

**UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE –
FCH**

BRUNO AMAZAN AVELAR DE ARAÚJO

**COMPROMISSOS TEÓRICO-PARADIGMÁTICOS DO
CONTRADITÓRIO DINÂMICO: a fragilidade democrática do princípio
do contraditório como garantia de influência e não surpresa**

ORIENTADOR: PROF. DR. ANDRÉ CORDEIRO LEAL

**Belo Horizonte
2018**

BRUNO AMAZAN AVELAR DE ARAÚJO

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8661712853294963>

**COMPROMISSOS TEÓRICO-PARADIGMÁTICOS DO
CONTRADITÓRIO DINÂMICO: a fragilidade democrática do princípio
do contraditório como garantia de influência e não surpresa**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade Fumec de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de Pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e Controle.

Orientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal.

**Belo Horizonte
2018**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A663c Araújo, Bruno Amazan Avelar de, 1992-

Compromissos teórico-paradigmáticos do contraditório dinâmico: a fragilidade democrática do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa / Bruno Amazan Avelar de Araújo. – Belo Horizonte, 2018.

142 f. ; 29,7 cm

Orientador: André Cordeiro Leal

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2018.

1. Contraditório (Direito) - Brasil. 2. Legitimidade (Direito). 3. Direito processual - Brasil. I. Título. II. Leal, André Cordeiro. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.91/95



**AValiação Final da Defesa de Dissertação de
Mestrado**

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. André Cordeiro Leal

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Prof. Dr. Vinícius Diniz Monteiro de Barros

Prof. Dr. Vinícius Lott Thibau

MESTRANDO: BRUNO AMAZAN AVELAR DE ARAÚJO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“COMPROMISSOS TEÓRICO-PARADIGMÁTICOS DO CONTRADITÓRIO
DINÂMICO: a fragilidade democrática do princípio do contraditório como garantia de
influência e não surpresa”**

RESULTADO FINAL: APROVADO

Data da Defesa: 04/05/2018

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

*Ao professor Doutor André Cordeiro Leal,
pelo estímulo constante ao pensar e a questionar.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Amazan e Gilda, por sempre acreditarem e investirem em minha formação acadêmica, a ponto de abdicarem de muitos sonhos e projetos próprios para viverem os meus. Nada é mais generoso do que isso.

Acredito que essa dissertação seja uma tentativa de resposta às angústias acadêmicas que desde a graduação em Direito na Universidade Fumec me acompanham e que se tornaram ainda mais inquietantes quando fui aluno do professor Dr. André Cordeiro Leal, hoje meu amigo e orientador de Mestrado. Por isso, meus agradecimentos ao professor Leal se estendem ao fato de ter sido ele o grande responsável pelo meu interesse pelo direito processual civil, e abrangem, mais do que as orientações indispensáveis a esse estudo, a amizade e as inestimáveis oportunidades acadêmicas proporcionadas a mim nesses seis anos de convívio e trabalho juntos.

Agradeço ao professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, pelo cuidado, atenção e disponibilidade com os quais sempre atendeu às minhas necessidades e demandas institucionais e, sobretudo, pela obra de seu magistério, um exemplo imprescindível a qualquer um que se proponha a ensinar. Ficam aqui consignados os meus aplausos ao professor Zandona.

Registro a minha gratidão à professora Lilian Maciel Santos, por sempre enriquecer a minha profissão com grandes e únicas oportunidades de aprendizagem, com insofismável técnica, em estágios acadêmicos e de docência. Agradeço-a, ainda, por toda a gentileza, amabilidade, acessibilidade com as quais sempre me recebeu e pelos imerecidos elogios que constantemente me credita.

Quero agradecer também aos professores Helena Colodetti Gonçalves Silveira, Frederico de Andrade Gabrich e Maria Tereza Fonseca Dias pela excelência com a qual ministram suas aulas no curso de Mestrado. Estendo esses agradecimentos à Cláudia Márcia Magalhães pelos serviços institucionais prestados na secretaria do Programa e que muito me facilitaram a vida e a pesquisa.

De forma não menos importante, deixo o meu muito obrigado aos professores Andréa de Campos Vasconcellos, Danúbia Paiva, Simone Maria Lopes Cançado Diniz e Vinícius Lucas Paranhos, do curso de Graduação em Direito da Universidade Fumec, pelas oportunidades de estágio de docência, mesmo sabendo que, nem de longe, conseguiria substituir-lhes a excelência.

Ao professor Doutor Vinícius Lott Thibau, pelas interlocuções e orientações no curso de Especialização em Advocacia Cível, da Escola Superior Dom Hélder Câmara, as quais contribuíram e refletiram sobremaneira nessa pesquisa.

Registro minha admiração ao amigo Doutor Bruno Antunes Soares, pela dedicação esmerada à coordenação do curso de Medicina Veterinária do UNI-BH, e agradecimento por me incentivar a pesquisar e a sempre me qualificar. Seu amor pela docência é fonte de inspiração e exemplo de que esse caminho, embora muitas vezes seja árduo e angustiante, se faz compensatório pela magnitude de ser professor.

De uma maneira muito especial, não posso deixar de agradecer ao grande amigo Doorgal Andrada, que me acompanha desde o primeiro dia de aula da Graduação em Direito, e também ao Antônio Pinheiro, pela importância que dão à minha amizade e aos meus feitos e conquistas acadêmicas, sempre me esperando no pódio da vitória, mesmo diante das minhas falhas e ausências. Fica a certeza de amizade e admiração recíprocas.

Agradeço imensamente aos meus colegas de Mestrado, em especial aos da turma 13, que, além de serem amigos queridos, foram importantes interlocutores (para todos os assuntos possíveis) nessa jornada, contribuindo com questionamentos e críticas sempre muito pertinentes.

Aos meus amigos em geral, por me proporcionarem momentos de felicidade e distração, muitas vezes simplórios, mas nem por isso não valiosos, indispensáveis à minha lucidez e sobrevivência durante e ao final desse percurso.

