l'Art Oratoire – Topiques*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Les Belles Lettres, 1990.
- _____. *De l'invention*. Ed. e Trad. Guy Achard. Paris: Les Belles Lettres, 2018.
- _____. *L'Orateur – Du meilleur genre d'orateurs*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Les Belles Lettres, 1921.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, cf. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de
Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua: volume 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- Código de Processo Civil: histórico da lei*, volume I, tomo I. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974.
- Código de Processo Civil: histórico da lei*, volume I, tomo II. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974.
- Código do Processo do Estado da Bahia Annotado por Eduardo Espinola*. Bahia: Typ. Bahiana, 1916. 2 v..

- Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado d'El-Rey D. Philippe I.* 14ª edição. ed. Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- COING, Helmut. Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, n. 69 (1), p. 24-59, 1952.
- COLLINET, Paul. *La procédure par libelle*. Paris: Sirey, 1932.
- _____. Les P. Oxy. 1876-1882 et la procédure par libelle avant Justinien. *Revue de droit français et étranger*, Paris, n. 3, p. 720-25, 1924.
- Consolidação das Leis do Processo Civil, commentada pelo Dr. Antonio Joaquim Ribas:* volume I. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879.
- CONSOLO, Claudio. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*. 3.ed. Padova: CEDAM, 2012.
- _____. *Spiegazioni di diritto processuale civile: volume 1, le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*. 10.ed. Torino: G. Giappichelli, 2015.
- COOPER, Craig. Forensic oratory. In: Ian WORTHINGTON (ed.). *A Companion to Greek Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007.
- CORNÉLIUS NEPOS. *Oeuvres*. Ed. e Trad. Anne-Marie Guillemin. Paris: Les Belles Lettres, 1923.
- Corpus Iuris Civilis Iustiniani, cum commentariis Accursii...*: Tomus Primus, Digestum Vetus. Lyon: s.e., 1627.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CORTES, Hélio Armond Werneck. Revelia, confissão e transigência: relativamente aos direitos (indisponíveis) em o Código de Processo Civil vigente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 471, p. 26-36, jan. 1975.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da: v. LOPES da COSTA, Alfredo de Araújo
- COSTA, Eduardo José Fonseca da; Heitor Vitor Mendonça SICA. *Legislação processual extravagante*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 177-206 (Coleção *Repercussões do Novo CPC*, volume 9, coordenada por Fredie Didier Jr.).
- COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: Camilo ZUFELATO; Flávio Luiz YARSHELL (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356-80.
- COSTA, Mário Júlio de: v. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de
- COSTA, Moacyr Lobo da: v. LOBO da COSTA, Moacyr

- COSTA CRUZ, Manoel Martins da. *Curso Elementar de Prática do Processo no Civil e no Crime*. Revisto por Paulo M. de Lacerda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, 3 v..
- COUSIN, Jean. *Études sur Quintilien I: contribution à la recherche des sources de l'Institution Oratoire*. Amsterdam: P. SCHNIPPERS N. V., 1967.
- COUTO e SILVA, Clóvis V.. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 11, tomo 1, artigos 890 a 1045*. São Paulo: RT, 1977.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 11, tomo 2, artigos 1046 a 1102*. São Paulo: RT, 1982.
- _____. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- COUTURE, Eduardo Juan. El deber de las partes de decir la verdad. In: _____. *Estudios de derecho procesal: tomo 3, el juez, las partes y el proceso*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 233-58.
- _____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- _____. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil: con exposición de motivos*. Buenos Aires: DePalma, 1945.
- _____. *Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Buenos Aires: Depalma, 1983.
- COVELLO, Sergio Carlos. *Ação de alimentos*. 3.ed. São Paulo: Leud, 1992.
- CRADDOCK, Jerry R.. *The legislative works of Alfonso X, el Sabio: a critical bibliography*. London/ Wolfeboro, NH: Grant & Cutler, 1986.
- CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Dever de esclarecimento e complementação no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CRETELLA NETO, José. *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CROOK, John Anthony. *Consilium principis: imperial councils and counsellors from Augustan to Diocletian*. Cambridge: Cambridge University Press, 1955.
- CRUZ, Manoel Martins da Costa: v. COSTA CRUZ, Manoel Martins da
- CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 7, arts. 318 a 368*. São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por José Roberto F. GOUVÊA; Luís Guilherme A. BONDIOLI e João Francisco N. da FONSECA).
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 8, artigos 485 a 538*. São Paulo: RT, 2016 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por

Luiz Guilherme e coordenada por Sergio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO).

- _____. Repúdio às novas investidas da “jurisprudência defensiva”. *O Estado de São Paulo*, 25 jul. 2018. Texto disponível em: < <https://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/repudio-as-novas-investidas-da-jurisprudencia-defensiva/>> Acesso em: 18 set. 2018.
- _____; José Roberto dos Santos BEDAQUE (coord). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.
- CULLISON, Alan D.. A Review of Hohfeld’s Fundamental Legal Concepts. *Cleveland-Marshall Law Review*, Cleveland, n. 16 (3), p. 559-73, 1967.
- CUNHA FRANÇA, Feliciano da. *Additiones Aureaeque Illustrationes, ad quinque Libros Primae Partis Practicae Lusitanae Emmanuelis Mendes de Castro*: volume 1. Lisboa: Ex Typographia Josephi da Costa Coimbra, 1765.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao artigo 489. In: Teresa Arruda Alvim WAMBIER et alii (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1227-37.
- _____. *A Fazenda Pública em juízo*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- Damasi summa de ordine judiciario. In: Agathon WUNDERLICH. *Anecdota quae processum civilem spectant*. Göttingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 1841, p. 27-120.
- DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 154 a 261, dos atos e nulidades processuais. Porto Alegre: LeJur, 1985.
- DANTAS, Bruno. Comentário ao art. 341. In: Antonio do Passo CABRAL; Ronaldo CRAMER (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 544.
- DAUCHY, Serge. La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806. In: Loïc CADIET; Guy CANIVET (coord.). *1806 – 1976 – 2006 – De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Litec, 2006, p.77-89.
- DEGENKOLB, Heinrich. *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877.
- DEMARTINI, Anne-Emmanuelle. Les plaidoiries en vers au XIX^e siècle. *Francofonia*, Bologne, n. 67, p. 49-60, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. Consignação em pagamento. In: José Carlos Teixeira GIORGIS (org.). *Inovações do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 183-96.

- DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: Fredie DIDIER JR.; Dierle NUNES; Alexandre FREIRE (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 59-74 (Coleção *Grandes Temas do Novo CPC*, volume 8, coordenada por Fredie DIDIER JR.).
- Digesta Iustiniani Augusti*. Ed. Pietro BONFANTE et alii. Milano: Formis Societatis Editrices Librariae, 1931.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 1, introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.
- _____; Paula Sarno BRAGA; Rafael OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- _____; Leonardo Carneiro da CUNHA. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 3. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____; _____. Paula Sarno BRAGA; Rafael Alexandria de OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 5. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- _____; Antonio do Passo CABRAL; Leonardo Carneiro da CUNHA. *Para uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018.
- _____; Pedro Henrique Pedrosa NOGUEIRA. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Das ações típicas. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*; volume 1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 463-94.
- _____. Causa de pedir e ônus de afirmar. In: _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*: volume 2. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 929-37.
- _____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- _____. *Execução civil*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Execução civil*: a execução na teoria geral do direito processual civil. São Paulo: TY, 1973.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 1. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 2. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume 3. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. Os institutos fundamentais do direito processual. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*: volume 1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 245-98.