Aos funcionários das bibliotecas das Universidades Fumec, Puc Minas e Federal de Minas Gerais, pelos empréstimos e auxílios nas buscas e consultas das obras solicitadas e pela gentileza no trato durante as longas horas e dias de estudo.

Por fim, quero agradecer a Universidade Fumec, escola na qual estudei nos últimos sete anos ininterruptos, pela grande responsabilidade e posição de destaque que ocupa na minha vida pessoal, acadêmica e profissional, tendo muitas vezes sido espaço de conhecimento e convívio com pessoas importantes que hoje agradeço. Foram anos felizes e que, certamente, já deixam saudades!

“Humana não seria a vida se vedado ao homem descrever e argumentar”.

Rosemiro Pereira Leal

RESUMO

A pesquisa desenvolvida nesse trabalho apresenta os fundamentos teóricos e conceituais da proposta do contraditório dinâmico, difundida no Brasil por importantes autores, dentre os quais Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes, no intuito de questioná-los a partir das conjecturas da teoria neoinstitucionalista do processo sobre democraticidade jurídica no Estado Democrático de Direito. A abordagem compreenderá não só o princípio do contraditório, mas também os compromissos teórico-paradigmáticos do direito processual civil brasileiro que, aderindo à concepção tradicional de jurisdição e processo bülowianas, compromete-se a ideologia do Estado Social, reconhecendo ao juiz um lugar privilegiado na interpretação e aplicação do Direito, bem como na enunciação do provimento decisório. A pesquisa é de cunho bibliográfico e se utiliza da metodologia de base hipotético-dedutiva de Karl Popper.

Palavras-chave: contraditório; legitimidade decisória; direito processual democrático.

RESUMÉN

La investigación desarrollada en este trabajo presenta los fundamentos teóricos y conceptuales de la propuesta del contradictorio dinámico, difundida en Brasil por importantes autores, entre los cuales Humberto Theodoro Júnior y Dierle Nunes, con el fin de cuestionarlos a partir de las conjeturas de la teoría neoinstitucionalista del proceso sobre democrática jurídica en el Estado Democrático de Derecho. El enfoque comprenderá no sólo el principio del contradictorio, sino también los compromisos teórico-paradigmáticos del derecho procesal civil brasileño que, adhiriendo a la concepción tradicional de jurisdicción y proceso bülowianas, se compromete la ideología del Estado Social, reconociendo al juez un lugar privilegiado interpretación y aplicación del Derecho, así como en la enunciación de la provisión decisoria. La investigación es de cuño bibliográfico y se utiliza de la metodología de base hipotético-deductiva de Karl Popper.

Palabras-clave: contradictorio; legitimidad decisoria; derecho procesal democrático.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
ACP	Ação Civil Pública
AI-5	Ato Institucional 5
AC.	Apelação cível
AgRg	Agravo Regimental
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
c/c	Combinado com
CC/02	Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil
CDC	Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor
CI/1824	Constituição Política do Império do Brasil de 1824
CONPEDI	Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Coord.	Coordenador
Coords.	Coordenadores
CPC	Código de Processo Civil
CPC/1939	Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973	Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil de 2015
CR/1891	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891
CR/1934	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934
CR/1937	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937
CR/1946	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946
CR/1967	Constituição da República Federativa do Brasil de 1967
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Des.	Desembargador (a)
Dec.	Decreto
Dec.-Lei	Decreto-Lei
Dr.	Doutor
dez.	Dezembro
EC/1969	Emenda Constitucional n. 01 de 1969
Ed.	Edição

ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
f.	Folha/folhas
FCH	Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade Fumec de Minas Gerais
FDUSP	Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
fev.	Fevereiro
FPPC	Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis
FUMEC	Fundação Mineira de Educação e Cultura
IBDP	Instituto Brasileiro de Direito Processual
IBDPC	Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil
ISSQN	Imposto sobre serviços de qualquer natureza
jan.	Janeiro
JESP	Juizado Especial
LINDB	Decreto-Lei n. 4.657, de quatro de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LTDA.	Limitada
Min.	Ministro (a)
n.	Número
nov.	Novembro
OAB/MG	Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Minas Gerais
OAB/SP	Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo
Org.	Organizador
Orgs.	Organizadores
out.	Outubro
ÖZPO	Ordenança Processual Civil austríaca
p.	Página
PL	Projeto de lei
PLS	Projeto de lei do Senado
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
Prof.	Professor
PUC	Pontifícia Universidade Católica
PUC/MG	Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
PUC/SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
RBDPro	Revista Brasileira de Direito Processual

REDP	Revista Eletrônica de Direito Processual
Rel.	Relator (a)
REsp	Recurso especial
SCD	Substitutivo da Câmara dos Deputados
sic	Originalmente assim
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRT	Tribunal Regional Federal
UFJF	Universidade Federal de Juiz de Fora
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFRN	Universidade Federal do Rio Grande do Norte
UNI-BH	Centro Universitário de Belo Horizonte
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos
USP	Universidade de São Paulo
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
V./Vol.	Volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: da independência política ao Código de Processo Civil de 2015 – origens e fundamentos	19
2.1 Excurso histórico do direito processual civil no Brasil: um direito processual civil não codificado	20
2.2 O Código de Processo Civil de 1939	26
2.3 A contribuição de Liebman para o direito processual brasileiro: a consolidação de uma Escola Processual	31
2.4 O Código de Processo Civil de 1973	34
2.5 As origens do direito processual: o movimento de socialização e seus reflexos no direito brasileiro pelas contribuições de Anton Menger e Franz Klein	41
2.5.1 As influências do pensamento de Franz Klein no direito processual civil brasileiro	44
2.5.2 As reformas do CPC/1973 como continuidade do movimento de socialização processual no Brasil	46
2.6 O Código de Processo Civil de 2015	53
2.6.1 A jurisdição civil no CPC/2015	60
2.6.2 O processo para o CPC/2015	63
2.6.3 O contraditório para o CPC/2015	67
3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: origens, fundamentos, interpretações estatais paradigmáticas e leituras possíveis	68
3.1 O contraditório como integrante do devido processo legal	69
3.2 O contraditório como princípio institutivo na teoria neoinstitucionalista do processo	72
3.3 O contraditório nas perspectivas dos estados liberal e do bem estar social	75
3.4 O sistema participativo e o policentrismo processual: o contraditório condutor de uma comunidade de trabalho	79