- _____. *A instrumentalidade do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo* (São Paulo), n. 41, p. 185-97, 1986.
- _____. Polêmicas do processo civil. In: Cândido Rangel DINAMARCO. *Fundamentos do processo civil moderno*: volume 1. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, vol. I, p. 97-112.
- _____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*: volume 1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-28.
- _____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Vocabulário do Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____; Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DINAMARCO, Pedro da Sillva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2007.
- DÖLLE, Hans. Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n. 34, 3/4, p. 403-410, 1970.
- DOMIT, Otávio Augusto dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*. São Paulo: RT, 2016.
- DUARTE NAZARETH, Francisco José. *Elementos do Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1863.
- DUFOUR, Médéric. Introduction. In: ARISTOTE. *Rhétorique*: tome premier, livre I. Ed. Médéric Dufour. Paris: Les Belles Lettres, 1932, p. 5-25.
- DURANTE, Vincenzo. Onere. In: Bruno PARADISI (dir.). *Enciclopedia Giuridica*: volume 24, obbligazione-ordine. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 2007, p. 1-10.
- DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. 2.ed. Rio de Janeiro: Padma, 2004.
- DWORKIN, Ronald. The Model of Rules I. In: IDEM. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: RT, 2016.
- EKELÖF, Per Olof. Free evaluation of evidence. *Studies in Scandinavian Law*, Stockholm, n. 8, p. 47-66, 1964.

- ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 8.ed. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1983.
- _____. *Logische Studien zur Gesetzanwendung*. 3.ed. Heidelberg: Carl Winter, 1963.
- ERNOUT, Alfred; Antoine MEILLET. *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*. 3.ed. Paris: Klincksieck, 1951.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 8, tomo 3, artigos 890 a 945*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- _____. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: _____. *Ensaaios de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33-53.
- FALZEA, Angelo. Fatto giuridico. In: Costantino MORTATI; Salvatore PUGLIATTI (dir.). *Enciclopedia del Diritto*: volume 16. Milano: Giuffrè, 1967, p. 941-50.
- _____. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milano: Giuffrè, 1939.
- FARIA, Bento de. *Código Commercial Brasileiro Annotado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912.
- FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT, 2017.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996.
- FERNANDES, Francisco. *Dicionário Brasileiro Contemporâneo Ilustrado*. 2.ed. Porto Alegre: Globo/Melhoramentos, 1967.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. In: S. FERRAZ (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 7-37.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA, José Dias. *Código de Processo Civil Annotado: tomo I*. Lisboa: Typographia Lisbonense, 1887.
- FERREIRA, Pinto. *Da resposta do réu*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: Marcos Félix JOBIM; William Santos FERREIRA. *Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 369-86 (Coleção *Grandes Temas do Novo CPC*, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 5).
- FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 14, dos procedimentos especiais, artigos 982 a 1102c*. São Paulo: RT, 2000.

- FORMIGA, Armando Soares de Castro. *Periodismo jurídico no Brasil do século XIX: história do direito em jornais e revistas*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*. Paris: Gallimard, 1966.
- FOWLER-MAGERL, Linda. *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum: from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century*. Turnout: Brepols, 1994 (Coleção *Typologie des sources du moyen âge occidental*, volume 63).
- FRAGA, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil: tomo II*. São Paulo: Saraiva, 1940.
- _____. *Theoria e pratica na execução das sentenças*. São Paulo: C. Teixeira & C., 1922.
- FRANÇA, Feliciano da Cunha: v. CUNHA FRANÇA, Feliciano da
- FRANCO, João Nascimento. *Ação renovatória*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Manual prático da ação revisional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil: volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil: volume 2*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil: volume 3*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil: volume 1, teoria geral do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- _____. Regulamento No. 737 de 1850. *O Estado de São Paulo*, 17 de agosto de 1958.
- FREIRE, Paschoal José de Mello: v. MELLO FREIRE, Paschoal José de
- FREITAS, José Lebre de: v. LEBRE de FREITAS, José
- FRIEDBERG, Emil (ed.). *Quinque Compilationes Antiquae, necnon Collectio Canonum Lipsiensis*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1882.
- FRUS, Giorgio. Note sull'onere del convenuto di 'prendere posizione' nel processo del lavoro. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 45 (1), p. 63-103, mar. 1991
- Fuero juzgo en latin y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códigos, por la Real Academia Española*. Madrid: Ibarra, 1815.
- GADAMER, Hans-Georg. On the Circle of Understanding. In: John M. CONNOLLY; Thomas KEUTNER; Hans-Georg GADAMER (org.). *Hermeneutics versus science? Three German views*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988, p. 68-78

- _____. *Truth and Method*. 2.ed. Trad. Joel Weinsheimer e Donald G. Marshall. New York: Continuum, 1989.
- GAGARIN, Michael. Background and Origins: oratory and rhetoric before the sophists. In: Ian WORTHINGTON (ed.). *A Companion to Greek Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007, p. 27-36.
- GAIUS. *Institutes*. Ed. e Trad. Julien Reinach. Paris: Les Belles Lettres, 2003.
- GAMA, Affonso Dionysio. *Inventarios e partilhas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1926.
- GAMA BARROS, Henrique da. *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*. 2.ed. dirigida por Torquato de Sousa Soares. Lisboa, Sá da Costa, 1945-54, 11 v..
- GAMMA, Antonio da. *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae*. Antwerpen: Apud Joannem Baptistam Verussen, 1683.
- GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil: volume 1*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- _____; Paulo PIMENTA; Luís Filipe Pires de SOUSA. *Código de Processo Civil Anotado: volume 1, parte geral e processo de declaração, artigos 1º a 702º*. Coimbra: Almedina, 2018.
- GERI, Lina Bigliuzzi. *Oneri reali e obbligazioni propter rem*. Milano: Giuffrè, 1984 (Coleção *Trattato di diritto civile e commerciale*, volume 11, 3, dirigida por L. MENGONI).
- GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.
- GLARE, Peter G. W. (ed.). *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1925.
- _____. *Zivilprozessrecht*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1929.
- GOMES, Alexandre Caetano. *Manual Pratico, Juicial, Civel, e Criminal*. Lisboa: Na Oficina de Caetano Ferreira da Costa, 1766.
- GOMES da SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000.
- GOUVEA, Lúcio Soares Teixeira de. Código do Processo Criminal: proposta do governo apresentada em sessão de 20 de maio de 1829. In: A. P. PINTO (ed.). *Annaes do Paralemento Brasileiro: Camara dos Srs. Deputados, Quarto Anno da Primeira Legislatura, sessão de 1829*. Rio de Janeiro: Typographia H. J. Pinto, 1877, p. 111-29.

- Gratiae Aretini de iudiciario ordine. In: *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*. Ed. Friedrich Bergmann. Göttingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 1842, p. 317-384.
- GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: volume 1, introdução ao direito processual civil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *Instituições de Processo Civil: volume 2, processo de conhecimento*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *O processo de execução: volume 2*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.
- GRENFELL, Bernard Pyne; Arthur S. HUNT; Harold Idris BELL. *The Oxyrrhynchus Papyri: volume 16*. London: Egypt Exploration Society, 1924.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- _____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Buschatsky, 1975.
- GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo Civil e Commercial: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 1921.
- _____. *Processo Civil e Commercial: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 1924.
- GUSMÃO, Helvecio de. *Código do Processo Civil e Commercial para o Districto Federal: mandado executar pel Dec. n. 16.752, de 31 de dezembro de 1924, anotado com a Doutrina, as legislações federal e estadual e com a Jurisprudência dos Tribunaes*. Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1931.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HARRIS, Roy. *Saussure and his interpreters*. 2.ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Bentham on Legal Powers. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 81, p. 799-822, 1971-72.
- _____. HART. *The Concept of Law*. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HAWHEE, Debra. *Bodily Arts: rhetoric and athletics in Ancient Greece*. Austin: University of Texas Press, 2004.
- HECK, Philipp. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. In: IDEM: *Das Problem der Rechtsgewinnung – Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz* –

- Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz.* Ed. Roland Dubischar. Bad Homburg vor der Höhe/Berlin/Zürich: Gehlen, 1968, p. 142-212.
- _____. *Gesetzesauslegung und Begriffsjurisprudenz.* In: IDEM. *Das Problem der Rechtsgewinnung – Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz – Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz.* Ed. Roland Dubischar. Bad Homburg vor der Höhe/Berlin/Zürich: Gehlen, 1968, p. 46-141.
- HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts:* Band 2. Leipzig: A. Deichert, 1907.
- HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta:* relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- HERCULANO, Alexandre. *História de Portugal:* desde o começo da moarchia até o fim do reinado de Affonso III. 8.ed. Lisboa/Rio de Janeiro: Bertrand/Paulo de Azevedo, s/d, 8 v..
- _____. (ed.). *Portugaliae Monumenta Historica:* tomo II, leges et consuetudines. Lisboa: Typis Academicis, 1856.
- HESPANHA, António Manuel. *O Direito dos Letrados no Império Português.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- HEUMANN, Hermann Gottlieb; Emil SECKEL. *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts.* 9.ed. Jena: Gustav Fischer, 1926.
- HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A era das revoluções.* Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- HOHFELD, Wesley Northcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.* *Yale Law Journal*, n. 26, p. 710-70.
- _____. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays.* Ed. Walter Wheeler Cook. New Haven: Yale University Press, 1923.
- _____. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.* *Yale Law Journal*, New Haven, n. 23, p. 16-59, 1913.
- HORN, Christoph; Dieter SCHÖNECKER (ed.). *Groundwork for the Metaphysics of Morals.* Berlin/New York: De Gruyter, 2006.
- HOUAISS, Antonio; Mauro de Salles VILLAR; Francisco Manoel de MELLO FRANCO. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- Incerti auctoris ordo iudiciorum (Ulpianus de edendo).* Ed. Gustav Haenel. Leipzig: Sumptibus I. C. Hinrichsii, 1838.
- IRTI, Natalino. *Due saggi sul dovere giuridico: obbligo-onere.* Napoli: Jovene, 1973.

- JAKOBSON, Roman. Linguística e poética. In: IDEM. *Linguística e Comunicação*. 19.ed. Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 118-61..
- JAUERNIG, Othmar; Burkhard HESS. *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*. 30.ed. München: C. H. Beck, 2011.
- JOUSSE, Daniel. *Nouveau Commentaire sur L'Ordonnance Civile du mois d'avril 1667: tome premier*. Paris: Debure, 1769.
- JUNQUEIRA de AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, 1986. Tese (Titular em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- _____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KANT, Immanuel. *Fondements de la métaphysique des moeurs*. Trad. Victor Delbos. Poitiers: Delagrave, 1979.
- _____. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. In: _____. *Kritik der praktischen Vernunft – Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 21.ed. Berlin: Suhrkamp, 2014, p. 7-102 (Coleção *Immanuel Kant – Werkausgabe*, volume 7, editada por Wilhelm Weischedel).
- _____. Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral. In: _____. *Vorkritische Schriften bis 1768 – 2*. 11.ed. Berlin: Suhrkamp, 2012, p. 739-73 (Coleção *Immanuel Kant – Werkausgabe*, volume 2, editada por W. WEISCHEDEL).
- KASER, Max; HACKL, Karl. *Das römische Zivilprozessrecht* [1966]. 2.ed. München: C.H. Beck, 1996.
- KAULBACH, Friedrich. *Immanuel Kants 'Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 2.ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1996.
- KELSEN, Hans. Causality and Retribution. *Philosophy of Science*, Chicago, n. 8 (4), p. 533-56.
- KENNEDY, George Alexander. *A New History of Classical Rhetoric*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- _____. The Earliest Rhetorical Handbooks. *The American Journal of Philology*, n. 80 (2), p. 169-78, 1959.
- KERESZTES, Paul. Tertullian's Apologeticus: a historical and literary study. *Latomus*, Bruxelles, n. 25 (1), p. 124-33, 1966.
- KLEIN, Franz. *Pro Futuro: Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Oesterreich*. Leipzig/Vienna: Franz Deuticke, 1981.
- KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan.-fev. 2001

- KOCHEM, Ronaldo. Da contestação no novo Código de Processo Civil de 2015: aspectos relevantes. In: Lucas Buril de MACEDO; Ravi PEIXOTO; Alexandre FREIRE (org.). *Procedimento Comum*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 206-223 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, volume 2, coordenada por Fredie DIDIER JR).
- KOERNER, Ernst Frideryk Konrad. *Ferdinand de Saussure*: génesis y evolución de su pensamiento en el marco de la lingüística occidental, contribución a la historia y a la teoría lingüística. Trad. Graciela García Montaña. Madrid: Gredos, 1982.
- KOHLER, Joseph. *Der Prozess als Rechtsverhältnis*: Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses. Mannheim: J. Bensheimer, 1888.
- KOLLER, Hermann. Die dihäretische Methode. *Glotta*, 39,1/2, 1961, p. 6-24
- KUNKEL, Wolfgang. *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*. Weimar: Hermann Böhlaus Nachfolger, 1952.
- LAMY, Eduardo de Avelar; Pedro Henrique RESCHKE. Comentário ao art. 80. In: Antonio do Passo CABRAL; Ronaldo CRAMER (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145-47.
- LANGE, Hermann. *Römisches Recht im Mittelalter*: Band I, Die Glossatoren. München: Beck, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.
- LAUSBERG, Heinrich. *Elementos de Retórica Literária*. 6.ed. Trad. R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.
- LEBRE de FREITAS, José. *A acção declarativa comum: à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *A acção declarativa comum: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 4.ed. Coimbra: Gest Legal, 2017.
- _____. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- _____; Isabel ALEXANDRE. *Código de Processo Civil Anotado*: volume 2, artigos 362º a 626º. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- Leis Extravagantes e Repertório das Ordenações de Duarte Nunes do Lião*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1987.
- LEITÃO, Arthur de Freitas. *Notas ao Processo Civil e Commercial*: Regulamento n. 737, de 1850. 2.ed. São Paulo: C. Teixeira & Cia, 1928.
- LENEL, Otto. *Palingenesia iuris civilis*: volume 1. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1889.
- LENT, Friedrich. Obblighi e oneri nel processo civile. Trad. Marco De Stefano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 9 (1), p. 150-58, 1954.

- LEIPOLD, Dieter. Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung. *Zeitschrift für Zivilprozess*, n. 93(3), p. 237-65, ago. 1980.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.
- Lettres de Pline le Jeune suivies du Panégyrique de Trajan*. Paris: Ernest Flammarion, s/d..
- LEVI, Giulio. *Fatto e diritto*. Milano: Giuffrè, 2002.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *Recherches sur les actions de la loi*. Paris: Sirey, 1960.
- LIDDELL, Henry G.; Robert SCOTT; Henry Stuart JONES. *A Greek-English Lexicon: volume 1*. 9.ed. Oxford: The Clarendon Press, 1948.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. 2.ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. Il nuovo 'Codigo de processo civil' brasiliano. In: E. T. LIEBMAN. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962, p. 483-89.
- _____. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale. In: IDEM. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 132-46.
- _____. *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1978.
- LIMA, Alcides de Mendonça: v. MENDONÇA LIMA, Alcides de
- LIMA, Herotides da Silva. *Código de Processo Civil Brasileiro: volume I, arts. 1 a 297*. São Paulo: Saraiva, 1940.
- LISBOA, Celso Anicet. *A nova Lei de Locações sob o enfoque processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- LITEWSKI, Wieslaw. *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach dem älteren ordines iudicarii*. Krákov: Jagiellonian University Press, 1999, 2 v.
- LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. *Segundas linhas sobre o processo civil, ou antes addições às primeiras do Bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa: parte primeira [1817]*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.
- _____. *Tractado pratico compendiario de todas as acções summarias, sua indole, e natureza em geral, e em especial*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1842.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOBO da COSTA, Moacyr. *Assistência*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*. São Paulo: RT/Edusp, 1970.
- _____. *Confissão e reconhecimento do pedido*. São Paulo: Saraiva, 1983.