3.5 Leituras do princípio do contraditório: o contraditório como bilateralidade de audiência, como simétrica paridade de armas e como garantia de influência e não surpresa.....	84
3.6 A previsão do contraditório no direito brasileiro: manifestações do “contraditório dinâmico” na lei e na jurisprudência	93
4. A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO: uma proposta para a construção de um direito processual democrático.....	102
4.1 Os fundamentos da teoria neoinstitucionalista do processo	103
4.2 O processo como teoria da lei democrática na proposta neoinstitucionalista.....	108
4.3 A teoria neoinstitucionalista do processo: o contraditório como princípio co-institutivo condutor da processualidade democrática	112
5. CONCLUSÃO: a fragilidade democrática do contraditório como garantia de influência e não surpresa	117
REFERÊNCIAS	121

1. INTRODUÇÃO

A partir da inserção de princípios processuais no discurso constitucional brasileiro de 1988 tornou-se necessária a revisitação teórica às reflexões do direito tradicional para indagar as diversas interpretações de institutos do processo nos planos constitucional e infraconstitucional, especialmente porque o processo não mais pode ser compreendido como instrumento da jurisdição (DINAMARCO, 2003), já que esta é uma abordagem que nega aplicação de direitos fundamentais inerentes ao processo democrático, consoante André Cordeiro Leal (2002, p. 19).

Nesse ínterim, destaca-se a relevância do princípio do contraditório como um dos princípios que conduzem a procedimentalidade democrática do paradigma do Estado Democrático de Direito, ao possibilitar e garantir oportunidades de participação efetiva das partes nos atos procedimentais que preparam o provimento, por meio da atividade interpretativo-crítico-discursiva de fatos e normas aplicáveis à solução do caso concreto, que deve necessariamente ser considerada nos fundamentos nos quais se ancora a decisão.

Logo, tecer reflexões acerca da importância do contraditório e suas implicações jurídico-processuais é tarefa urgente e de essencial importância a ser desempenhada pela comunidade acadêmica — com o devido aprofundamento e estudo. À vista disso, muitas teorias se propõem a conjecturá-lo, tendo a proposta do “contraditório dinâmico” considerável número de adeptos.

Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e outros são importantes autores do direito processual brasileiro, com destaque nacional. Propuseram a interpretação do contraditório a partir de uma afirmada “dimensão material” do princípio, ampliando a “versão estática”, que o restringe à “bilateralidade de audiência”, para uma “compreensão dinâmica ou tridimensional”, que o entende como “garantia de influência e não surpresa nas decisões judiciais” (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p. 122/133).

Essa compreensão poderia dar a entender que, diante de sua assimilação pelo CPC/2015 (arts. 9º e 10), por um número expressivo de autores processualistas e pela jurisprudência dos Tribunais, a teoria do “contraditório dinâmico” estaria apta a gerar conclusões que pudessem atender às exigências de legitimidade decisória no Estado Democrático de Direito.

É verdade que a proposta do “contraditório tridimensional” acerta, em termos de legitimidade das decisões, em determinadas circunstâncias, quando exige que os interessados no provimento sejam chamados a colaborar para sua construção, mas não

esclarece a maneira pela qual a atividade desenvolvida em contraditório influenciaria a decisão.

É nesse sentido que se fala na fragilidade democrática da hipótese do “contraditório dinâmico” que encobre, no fim das contas, apenas um agir judicial estratégico que, inicialmente, autoriza a participação das partes, mas que, ao final, reafirma a consciência do juiz como lugar privilegiado da interpretação fático-normativa.

A suposta adesão dessa teoria do contraditório à democraticidade jurídica é um problema e deve ser investigada, porque há questões obscuras em sua proposta quanto aos conteúdos normativos do contraditório, inclusive, que indicam um possível compromisso teórico-paradigmático com ideologia da socialização processual de Anton Menger (1947) e Franz Klein (1958), movimento esse que, como se demonstrará, refletiu no direito brasileiro.

Aliás, esse movimento de socialização do processo teve início no direito austríaco e difundiu-se mundialmente pelo “Projeto Firenze de Acesso à Justiça”, assinado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988). Caracteriza-se pela profusão de poder de uma magistratura ativista, reproduzindo, portanto, as bases do paradigma do Estado Social, no que se fundamenta a teoria da instrumentalidade do processo (DINAMARCO, 2003) assumida pela exposição de motivos do CPC brasileiro vigente (FUX, 2017).

Em contrapartida, a teoria neoinstitucionalista do processo, conjecturando o direito democrático, pensa o contraditório como um princípio constitucional, articulado a outros de mesma qualidade (ampla defesa e isonomia), que é condutor da legitimidade das decisões. Nessa perspectiva, não basta que se oportunize aos interessados a participação, sem que se garanta a efetividade dela, para que o contraditório seja respeitado, porque o que dele se produz, em uma perspectiva popperiana de teorias concorrentes, passa a ser referente da decisão futura (POPPER, 2007).

O neoinstitucionalismo processual considera, de fato, para fins decisórios, o necessário entretimento lógico-argumentativo dos fatos e fundamentos jurídicos pela decisão que, a seu turno, deve ser fruto da atividade crítico-discursiva desenvolvida no procedimento regido por “princípios institutivos do processo” – ampla defesa, contraditório e isonomia (LEAL, 2012, p.98).

A partir disso, o presente estudo intenciona examinar os compromissos teórico-paradigmáticos da teoria do “contraditório dinâmico”, bem como os seus conteúdos normativos, níveis de democraticidade e repercussões no direito brasileiro, de modo a testar a hipótese, sustentada neste trabalho, de ausência de respostas que atendam os

referenciais de legitimidade da decisão jurídica democrática que, pela teoria neoinstitucionalista do processo, para se nivelar ao Estado Democrático, não pode representar, ao mesmo tempo, uma compreensão dogmática. .