- _____. Pereira e Sousa e o direito processual. *Revista de Processo* (São Paulo), n. 26, p. 132-39, abr./jun. 1982.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2, arts. 70 a 118. São Paulo: Saraiva, 2017 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por José Roberto F. GOUVÊA; Luís Guilherme A. BONDIOLI e João Francisco N. da FONSECA).
- LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 87-108, jan.-mar. 1979.
- _____; Maria Elizabeth de Castro LOPES. Ampla defesa na execução civil. In: José Manoel de ARRUDA ALVIM et alii (coord.). *Execução Civil e Temas Afins*: do CPC/1972 ao Novo CPC, estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: RT, 2014, p. 570-76.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*: lições introdutórias. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império. *Cadernos Direito GV*, Rio de Janeiro, n. 5 (6), p. 7-70, 2007.
- _____. *História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX*. Curitiba: Juruá, 2017.
- LOPES da COSTA, Alfredo de Araújo. *Da citação no processo civil*: volume 1. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, 1927.
- _____. *Direito Processual Civil Brasileiro (Código de 1939)*: volume 2. 2.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.
- LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- _____. Teoria da Relação Jurídica. Trad. Alcides Tomasetti Jr. Mimeografado.
- LÜNIG, Johann Christian (ed.). *Codex Augusteus oder neuvermehrtes Corpus Juris Saxonici*. Leipzig: Johann Friedrich Gleditschens seel. Sohn, 1724.
- MACEDO, Antonio de Sousa de. *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae*. Coimbra: Apud Ludovicum Seco Ferreyra, 1734.
- MACHADO, Diogo Barbosa. *Bibliotheca Lusitana*: histórica, crítica e cronológica, tomo III. Lisboa: Ignacio Rodrigues, 1752.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 13, artigos 674 a 718, dos embargos de terceiro até da restauração de autos. São Paulo: Saraiva, 2017, (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada por José Roberto F. Gouvêa, Luís Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca).

- MAIA, José Antonio da Silva. *Projecto de Lei da Forma do Processo Civil nos Juízos de Primeira Instância, ou Primeira Parte do Código do Processo Civil*: oferecido à Camara dos senhores deputados na sessão de 1828. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829.
- MAIORCA, Carlo. Fatto giuridico – Fattispecie. In: Antonio AZARA; Ernesto EULA (dir.). *Novissimo Digesto Italiano*: volume 7. Torino: UTET, 1961, p. 111-33.
- MALATESTA, Niccolò Framarino dei. *Lógica de las pruebas en materia criminal*: volume 1. 2.ed. Trad. de Simón Carrejo. Bogotá: Temis, 1978.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: Fredie DIDIER JR; Eduardo JORDÃO (coord.). *Teoria do Processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 541-74.
- _____; Sergio Cruz ARENHART; Daniel MITIDIERO. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2.ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____; _____. *Novo Curso de Processo Civil*: volume 2, tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015.
- _____; _____. *Novo Curso de Processo Civil*: volume 3, tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: RT, 2015.
- _____; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 4, artigos 294 a 333. São Paulo: RT, 2016 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme Marinoni e coordenada por Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero).
- _____; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 6, artigos 369 a 380. São Paulo: RT, 2016, p. 298-300 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme Marinoni e coordenada por Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero).
- _____; _____. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: RT, 2015.
- _____; Daniel MITIDIERO. *Ação Rescisória*: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: RT, 2017.
- _____; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 16, artigos 976 a 1044. São Paulo: RT, 2016.
- _____; _____. *O Projeto do CPC*: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.

- MARMITT, Arnaldo. *Consignação em pagamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1990.
- MARNIER, Ange-Ignace. *Établissements et coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie, au XIII^e siècle: 1207-1245, d'après le manuscrit F.2 de la Bibliothèque Sainte-Geneviève*. Paris: Techener, 1839.
- MARQUES, José Frederico: v. FREDERICO MARQUES, José
- MARTINS, Antonio Carlos G.. *Dos embargos de segunda fase: aspectos relevantes*. São Paulo: Leud, 2000.
- MARTINS, Octavio. *Inventarios e partilhas*. Uberaba: Livraria Jardim, 1925.
- MARTINS, Pedro Batista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1941.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 2, artigos 133 a 215*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MASPERO, Jean. *Papyrus Grecs d'Époque Byzantine: tome troisième, n^{os} 67279-67359*. Le Caire: Imprimerie de l'Institut Français d'Archéologie Orientale, 1916 (Coleção *Catalogue Général des Antiquités Égyptiennes du Musée du Caire*, sob a organização do Service des Antiquités de l'Égypte).
- MATTIROLO, Luigi. *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano: volume 2*. 5.ed. Torino: UTET, 1933.
- MATTOSO, José; Armindo de SOUSA. *A monarquia feudal: 1096-1480*. Lisboa: Estampa, 1997 (Coleção *História de Portugal*, dirigida por José Mattoso, volume 2).
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões: volume 3*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1943.
- _____. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 7.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1961.
- MAZZACANE, Enio. *La litis contestatio nel processo civile canonico*. Napoli: Jovene, 1954.
- MAZZINI, Giuseppe. *Doveri dell'uomo*. Firenze: Vallecchi, 1921.
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9.ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: RT, 2015.
- MELLO, Felipe Viana de. O reconhecimento da aplicabilidade da teoria do ônus dinâmico no processo civil brasileiro. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 139, p. 32-43, out. 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. Breves considerações acerca da crítica de Jan Peder Schmidt à concepção de Pontes de Miranda dos planos do mundo jurídico. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, n. 12, p. 189-95, maio/ago. 2016.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO FREIRE, Paschoal José de. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular: livro segundo, do direito das pessoas*. Trad. Francisco Pereira Freire. Pernambuco: Typ. de Pinheiro & Faria, 1834.

_____. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular: livro terceiro, do direito das cousas*. s/l: s/e, s/d.

_____. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular* [contém os títulos X a XIV do livro III e os títulos I a V do livro IV]. Trad. Manoel Correa Lima. Pernambuco: Typographia de Santos & Companhia, 1839.

_____. *Instituições de Direito Civil Lusitano tanto publico, como particular: livro quarto, das obrigações e acções* [contém os títulos VI a seguintes, correspondentes às “acções”]. Trad. Jozé Nicolau Regueira Costa. Pernambuco: Typ. Fidedigna de J. N. de Mello, s/d.

_____. *Institutiones iuris civilis lusitani cum publici tum privati: liber IV, de obligationibus et actionibus* [1794]. Coimbra: Ex typis academicis, 1853.

MENDES JUNIOR, João. Artigos – articulados [1ª parte]. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, n. 4, p. 299-311, 1896.

_____. Artigos – articulados [2ª parte]. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, n. 7, p. 81-99, 1899.

_____. *Direito Judiciario Brasileiro*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1910.

_____. *Direito Judiciario Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 1994.

_____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

_____. A nova sistemática das exceções. In: _____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 43-76.

_____. A nova sistemática dos embargos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 474, p. 11-20, abr. 1975.

_____. A primazia do Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul. In: _____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 301-07.

- _____. *Probidade processual e finalidade do processo*. Uberaba: Vitória, 1978.
- MESQUITA, Abaeté de Paula. Ônus da impugnação específica é ferramenta importante. *Conjur*, 11 mai. 2006. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2006-mai-11/onus_impugnacao_especifica_ferramenta_importante> Acesso em: 20 set. 2018.
- MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989.
- _____. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966.
- MIGLIORINI, Bruno; Aldo DURO. *Prontuario etimologico della lingua italiana*. 2.ed. Torino: G. B. Paravia & Comp., 1953.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2.ed. São Paulo: RT, 2013.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de: v. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 3.ed. São Paulo: RT, 2015.
- MONATERI, Pier Giuseppe. Fattispecie. In: *Digesto delle Discipline Civilistiche: sezione civile*, volume 8. Torino: UTET, 2007, p. 223-27.
- MONIZ de ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 2, artigos 154 a 269*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MONTEIRO, João. *Programma do Curso de Processo Civil: II volume, do processo ordinario, 1ª parte*. São Paulo: Companhia Industrial de São Paulo, 1900.
- MORAES SILVA, Antonio. *Diccionario da Lingua Portuguesa: tomo primeiro*. Lisboa: Typographia Lacerdina, 1813
- MOREIRA, José Carlos Barbosa: v. BARBOSA MOREIRA, José Carlos
- MOURA, Mario de Assis. *Formulario Forense Civel e Commercial: de accordo com a legislação processual do paiz*. São Paulo: Saraiva. 1932.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1985.
- MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. 6.ed. München: C.H. Beck, 2002.
- NADEAU, Ray. Classical Systems of Stases in Greek: Hermagoras to Hermogenes. *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, Durham, n. 2 (1), p. 53-71, 1959.
- NAVARRO, Antonio Caetano Seve. *Prática do Processo Civil Comparado com o Commercial*. Recife: Universal, 1868.

- NAVES, Cândido. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 6, artigos 465 a 523. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- NAZARETH, Francisco José Duarte: v. DUARTE NAZARETH, Francisco José
- NERO, João Alberto Schutzer del. Considerações sobre a eficácia do registro, efetuado em registro público material e territorialmente competente, de negócios jurídicos de obrigação e de certos negócios jurídicos de disposição. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* (São Paulo), n. 166-67, p. 219-71, 2013-14.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*: processo civil, pena e administrativo. 11.ed. São Paulo: RT, 2013
- _____; Rosa Maria de Andrade NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Anotado*. 5.ed. Lisboa: Petrony, 1983
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *A Academia de São Paulo*: tradições e reminiscências, estudantes, estudantões, estudantadas, quinta série. São Paulo: Vanorden, 1908.
- NORMAND, Claudine. *Saussure*. 2.ed. Paris: Les Belles Lettres, 2004.
- NÖRR, Knut Wolfgang. Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess. In: Helmut COING (ed.). *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*: Band I, Mittelalter. München: C.H. Beck, 1973, p. 383-397.
- OLIVEIRA, Aldemir. *A contestação do réu no processo ordinário*: defesas diretas e indiretas contra o processo e sua área de circunfluência. São Paulo: Julex, 1988.
- OLIVEIRA FILHO, Candido de. *Pratica Civil*: formulario dos actos mais importantes do Codigo Civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro Candido de Oliveira, 1927-44, 16 v..
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de: v. ALVARO de OLIVEIRA, Carlos Alberto
- OLIVER, D. T.. Roman Law as Illustrated in Pliny's Letters. *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, n. 4 (2), p. 153-63, 1931.
- Ordenações Afonsinas*: livro III. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.
- Ordenações Manuelinas*: livro III. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

- Ordo judicarius. In: F. KUNSTMANN. Ueber den ältesten Ordo judicarius. *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, München, n. 2, 1855, p. 10-29.
- Der ordo iudicarius des Aegidius de Fuscarariis. In: Ludwig Wahrmund (ed.). *Quellen zur Geschichte der römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*: III. Band. I. Heft (Halbband). Innsbruck: Verlag der Wagnerschen K. K. Universitäts-Buchhandlung, 1916.
- Der ordo iudicarius des Codex Bambergensis*. Ed. Johann Friedrich Ritter von Schulte. Wien: Karl Gerold's Sohn, 1872.
- Der ordo judicarius 'Scientiam'. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter*: II. Band, I. Heft. Innsbruck: Wagnerischen K. K. Universitäts-Buchhandlung, 1913.
- Ordonnance de Louis XIV Roy de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye au mois d'Avril 1667*. Paris: Chez les Associez choisis par ordre de sa maiesté pour l'impression de ses nouvelles Ordonnances, 1667.
- D'ORS, Alvaro (ed.). *El Código de Eurico*. 2.ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2014.
- PABST, Haroldo. *Natureza jurídica dos embargos do devedor*. São Paulo: RT, 1986
- PACHECO, José da Silva. *Curso Teórico-Prático do Processo Civil*: volume 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.
- _____. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*: desde as origens até o advento do novo milênio. 2.ed. São Paulo: Renovar, 1999.
- _____. *Tratado das execuções*: volume 3, incidentes da execução. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011.
- PAIVA, Ana Maria Alves de Oliveira e. *Fernandes e Aurélio*: um estudo comparativo de duas obras lexicográficas. Dissertação de Mestrado em Estudos em Linguística e Linguística Aplicada, Universidade Federal de Uberlândia, 2005.
- PALAIA, Nelson. *Técnica da contestação*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- PARIZATTO, João Roberto. *Da contestação e da revelia*: doutrina, jurisprudência, prática forense. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- PARTOENS, Gert; Anthony DUPONT; Shari BOODTS (ed.). *Praedicatio Patrum*: studies on preaching in Late Antique North Africa. Turnhout: Brepols, 2017.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de: v. CALMON de PASSOS, José Joaquim
- PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de theoria e pratica do processo civil*. Recife: Typographia Universal, 1855.

- PAULSON, Stanley L.. Introduction. In: Stanley L. PAULSON; Bonnie Litschewski PAULSON. *Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian themes*. Oxford: Clarendon Press, p. xxiii-liii.
- PAVAN, Dorival Renato. Comentário ao art. 525. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 2, artigos 318 a 538, parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 694-724.
- PEGAS, Emmanuel Álvares. *Commentaria ad Ordinationes Potentissimi Regni Portugalliae: tomus decimus quintus*. Lisboa: Typis Patriarchalibus Francisci Ludovici Ameno, 1759.
- _____. *Resolutiones forenses practicabiles: pars secunda*. Lisboa: Ex Typographia Michaelis Deslandes, 1682.
- PENNER, Todd; Caroline Vander STICHELE. Rhetorical Practice and Performance in Early Christianity. In: Erik GUNDERSON (ed.). *The Cambridge Companion to Ancient Rhetoric*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 245-60.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Anteprojeto de Código de Obrigações*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964.
- PEREIRA e SOUSA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil: tomo I*. Lisboa: Na Offic. de Joaquim Rodrigues d'Andrade, 1813.
- _____. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civi accommodadas ao Fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas: tomo 1*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1879.
- PETERS, Egbert. Comentário ao §138. In: Gerhard LÜKE; Alfred WALCHSHÖFER. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Band 1, §§ 1-354*. München: Beck, 1992, p. 991-997.
- PHILIP, James A.. Platonic diairesis. *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, n. 97, p. 335-58, 1966.
- PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1850.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 3, artigos 270 a 331 e 444 a 475*. São Paulo: RT, 1975.
- PINELI, Arii. *Ad Rubricam et L. II. C. de Rescindenda Venditione*. Frakfurt: Ex officina Typographica Nicolai Bassaei, 1597.
- PINHEIRO, Francisco Batista Marques. *Jurisprudencia commercial: collecção de todas as sentenças proferidas em gráo de revista pelo Supremo Tribunal de Justiça e accordãos revisores dos Tribunnaes do Commercio*. Rio de Janeiro: Typographia do Apostolo, 1870.