Portanto, essa é a proposta que se deseja testificar (falsear): a fragilidade democrática da teoria do “contraditório dinâmico”, adotada pelo CPC/15, em face da contribuição da teoria neoinstitucionalista do processo para fins de legitimidade de decisões no Estado Democrático de Direito.

Para que se alcance esse objetivo, a pesquisa se inicia a partir do estudo histórico sobre o desenvolvimento do direito processual civil no Brasil, desde a independência política até o Código de Processo Civil de 2015, a fim de demonstrar as origens e os fundamentos deste, em muitos aspectos ligado à um direito autoritário.

É que partir da Constituição de 1988 tornou-se necessária a mudança paradigmática no estudo do processo, a fim de concebê-lo como uma instituição constitucionalizante da democracia, a partir de princípios institutivos autocríticos. Não obstante, o CPC/2015 nega vigência à ordem constitucional ao se alinhar a escola instrumentalista que, reproduzindo as teses relacionistas de processo, assume a centralidade da jurisdição presente na obra de Bülow (2003) como técnica decisória de solução obrigatória de conflitos pelo Estado.

Mais adiante, no capítulo terceiro, passar-se-á ao estudo do princípio do contraditório propriamente dito, buscando evidenciar, em um primeiro momento, a sua importância para o direito, bem como as compreensões do contraditório nas visões liberal e social de Estado para, ao final do capítulo, explicitar as teorias existentes que visam conjecturá-lo e seus conteúdos normativos.

Será apresentada e analisada a proposta do “contraditório dinâmico” na doutrina, jurisprudência e legislação processual, bem como suas bases estruturais (policentrismo, participação e comunidade de trabalho) e críticas às teorias do contraditório como “bilateralidade de audiência” e “simétrica paridade de oportunidades”, além de demonstrar a inviabilidade da condução do direito democrático pelo contraditório no CPC/2015, que recepciona, de forma não problemática do ponto de vista constitucional-democrático, a teoria bülowiana do processo (BÜLOW, 2003).

Em capítulo derradeiro, estudar-se-á a proposta neoinstitucionalista do processo como espaço democrático-discursivo de legitimação e aplicação do direito, orientado por princípios institutivos-autocríticos componentes do devido processo. Essa perspectiva

nega o contraditório como mero atributo do processo e o concebe como princípio institutivo regente da procedimentalidade democrática.

Ao final desse percurso, à título de conclusão, refutar-se-á a teoria do “contraditório tridimensional” para reafirmar as conjecturas neoinstitucionalistas do contraditório como mais adequadas à proposta democrática de direito e de Estado. A partir de estudos avançados nesse campo, a teoria de Rosemiro Leal propõe reflexões sobre a visão doutrinária tradicional de processo e contraditório, evidenciando, assim, a necessária revisitação teórica, à luz da constitucionalidade brasileira, aos institutos.

O foco hermenêutico do trabalho tem como marco teórico os textos sobre a teoria neoinstitucionalista do processo, bem como sobre direito processual democrático, sobretudo os de Rosemiro Pereira Leal e André Cordeiro Leal. Também serão abordadas ideias de outros importantes autores cujos escritos são relacionados às temáticas retratadas na pesquisa, dentre os quais se destacam: Alfredo Buzaid, Anton Menger, Cândido Rangel Dinamarco, Dierle Nunes, Franz Klein, Luiz Fux, Lúcio Delfino, Humberto Theodoro Júnior, Sérgio Henriques Zandoná Freitas, Vinícius Lott Thibau e vários outros.

A pesquisa é de cunho bibliográfico e se pauta em textos teórico-científicos (livros, artigos, dissertações e teses jurídicas) sobre o tema, utilizando-se, ainda, da metodologia hipotético-dedutiva de Karl Popper (2007), em que hipóteses são submetidas à testes refutativos com o intuito de averiguar suas possibilidades de resolução de problemas, adotando-se, provisoriamente, aquela teoria que mais for imune a críticas, ou seja, tiver maior conteúdo informativo.

A fonte principal de consulta consiste na legislação brasileira relacionada direta ou indiretamente com o princípio do contraditório, além das obras de autores da área do direito, filosofia, sociologia e afins, e julgados de Tribunais, que serão objeto de profunda análise e estudo.

2. RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: da independência política ao Código de Processo Civil de 2015 – origens e fundamentos

Considerando a importância do resgate da dimensão histórica do direito para a compreensão dos fenômenos jurídicos atuais (BECKER, 2002, p.63), o presente capítulo busca demonstrar, com devido excuro histórico sobre o desenvolvimento do direito procedimental civil no Brasil, as raízes e compromissos teóricos do Código de Processo Civil de 2015.

José da Silva Pacheco, em estudo semelhante ao que aqui se pretende desenvolver, identifica a importância de uma leitura histórica para entendimento de períodos de transição. Para ele, os motivos preponderantes seriam a verificação dos pilares do arcabouço legal para entender quais bases remanescem e sustentam as novas estruturas, bem como quais problemas, defeitos, necessidades, soluções aproveitáveis e procedimentos a serem evitados (PACHECO, 1972, p.7).

À vista disso, entender as nuances e as referências jurídicas do Código de Processo Civil de 2015 é de suma importância para a coleta de elementos que permitirão o alcance do objetivo principal deste estudo: o falseamento da hipótese de que o CPC, adotando o contraditório como garantia de influência e não surpresa, teria ampliado os níveis de legitimidade decisória (THEODORO JUNIOR et al, 2016, p. 122/135).