- PINHO, Humberto dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*: volume 2. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota: v. MOTA PINTO, Carlos Alberto da
- PINTO, José Maria Frederico de Souza: v. SOUZA PINTO, José Maria Frederico de
- PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 2014.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6.ed. Napoli: Jovene, 2014.
- PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. Defesas do executado no cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia (Lei nº 11.232/05) e na execução de títulos extrajudiciais (Lei nº 11.382/06) – visão comparativa. In: Carlos Alberto CARMONA. *Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil*: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Atlas, 2007, p. 85-107.
- PLÁCIDO e SILVA, Oscar Joseph de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Curitiba/São Paulo/Rio de Janeiro: Guaíra, 1940.
- PLATON. *Oeuvres complètes*: tome III, 2^e partie, Gorgias – Menon. Ed. e trad. Alfred Croiset. 2.ed. Paris: Les Belles Lettres, 1935.
- _____. *Oeuvres complètes*: tome IV, 3^e partie, Phèdre. Ed. e trad. Léon Robin. Paris: Les Belles Lettres, 1947.
- _____. *Oeuvres complètes*: tome VIII, 2^e partie, Théétète. Ed. e trad. Auguste Diès. Paris: Les Belles Lettres, 1965.
- _____. *Oeuvres complètes*: tome VIII, 3^e partie, Le Sophiste. Ed. e trad. Auguste Diès. Paris: Les Belles Lettres, 1963.
- _____. *Oeuvres complètes*: tome IX, 1^{re} partie, Le Politique. Ed. e trad. Auguste Diès. Paris: Les Belles Lettres, 1960.
- _____. *Oeuvres complètes*: tome IX, 2^e partie, Philèbe. Ed. e trad. Auguste Diès. Paris: Les Belles Lettres, 1949.
- PLINE LE JEUNE. *Lettres*: tome I^{er}, livres I-III. 4.ed. Ed. e Trad. Anne-Marie Guillemin. Paris: Les Belles Lettres, 1961.
- _____. *Lettres*: tome II, livres IV-VI. 2.ed. Ed. e Trad. Anne-Marie Guillemin. Paris: Les Belles Lettres, 1962.
- _____. *Lettres*: tome III, livres VII-IX. 2.ed. Ed. e Trad. Anne-Marie Guillemin. Paris: Les Belles Lettres, 1959.
- POHLE, Rudolf. Rezension. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 155 (2), p. 165-80, 1956.
- POMIAN, Krzysztof. *L'Ordre du Temps*. Paris: Gallimard, 1984.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, artigos 1º a 152. Rio de Janeiro: Forense, 1947.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, artigos 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 3, artigos 161 a 272. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 4, artigos 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo 13, artigos 890 a 981. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. Parecer n. 52. In: _____. *Dez Anos de Pareceres*: volume 3. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, p. 46-49.
- _____. Parecer n. 280. In: _____. *Dez Anos de Pareceres*: volume 10. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 378-95.
- _____. *Tratado das ações*: tomo 2, ações declarativas. São Paulo: RT, 1971.
- _____. *Tratado das ações*: tomo 5, ações condenatórias. São Paulo: RT, 1974.
- _____. *Tratado de Direito Privado*: tomo 1, parte geral, introdução, pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: RT, 2012.
- _____. *Tratado de Direito Privado*: tomo 4, parte geral, validade, nulidade, anulabilidade. São Paulo: RT, 2012.
- _____. *Tratado de Direito Privado*: tomo 5, parte geral, eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. São Paulo: RT, 2012.
- PUOLI, José Carlos Baptista. Comentário ao artigo 550. In: Cassio Scarpinella BUENO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 539 a 925, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32-38.
- _____. Comentário ao art. 704. In: Cassio Scarpinella BUENO. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 3, artigos 539 a 925, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 360.
- [QUINTILIAN.] *The Lesser Declamations*: volume 1. Ed. e Trad. D. R. Shackleton Bailey. Cambridge, Ma/London: Harvard University Press, 2006.
- QUINTILIEN. *Institution Oratoire*: tomo II, livres II et III. Ed. e Trad. Jean Cousin. Paris: Les Belles Lettres, 1976.
- QUINTILIEN. *Institution Oratoire*: tome III, livres IV et V. Ed. e Trad. Jean Cousin. Paris: Les Belles Lettres, 1976.

- QUINTILIIEN. *Institution Oratoire*: tome IV, livres VI et VII. Ed. e Trad. Jean Cousin. Paris: Les Belles Lettres, 1977.
- RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. Social sanctions. In: _____. *Structure and Function in Primitive Society*. London: The Free Press, 1965, p. 205-11.
- RADIN, Max. A Restatement of Hohfeld. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 51 (7), p. 1141-64, 1938.
- RAMALHO, Joaquim Ignacio. *Postillas de Pratica*: collecção completa das licções de Pratica do anno de 1865, precedidas de cinco licções de Hemeneutica Jurídica e seguidas de dez de Processo Criminal, inteiramente correctas. 2.ed. São Paulo: Typographia Americana, 1872.
- _____. *Practica civil e commercial*. São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861.
- _____. *Praxe Brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869.
- RAMOS, Joaquim José Pereira da Silva. *Manual Pratico do Processo Commercial*: tomo I. 2.ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1864.
- RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. In: L. B. de MACEDO; R. PEIXOTO; A. FREIRE (org.). *Provas*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 263-82. (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 3).
- _____. *Ônus da prova no processo civil*: do ônus ao dever de provar. São Paulo: RT, 2015 (Coleção *O novo processo civil*, dirigida por Luiz Guilherme MARINONI).
- REIS, José Alberto dos: v. ALBERTO dos REIS, José
- Remains of Old Latin*: III, Lucilius, Laws of the Twelve Tables. Ed. e Trad. E. H. Warmington. London/ Cambridge, Ma: William Heinemann/Harvard University Press, 1941 (Coleção *The Loeb Classical Library*, volume 329, editada por L. A. Post e E. H. Warmington).
- RENDON, José Arouche de Toledo. *Elementos de Processo Civil, precedidos de instruções para os juízes municipais*. São Paulo: Typographia do Governo, 1850.
- REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- van RHEE, Cornelis Hendrik. The Influence of the French Code de Procédure Civile (1806) in 19th Century Europe. In: Loïc CADIET; Guy CANIVET (coord.). *1806 – 1976 – 2006 – De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Litec 2006, p. 129-65.
- _____. Introduction. In: _____. (ed.). *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2005, p. 3-23.

- Die Rhetorica Ecclesiastica. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter*: I. Band, IV. Heft. Innsbruck: Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, 1906.
- Rhétorique à Hérennius*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Librairie Garnier Frères, 1932.
- RIBEIRO, Armando Vidal Leite. *Consolidação das Disposições Referentes ao Processo Civil e Commercial da Justiça Local do Districto Federal*: vigentes em 31 de julho de 1913. Rio de Janeiro: Graphics da S.A. Progresso, 1913.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário ao art. 7º. In: C. S. BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, artigos 1º a 317 – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109-15.
- RIBEIRO [dos SANTOS], Jacinto. *Dos Libellos (Tratado da Forma dos Libellos do licenciado Gregorio Martins Caminha)*: tirada da edição de 1731 e anotada de accôrdo com a legislação vigente. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.
- RIBEIRO, Jozé Pinto. Memória sobre o assumpto proposto pela Academia Real das Sciencias de Lisboa no anno de 1791, qual seja a época da introdução do Direito das Decretaes em Portugal, e o influxo que o mesmo teve na Legislação Portugueza. In: *Memorias de Litteratura Portugueza Publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*: tomo VI. Lisboa: Na Typographia da Mesma Academia, 1796, p. 5-34.
- RICHTER, Emil Ludwig (ed.). *Corpus Iuris Canonici*: pars prior, Decretum Magistri Gratiani. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1922.
- _____. (ed.). *Corpus Iuris Canonici*: pars secunda, Decretalium Collectiones. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1922.
- RICOEUR, Paul. Événement et sens. In: *L'espace et le temps*: actes du XXII^e congrès de l'association des sociétés de langue française, Dijon 1988, problèmes et controverses. Paris/Dijon: Vrin/Société Bourguignonne de Philosophie, 1991, p. 9-21.
- _____. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000.
- ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis e Federais*: teoria e prática. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- RODRIGUES, Fernando Pereira. *Noções Fundamentais de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2015.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. A estabilização da demanda no novo CPC: uma oportunidade perdida? In: Lucas Buri de MACEDO; Ravi PEIXOTO; Alexandre FREIRE (org.). *Procedimento Comum*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 299-331 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, coordenada por Fredie Didier Jr., volume 2).

- ROSA, Innocencio Borges da: v. BORGES da ROSA, Innocencio
- ROSENBERG, Leo. *Der Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*. 3.ed. München: C.H. Beck, 1953.
- _____; Karl Heinz SCHWAB; Peter GOTTWALD. *Zivilprozessrecht*. 17.ed. München: C.H. Beck, 2010.
- ROSS, Alf. *Directives and Norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul/Humanities Press, 1968.
- ROVER, Tadeu. Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra. *Conjur*, 9 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>> Acesso em: 24 set. 2018.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1973.
- SALLUSTE. *Catilina – Jugurtha – Fragments des Histoires*. 5.ed. Ed. e Trad. Alfred Ernout. Paris: Les Belles Lettres, 1962.
- SANT’AGOSTINO. *La dottrina cristiana*. Ed. e Trad. Vincenzo Tarulli. Roma: Città Nuova, 1992.
- SANTOS, Gildo dos. *Locação e despejo: comentários à Lei 8.245/91*. 3.ed. São Paulo: RT, 1999.
- SANTOS, Moacyr Amaral: v. AMARAL SANTOS, Moacyr
- SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 7.ed. Padova: CEDAM, 1967.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 28.ed. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2012.
- von SAVIGNY, Friedrich Carl. *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo: volume 2*. Trad. Emmanuele Bollati. Torino: Gianni e Fiori, 1854-57.
- _____. *System des heutigen Römischen Rechts: dritter Band*. Berlin: Veit und Comp., 1840.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Modelos de peças no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SCHIAVONE, Aldo. *Linee di storia del pensiero giuridico romano*. Torino: G. Giappichelli, 1994.
- SCHLAG, Pierre. How to Do Things with Hohfeld. *Law and Contemporary Problems*, Durham, n. 78 (1-2), p. 185-234, 2015.

- SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia 'existência, validade e eficácia do negócio jurídico'. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, n. 3, p. 135-58, jan./abr. 2014.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEA, 1954.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. Fattispecie. In: *Enciclopedia Giuridica: volume 15*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2007, p. 1-8.
- _____. Fatto giuridico e fattispecie complessa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 8, p. 331-54, 1954.
- SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Onere (in generale): a) nozione. In: Costantino MORTATI; Francesco SANTORO-PASSARELLI (coord.). *Enciclopedia del Diritto: volume 30, omissione-ordine*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 99-113.
- SECKEL, Emil. *Distinctiones glossatorum*. Graz: Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1956.
- SÉNÈQUE LE RHÉTEUR. *Controverses et suasoires: tome premier*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Garnier Frères, 1902.
- SÉNÈQUE LE RHÉTEUR. *Controverses et suasoires : tome deuxième*. Ed. e Trad. Henri Bornecque. Paris: Garnier Frères, 1902.
- SHERWIN-WHITE, Adrian Nicholas. *The Letters of Pliny: a historical and social commentary*. Oxford: The Clarendon Press, 1966.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017.
- _____. Comentário ao art. 341. In: Teresa Arruda Alvim WAMBIER (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 915-920.
- _____. Comentário ao art. 341. In: Cassio Scarpinella BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 116-22.
- _____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. *Preclusão processual civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Preclusão processual civil nos Juizados Especiais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 127, p. 59-66, ago. 2015.

- _____. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 208, p. 61-89, jun. 2012.
- _____. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: Camilo ZUFELATO; Flávio Luiz YARSHELL (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-66.
- Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de S. M.: tomo II, que contiene la IIIª, IVª y Vª partida*. Madrid: En la Oficina de Benito Cano, 1789.
- SILVA, Blecaute de Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: Lucas Buriel de MACEDO; Ravi PEIXOTO; Alexandre FREIRE (org.). *Procedimento Comum*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 447-61 (Coleção *Novo CPC*: doutrina selecionada, volume 2, coordenada por Fredie DIDIER JR).
- SILVA, Clóvis. V. do Couto e: v. COUTO e SILVA, Clóvis V.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*: volume 9, processo do trabalho. 2.ed. São Paulo: RT, 2015.
- SILVA, Innocencio Francisco da. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo primeiro. Lisboa: Imprensa Nacional, 1858.
- _____. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo terceiro. Lisboa: Imprensa Nacional, 1859.
- _____. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo quarto. Lisboa: Imprensa Nacional, 1860.
- _____. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo quinto. Lisboa: Imprensa Nacional, 1860.
- _____. *Diccionario Bibliographico Portuguez*: tomo sexto. Lisboa: Imprensa Nacional, 1862.
- SILVA, José Veríssimo Álvares da. *Introducção ao novo Código, ou dissertação crítica sobre a principal causa da obscuridade do nosso código authentico*. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1780.
- _____. Memoria sobre a fôrma dos Juizos nos primeiros Seculos da Monarquia Portuguesa. In: *Memorias de Litteratura Portuguesa Publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa*: tomo VI. Lisboa: Na Typographia da Mesma Academia, 1796, p. 35-100.
- SILVA, Juno J. Espinosa Gomes da: v. GOMES da SILVA, Nuno J. Espinosa
- SILVA, Manuel Dias da. *Processos civis especiaes*. 2.ed. revista e atualizada por José Alberto dos Reis. Coimbra: F. França Amado, 1919.
- SILVA, Oscar Joseph de Plácido e: v. PLÁCIDO e SILVA, Oscar Joseph de

- SILVA, Ovídio Baptista da; v. BAPTISTA da SILVA, Ovídio Araújo
- SILVA, Paula Costa e. O processo e as situações jurídicas processuais. In: Fredie DIDIER JR; Eduardo JORDÃO (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 769-808.
- SILVA, Ricardo Alexandre da; Eduardo LAMY. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 9, artigos 539 ao 673*. São Paulo: RT, 2016 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme Marinoni e coordenada por Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero).
- SIMPSON, Adelaide Douglas. A Christian Argument Against Rhetoric. *The Classical Weekly*, Baltimore, n. 32 (20), p. 232-33, 1943.
- SIQUEIRA, A. do Valle. *Das acções summarias: doutrina e pratica*. São Paulo: Saraiva, 1922.
- _____. *Inventarios e partilhas*. São Paulo: Saraiva, 1922.
- SMITH, Robin. Logic. In: Jonathan BARNES (ed.). *The Cambridge Companion to Aristotle*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 27-65.
- SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e; v. PEREIRA e SOUSA, Joaquim José Caetano
- SOUSA, Miguel Teixeira de; v. TEIXEIRA de SOUSA, Miguel
- SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e prática da ação de execução fiscal e dos embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SOUZA PINTO, José Maria Frederico de. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro: tomo 2*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850.
- STEEL, Catherine. *Roman Oratory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- STEINWENTER, Artur. Die Litiskontestation im Libellprozesse. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abtheilung*, Wien, n. 50 (1), p. 184-211, 1930.
- STRECK, Lênio Luiz. Comentário ao artigo 489. In: Lênio Luiz STRECK; Dierle NUNES; Leonardo Carneiro da CUNHA (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 681-92.
- STROUP, Sarah Culpepper. Greek Rhetoric Meets Rome: expansion, resistance, acculturation. In: William DOMINIK; Jon HALL (ed.). *A Companion to Roman Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007, p. 23-37.
- SUÉTONE. *Vies des Douze Césars: tome 2, Tibère, Caligula, Claude, Néron*. Ed. e trad. Henri Ailloud. Paris: Les Belles Lettres, 1957.
- Die Summa Aurea des Wilhelmus de Droveda. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter: II. Band, II. Heft*, Innsbruck: Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, 1914.