2.1 Excurso histórico do direito processual civil no Brasil: um direito processual civil não codificado

A independência científica do direito processual civil brasileiro não é contemporânea à emancipação política do Brasil. Isso porque, a Assembléia Constituinte e Legislativa, instalada em 03 de maio de 1823, responsável por dotar o país de estrutura jurídica condizente à nova situação política, promulgou o decreto de 20 de outubro de 1823 (PACHECO, 1972, p.43), que mantinha a vigência da legislação lusitana, em tudo aquilo que não fosse contrária à soberania e ao regime nacionais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 111).¹

¹Com a independência política e até que houvesse no Brasil a produção de uma legislação própria, mantinham-se vigentes, no território nacional, às normas portuguesas promulgadas por Dom João VI, até 25 de abril de 1821, período em que o rei de Portugal e Algarves retorna à Europa, bem como àquelas que chanceladas pelo príncipe regente, D. Pedro de Alcântara, daquela data em diante, conforme determinações do decreto de 20 de outubro de 1823, especialmente nesse sentido (BRASIL. *Lei de 20 de outubro de 1823*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html> Acesso em: 18 out. 2017). Ainda sobre o tema, segundo José da Silva Pacheco, “entre as leis mantidas pela assembléia do Império, estava, como já assinalamos, a de 18-8-1823, chamada de Boa Razão, por força da qual consideravam-se subsidiárias as leis das nações da Europa, entre as quais o Código francês de 1807, o espanhol de 1829 e o português de 1833” (PACHECO, 1972, p.44).

Por essa razão, a despeito da tendência europeia de codificação da época, o processo civil no Brasil se manteve regulado principalmente pelo livro terceiro das Ordenações Filipinas, assinado em 11 de janeiro de 1603, por Felipe II de Portugal, sendo indistintos os processos civil, comercial e penal, como ensinam Nicola Picardi e Dierle Nunes (2017, p. 93/94).²

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco relembram que o processo civil disciplinado pelas Ordenações Filipinas apresentava-se através de procedimento escrito, com fases rígidas e bem demarcadas, sendo influenciado pelo princípio dispositivo, para o qual a movimentação e impulso processual são de responsabilidade da parte (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.111).

Nesta mesma fonte normativa encontravam-se previsões de direito e processo penal, as quais, já naquela época, se mostravam incompatíveis com o grau de amadurecimento social atingido pelo Brasil, tendo em vista a permissão para reprimendas de tortura, mutilações, marcas de fogo, açoites, degredos, dentre outras práticas bárbaras e cruéis.

A preocupação do Império com esse quadro era a justificativa para as primeiras produções legislativas nacionais se dedicarem a temas afetos a essas áreas do Direito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.111/112). O art. 179 da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, por exemplo, não só já havia abolido as execuções desarrazoadas e desumanas, mas também determinado a criação iminente de um Código Criminal, fundado em bases de justiça e equidade.³

² As Ordenações nada mais eram que códigos de direito português que, por determinação da Corte de Portugal aos reis, reuniam em um só corpo legal as diversas normas escritas e consuetudinárias, de aplicação em âmbitos diversos, cuja dispersão gerava confusão na prática jurídica, durante o período Medieval. A primeira delas é oriunda do acatamento do rei Dom João I à tendência da codificação e fora promulgado em 1456, no reinado de Dom Afonso V, de quem as “Ordenações Afonsinas” receberam designação. Estas foram revistas e atualizadas a partir de 1505, pelo rei Manuel I, quando foram repromulgadas sob o rótulo de “Ordenações Manuelinas”, em 1514. O processo de revisão continuava e diante das mudanças provenientes da colonização, a atualização das Ordenações culminou com as “Ordenações Filipinas”, promulgadas em 1603, por Felipe I (RAATZ; SANTANNA; 2017, p.5). Desde o descobrimento até o ano de 1521, vigorou no país o regime das Ordenações Afonsinas. De 1521 até 1603 vigoraram as Manuelinas. A partir dessa data, foram promulgadas as Ordenações Filipinas (PACHECO, 1972, p.20). Maiores detalhes sobre o tema, ver: PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p.25-30.

³ Art. 179: A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XVIII: Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade (BRASIL, 2017a – *sic*).

Em acatamento à determinação constitucional, o Código Criminal do Império foi editado e sancionado através da Lei de 29 de novembro de 1832⁴ e com ele trazia, em título único, 27 artigos de “disposição provisória acerca da administração da justiça civil”, cujo objetivo era simplificar o procedimento, retirando dele o excesso de formalidades.⁵

No entanto, ainda que fossem progressistas as disposições provisórias, a ponto de a doutrina as considerar aptas à realização das finalidades do processo, já servindo como base para um póster Código de Processo Civil (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.112), foram revogadas pela Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841, que alterava o Código Criminal, para aumentar o poder da polícia.

Naquele tempo, com o desenvolvimento lépido do comércio em todo o mundo, era interessante ao Império que as causas comerciais tivessem suporte legislativo que de fato específico na matéria fosse, com efeito de que os comerciantes e, principais atores da economia, não se estancassem em disputas longas e lentas, como aquelas que causadas pelo formalismo ainda exagerado das justiças ordinárias (PACHECO, 1972, p.56).⁶

À vista disso, aos 25 de novembro de 1850, o Império sancionava o “Regulamento 737”⁷, também conhecido como Código Comercial de 1850, o qual normatizava o direito e o processo comercial mas, de início, não era aplicado às causas cíveis, as quais prosseguiam subjugadas ao procedimento das Ordenações Filipinas (RAATZ; SANTANNA, 2017, p.6).

Tal situação se modificara quando, após instalada a República no Brasil, cuidou o Governo Provisório de estender às causas cíveis as disposições do Regulamento de 1850, conforme determinada o Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890.

⁴ BRASIL. *Lei de 29 de novembro de 1832*. Código Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm> Acesso em 18 out. 2017.

⁵ Segundo Juvêncio Vasconcelos Viana, com o objetivo de retirar do procedimento formalidades excessivas e desnecessárias, as disposições provisórias acerca da administração da justiça civil contribuíram para extinção dos juramentos de calúnia em procedimentos ordinário e sumário, além de permitir a inquirição de testemunhas pelas partes que as arrolassem e reduzir a agravos de auto de processo os agravos de petição e instrumento. Traziam, também, princípios que anos depois seriam aclamados pelo direito processual, tais quais o da imediatidade, da publicidade, da unirrecorribilidade das decisões e da eventualidade (VIANA, 2017, p.2) (PACHECO, 1972, p.51/52). Para Cintra, Grinover e Dinamarco, enfim, as disposições provisórias representavam muito mais do que mera simplificação procedimental, na medida em que criaram verdadeiras condições para o alcance de um Código de Processo Civil, o qual só veio a ser elaborado alguns anos mais tarde (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 112).

⁶ Em que pese para essas finalidades se pretender, o Regulamento 737 não deixou o seu processo se adaptar às necessidades comerciais reais. Dessa forma, não obstante seja uma tentativa mais ousada do que as anteriores, não conseguiu desprender-se totalmente do longo e tedioso processo ordinário (PACHECO, 1972, p.60).

⁷ BRASIL. *Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850*. Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm> Acesso em 17 out. 2017.

Naquele tempo, considerando já ter havido certo progresso na produção legislativa, foi o ordenamento filipino bastante modificado por diversas leis esparsas. Tantas eram as leis atinentes ao processo civil que, em cumprimento à Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, o Governo brasileiro incumbiu ao Conselheiro Antônio Joaquim Ribas o agrupamento de todas elas em uma “Consolidação das Leis do Processo Civil”, como é narrado por Juvêncio Vasconcelos Viana (2017, p. 2).

Esse mesmo autor ressalta que o trabalho de Ribas não se limitara à simples recopilação, uma vez que muitas das normas foram por ele reinterpretadas e até criadas, com o que concordam Cintra, Grinover e Dinamarco, acrescentando que as Consolidações passaram a ter força de lei, de acordo com a resolução imperial de 28 de dezembro de 1876 (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.113).

A experiência de Ribas, portanto, tem sua relevância por contribuir com a concentração e aumento do volume de normas relativas ao direito processual no país. Além disso, teve significado importante para o amadurecimento da ideia da codificação como modelo de legislação, o qual, segundo Nicola Picardi e Dierle Nunes, por influência da Codificação Napoleônica, já era tendência “na Europa continental e em outros Estados de cultura análoga”, desde o século XIX (PICARDI; NUNES, 2017, p. 93/94).

Entretanto, ainda demoraria ao Brasil a realização de um Código de Processo Civil nacional e unitário. Isso porque, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, consentânea à estrutura e características da forma federativa de Estado escolhida pela Constituinte Republicana, fez nesta preponderar à permissão para que os agora Estados-membros da Federação fossem concorrentes à União Federal na competência para legislar sobre direito processual.⁸

Mas, a liberalidade da primeira Constituição republicana brasileira não era de todo inédita, pois, em 1831, de certa autonomia já gozavam as Províncias do Império, uma vez que competentes para instituir e ordenar o primeiro grau de jurisdição, como é lembrado por Pontes de Miranda (MIRANDA, 1958, p. 38) e retificado por Fladimir Martins e Glauco Moreira (MARTINS; MOREIRA, 2017, p. 449).

Desta feita, a Constituição de 1891, como observado por Cintra, Grinover e Dinamarco, afirmou a dualidade de justiças – Federal e Estadual – existente desde o ano

⁸Art. 34: Compete privativamente ao Congresso Nacional: 23º - legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal. Art. 65: É facultado aos Estados: 2º - em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição (BRASIL, 2017b).

anterior⁹, bem como a ambivalência da legislação processual oriunda da comunhão do poder de legislar sobre a matéria, entre os entes federativos permitidos. Nesse sentido, explicam os autores que

Elaborou-se, portanto, de um lado, a legislação federal de processo, cuja consolidação, preparada por José Higinio Duarte Pereira, foi aprovada pelo dec. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898; de outro lado, iniciaram-se aos poucos, os trabalhos de preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p. 114).

Nessa sistemática, os estudos de Moacyr Lobo da Costa indicam que os códigos estaduais eram estruturalmente orientados pelo Regulamento 737, reunindo dispositivos de direito formal civil e comercial, sendo que o estado do Rio Grande do Sul fora o primeiro a se utilizar desse modelo de legislação, através da Lei n. 65, de 15 de janeiro de 1908, muito embora a prerrogativa constitucional em questão tenha sido precipuamente exercida pelo Pará, quando o Decreto n. 1.380, de 22 de junho de 1905 editou seu Regulamento Processual Civil e Comercial (COSTA, 1970, p. 63/65).

Enquanto isso, o Brasil editava e, poucos anos depois, promulgava sob a Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916, um único Código Civil de aplicação abrangente a todo o país, pelo que então o cenário jurídico brasileiro convivia com um direito processual fragmentado em contrapartida a unicidade do direito substancial.¹⁰

Ainda que supostamente existente a desarmonia normativa entre os cognominados sistemas civil formal e material (PICARDI; NUNES; 2017, p. 96), de modo que o aperfeiçoamento deste em um corpo legal único imprimisse maior coesão e coerência ao ordenamento jurídico e, por conseguinte, melhor operacionalidade ao Direito, o Código Civil de 1916, ao reproduzir regras também processuais, contribuiu e impulsionou o desenvolvimento do direito processual civil.

Igor Raatz e Gustavo da Silva Santanna entendem que a previsão de normas de ordem processual no Código Civil de 1916 – como regras indicativas da ação cabível à tutela de determinado bem jurídico – tinham por escopo a padronização dos meios de

⁹A Justiça Federal no Brasil foi criada e organizada pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que também estabelecia as regras de tramitação dos processos a ela relativos, com inspiração nas disposições do Regulamento 737 (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p. 114).

¹⁰ Nicola Picardi e Dierle Nunes explicam que: “tal lacuna entre o direito substancial unitário e o direito processual fracionado encontra um ilustre precedente no ordenamento suíço, no qual, em frente a um Código Civil unitário de 1907, subsistia até esse ano vinte e seis códigos de processo civil, por sua vez, provenientes de três matrizes culturais (alemã, francesa e italiana). De resto, trata-se de uma repartição de competência legislativa não incomum nos Estados de estrutura Federal” (PICARDI; NUNES, 2017, p. 96).

realização do direito material e justifica-se pela necessidade de proteção a alguns institutos, ameaçados pela diversidade de normas formais estaduais aplicáveis (RAATZ; SANTANNA, 2017, p.6).