- Die Summa Minorum des Magister Arnulphus. In: L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes in Mittelalter*: I. Band, II. Heft, II, 2, XII, Innsbruck: Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, 1905.
- SYLVA, Emmanuel Gonçalves da. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*: tomus primus. Lisboa: Ex Typographia Augustiniana, 1731.
- _____. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*: tomus secundus. Lisboa: Ex Typographia Antonii Pedrozo Galram, 1732.
- TABOSA, Fábio. Comentário ao artigo 340. In: A. C. MARCATO (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1084-1806.
- TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 357. In: BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 1, artigos 1º a 317 – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 182-214.
- _____. *Tutela monitoria*: a ação monitoria – lei 9.089/95. São Paulo: RT, 1998.
- Tancredi Bononiensis ordo iudiciarius. In *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*. Ed. Friedrich Bergmann. Göttingen: Vandenhoeck et Ruprecht, 1842, p. 87-314.
- TARDIF, Adolphe. *La procédure civile et criminelle aux XIII^e et XIV^e siècles, ou procédure de transition*. Paris: Alphonse Picard/L. Larose & Focel, 1885.
- TARDIF, Ernest Joseph. *Coutumiers de Normandie*: première partie, le très ancien coutumier de Normandie. Rouen: Imprimerie de Espérance Gagniard, 1881.
- TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- _____. Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 127, p. 47-57, ago. 2015.
- TARTUCE, Fernanda; Luiz DELLORE. *Manual de prática civil*. 12.ed. São Paulo: Método, 2016.
- TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: M. TARUFFO. *Processo Civil Comparado*: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11-34.
- _____. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, n. 51, p. 659-77, 2003.
- _____. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

- _____; Daniel MITIDIERO. *A Justiça Civil: da Itália ao Brasil, dos Setecentos a hoje*. São Paulo: RT, 2018.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Inovações e Estudos do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Petição inicial e resposta do réu*. São Paulo: LTr, 1996.
- TEIXEIRA de FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3.ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896.
- TEIXEIRA de SOUSA, Miguel. Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação no novo processo civil português. *Revista de Processo*, n. 228, p. 311-324, fev. 2014
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual: volume 1, teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: volume 2, procedimentos especiais*. 50.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: volume 3, execução forçada, processo nos tribunais, recursos, direito intertemporal*. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. Estabilização da demanda no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 244, p. 195-204, jun. 2015.
- _____. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- _____. Relatório Brasileiro – Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: José Carlos BARBOSA MOREIRA (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, et alii. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TOMASETTI JR., Alcides. Perecimento do direito de domínio e improcedência da ação reivindicatória. Favela consolidada sobre terreno urbano loteado. Função social da propriedade. Prevalência da Constituição Federal sobre o direito comum. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), n. 723, p. 204-23, 1996.
- TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume 2, artigos 154 a 269*. São Paulo: RT, 1975.
- TORRENTE, Andrea; Piero SCHLESINGER. *Manuale di Diritto Privato*. 23.ed. Ed. Franco Anelli e Carlo Granelli. Milano: Giuffrè, 2017.
- TUCCI, José Rogério Crus e: v. CRUZ e TUCCI, José Rogério

- TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 2, processo de conhecimento, processo e respectivos procedimentos. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Manual do Juizado Especial de Pequenas Causas*: anotações à Lei n. 7.244, de 7-11-1984. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. *Temas e Problemas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- TUPINAMBÁ, Hermes. *A contestação no processo trabalhista*. Belém: CEJUP. 1983.
- VANGUERVE CABRAL, Antonio. *Pratica Judicial*: pymeira parte. Lisboa: Officina de Joseph Lopes Ferreyra, 1712.
- VARELA, João de Matos Antunes: v. ANTUNES VARELA, João de Matos
- VELLOSO, Antonio Augusto. *Manual do Processo Civil*: elementos de theoria e pratica e formularios das acções, incidentes do processo e processos complementares. Belo Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas Geraes, 1912.
- VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974.
- VERGARA, Osvaldo. *Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul*: Lei n. 56 de 16 de janeiro de 1908, com a jurisprudência do Superior Tribunal do Estado até 1931, com inúmeros comentários de doutrina e com as modificações introduzidas pelo Código Civil Brasileiro. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1936.
- VICENTE, Fabrizio Matteucci. A natureza jurídica da impugnação da nova execução. In: Susana Henriques da COSTA (org.). *A Nova Execução Civil*: Lei 11.232/05. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 217-31.
- de VITA, Fabrizio. *Onere di contestazione e modelli processuali*. Roma: Dike, 2012.
- WACH, Adolf. Das Geständniß: ein Beitrag zur Lehre von den processualistischen Rechtsgeschäften. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, n. 64, p. 201-55, 1881.
- _____. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*. 2.ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896.
- WALDE, Alois; Johann Baptist HOFFMAN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*: zweiter Band. 3.ed. Heidelberg: Carl Winter, 1954.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; Eduardo TALAMINI. *Curso Avançado de Processo Civi*: volume 2, cognição jurisdicional, processo comum de conhecimento e tutela provisória. 16.ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____; _____. *Curso Avançado de Processo Civil*: volume 3, execução. 16.ed. São Paulo: RT, 2017.

- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Comentário ao artigo 489. In: Cassio Scarpinella BUENO (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 430-38.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et alii. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.
- WARD, John O. Roman Rhetoric and Its Afterlife. In: William DOMINIK; Jon HALL (ed.). *A Companion to Roman Rhetoric*. Oxford: Blackwell, 2007, p. 354-66.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. Trad. Otis Harrison Fisk. New York: Veritas, 1940.
- WETZELL, Georg Wilhelm. *System des ordentlichen Civilprocesses*. 2.ed. Leipzig: Bernhard Tauschnitz, 1865.
- WICKHAM, Chris. *Framing the Early Middle Ages: Europe and the Mediterranean, 400-800*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- WILKINSON, Alexander S. (ed.). *Iberian Books: books published in Spanish or Portuguese or on the Iberian Peninsula before 1601*. Leiden/Boston: Brill, 2010.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*: erster Band. 5.ed. Frankfurt am Main: Küttner & Loening, 1882.
- WOLF, Manfred; Jörg NEUNER. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10.ed. München: Beck, 2012.
- WORMAN, Nancy. Fighting words: status, stature and verbal contest in archaic poetry. In: Erik GUNDERSON (ed.). *The Cambridge Companion to Ancient Rhetoric*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 27-42.
- WRIGHT, Georg Henrik von. Deontic Logic. *Mind*, Oxford, n. 60, p. 1-15, 1951.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 1. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____; Guilherme Setoguti J. PEREIRA; Viviane Siqueira RODRIGUES. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume 5, artigos 334 ao 368. São Paulo: RT, 2016, p. 165-166 (Coleção *Comentários ao Código de Processo Civil*, dirigida por Luiz Guilherme e coordenada por Sergio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO).

ZASIUS, Ulrich. *In titulo institutionum de actionibus enarratio*. Basel: Apud Mich. Isingrinium, 1537.