Porém, ao mesmo tempo em que o advento do Código Civil contribuiu para o desenvolvimento do direito processual civil no Brasil, indaga-se se a sua edição também retardou a idealização de nacionalização de um código específico, uma vez que os esforços e reflexões legislativas estavam totalmente voltados ao estabelecimento de normas que endossassem as pretensões econômicas liberais para as quais o Brasil se propusera (RAATZ; SANTANNA, 2017, p.7).

Assim, para esses ideais, era a legislação civil de 1916 considerada fundamental, uma vez que a organização do direito civil representava a possibilidade de maior controle sobre atos e situações jurídicas entre particulares, atores do cenário econômico.

No entanto, pouco se preocupava o legislador com a simbiose existente entre a previsão e tutela do direito material e seus meios formais de realização. Em outros termos, a suposta relação existente entre a norma substancial e processual seria, para o direito democrático, de coordenação, complementariedade e, portanto, de igual importância. Sendo assim, a edição de um Código Civil unitário apontou e trouxe consigo a necessidade e indispensabilidade de um Código de Processo Civil federal.

Essa lacuna só viria a ser resolvida com a edição do Código de Processo Civil de 1939, após o art. 5º, inciso XIX, alínea “a” da Constituição da República de 1934 devolver à União Federal a competência exclusiva para legislar sobre direito processual, regra que se manteve nas constituições subsequentes.¹¹

Nessa mesma linha de raciocínio, o art. 11 das disposições provisórias¹² determinava ao “Governo” que, após a promulgação daquela Constituição, nomeasse a comissão de juristas responsáveis por elaborar o projeto do Código de Processo Civil e Comercial, no prazo de 03 meses. Como resultado desses trabalhos, promulgou-se o Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, o primeiro código de processo federal brasileiro.

¹¹Art. 5º: Compete privativamente à União: XIX – legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais (BRASIL, 2017c).

¹² Art 11 - O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal (BRASIL, 2017c). Estabelecia ainda, o §2º desse dispositivo, que continuariam vigentes nos Estados os códigos estaduais, até que lhes sobreviesse o código federal (PACHECO, 1972, p. 67).

2.2 O Código de Processo Civil de 1939

Em obediência à determinação da Constituição de 1934, foram nomeados os Ministros Arthur Ribeiro e Carvalho Mourão e o advogado Levy Carneiro, os quais elaboraram três projetos parciais e os apresentaram ao então Ministro da Justiça Vicente Raó que, por sua vez, determinou a publicação dos trabalhos da comissão, em 1936, pela imprensa nacional (RAATZ; SANTANNA, 2017, p.3; MARTINS; MOREIRA, 2017, p. 450).

Apesar disso, a tramitação do projeto restou prejudicada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em razão do cenário histórico e político brasileiro da época, que vivenciava o golpe getulista de 10 de novembro de 1937, o qual culminou na revogação da Constituição de 1934 e dissolução do Congresso Nacional, cujas atividades foram suspensas por 07 anos (COSTA, 1970, p.83/84).

Em julho de 1934, Getúlio Vargas fora reeleito indiretamente ao cargo de Presidente da República pelo Congresso Nacional, no qual permaneceria até janeiro de 1938, quando então seriam realizadas eleições diretas à chefia do executivo (SKIDMORE, 1996, p. 39/40).¹³

Como ponderado por Boris Fausto, os movimentos ultranacionalistas, que foram potencializados pelas crises econômicas e ideológicas do liberalismo, tinham como mote a concentração de poderes e funções do Estado, no sentido de ser papel do ente público a organização e ordem da nação, a pretexto de promoção do desenvolvimento econômico e do bem-estar geral (FAUSTO, 2010, p. 195).

Não obstante, nessa mesma época a Europa continental conhecia governos totalitários marcados pela figura de seus principais expoentes – Mussolini, Hitler e Stalin –, o que impediu a ocorrência desse processo eleitoral no Brasil, posto que o movimento déspota proibia o voto direto à Presidente e nele se inspirava Getúlio Vargas.

Assim, premido por essa convicção e a despeito de proteger o país de suposto ataque comunista (Plano Cohen), Getúlio Vargas, através de um golpe de estado, determinou o fechamento do Congresso Nacional e outorgou uma nova Constituição,

¹³ Valéria da Conceição Chaves esclarece que “as eleições para a Assembléia Nacional Constituinte foram realizadas em 1933, mas somente em 16 de julho de 1934 foi promulgada a nova Constituição, pautada no princípio federalista determinando a realização de eleições para presidente da República, em janeiro de 1938. [...] No dia seguinte à promulgação da nova Constituinte, a Assembléia elegeu Vargas para mais um período de quatro anos na presidência da República” (CHAVES, 2017, p.38/39).

período histórico conhecido como “Estado Novo” e que compreende os anos de 1937 a 1945.¹⁴

A Constituição de 1937 teve como principal redator o então Ministro da Justiça Francisco Campos¹⁵, também responsável pela redação do Ato Institucional 01 do golpe ditatorial de 1964, e caracterizou-se por pleitear a restauração da autoridade e popularidade do Estado, ambição peculiar de movimentos desta estirpe.

O golpe de 1937, muito além de reafirmar a soberania estatal, representava o rompimento com o paradigma do Estado Liberal e, conseqüente, ascensão do Estado Social, o qual, premido por ideais de igualdade material e justiça social, reduz o cidadão à condição de clientes – consumidores dos serviços públicos por ele prestados (CARVALHO NETTO, 2004, p. 35).¹⁶

E assim, nessa conjuntura política, social e ideológica, gestou-se o Código de Processo Civil de 1939 que foi encomendado pelo Ministro Campos à comissão de juristas nomeada para este fim e composta pelos desembargadores da antiga Corte de Apelação do Distrito Federal, Edgar Costa, Álvaro Berford e Goulart de Oliveira, e pelos advogados Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins (PACHECO, 1972, p.67).

Todavia, em razão das muitas divergências da comissão quanto à orientação a ser seguida pelo anteprojeto, Pedro Batista Martins, individualmente, apresentou um trabalho de sua autoria, em forma preliminar de Código, que fora admitido por Francisco

¹⁴ Do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, também conhecida como “Constituição Polaca”, lê-se: “Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a nação sob a funesta iminência da guerra civil; atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país” (BRASIL, 2017d).

¹⁵ Sobre o tema, ver: MALIN, Mauro. *Bibliografia de Francisco Luis da Silva Campos*. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/francisco-luis-da-silva-campos>> Acesso em 18 out. 2017.

¹⁶ Essa ideia é expressamente encontrada na exposição de motivos do CPC/1939, quando se lê: “O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade afim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter publico” (CAMPOS, 2017, p. 3).

Campos e submetido, segundo estudiosos importantes, à “amplo debate” pela comunidade jurídica, após publicação como anteprojeto no Diário Oficial de 04 de fevereiro de 1939, não obstante pareça pouco sustentável que isso tenha efetivamente acontecido na ditadura (MARTINS; MOREIRA, 2017, p. 450/451; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.114/115).¹⁷

Findas as sugestões apresentadas, o anteprojeto sofreu nova revisão pelo Ministro da Justiça de Vargas que, para tanto, se utilizou do auxílio do magistrado Guilherme Estelitta e do professor Aogar Renault. Após, publicou-se na imprensa oficial, em 18 de setembro de 1939, o texto do Código processual¹⁸, que entraria em vigor em 01 de fevereiro de 1940, data postergada para o mesmo dia do mês seguinte daquele ano (PACHECO, 1972, p. 69).

Sendo produto do autoritarismo dominante (BECKER, 2002, p.81), a nova lei processual federal refletia a ruptura com institutos característicos do individualismo liberal no processo. Por essa razão, opôs-se ao princípio dispositivo o princípio inquisitório, expressão da “intervenção ativa do Estado no processo, mediante a formulação de um papel ativo do juiz” (PICARDI; NUNES, 2017, p. 97).

Por isso, o Código de Campos inaugurava a concepção publicística do processo no Brasil, em contrapartida ao viés privatístico até então preponderante (VIANA, 2017, p.1), dada a pouca exigência de atuação do juiz que, agora, em consonância com a dimensão do papel do Estado, tem seus poderes aumentados para representá-lo.

Assim, a ideia do “processo civil autoritário”¹⁹ é inerente e provém de um direito truculento que se legitima através do alargamento do Estado encarnado na autoridade judicial.²⁰ Essa mesma ideologia absolutista que origina o CPC/1939, encontra paralelo no CPC mussoliniano de 1940, da Itália.

¹⁷ Igor Raatz e Gustavo da Silva Santana ressaltam que foram submetidas ao apreço do Ministro Francisco Campos, aproximadamente, quatro mil sugestões, resultantes do debate oportunizado, quando da publicação do anteprojeto de Pedro Batista Martins no Diário Oficial, em de 04 de fevereiro de 1939, provenientes das mais diversas classes jurídicas, como advogados, juízes, institutos, associações, sendo que muitas das propostas se converteram em emendas ao texto do CPC (RAATZ; SANTANNA, 2017, p.4).

¹⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm> Acesso em 17 out. 2017e.

¹⁹ O “processo civil autoritário” de Francisco Campos, “é aquele que a administração da justiça haveria de ser cada vez mais rigorosa, eficaz, mais pronta e, portanto, requerendo cada vez mais o uso da autoridade pública” (CAMPOS, 2017, p.3), pelo que então, conclui Becker: “Nesse tipo de processo, há um comprometimento tipicamente fascista de restauração do princípio da autoridade” (BECKER, 2002, p. 79/80).

²⁰ Essa visão é exemplificada através do papel da autoridade judicial no paradigma do Estado Social, a partir da explicação de Menelick de Carvalho Netto: “o juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato [Estado Liberal]. A hermenêutica jurídica reclama métodos mais

Assim parece ser, por que

Tanto o Estado Novo brasileiro quanto o Estado fascista italiano buscaram, por meio de seus códigos processuais – e suas exposições de motivo são testemunhos eloquentes disso –, fazer com que o processo fosse encarado como verdadeira atuação de uma opção política (BECKER, 2002, p.84).

Como bem destacado por Becker, a perspectiva de Francisco Campos para o CPC/1939 era a de que o reforço da autoridade do Estado, por meio do aumento de poderes do juiz, traria ao processo maiores celeridade e aptidão para resolver os conflitos sociais, resolvendo-se, assim, os problemas apresentados pelo processo civil anterior²¹, o qual era considerado por José da Silva Pacheco (PACHECO, 1972, p. 108/120) como formalista e duelístico, portanto, demorado, na medida em que sustentava batalhas intermináveis (BECKER, 2002, p.68).²²

Assim, a política legislativa adotada pelo sistema instrumentalizou o processo como um meio de manipulação e controle da justiça de acordo com a valoração dada a ela pela vontade estatal, “não se podendo afirmar que esse interesse seja meramente formal”, vez que, para Francisco Campos, “a Justiça é o Estado e o Estado é a Justiça” (CAMPOS, 2017, p.3).

sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inseridas nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais. Aqui o trabalho do juiz já tem que ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 36).

²¹ O processo civil brasileiro que regulado pela legislação antecedente ao CPC/1939 – Ordenações portuguesas, Regulamento 737 e Códigos estaduais – era marcado pela inexpressividade da figura do juiz no processo que, sob o comando de um princípio dispositivo, dever-se-ia manter inerte até que a conclusão dos autos o oportunizasse o conhecimento da matéria (NAVES, 1949, p.30). Nos dizeres de Juvêncio Vasconcelos Viana, “um processo com forte acentuação privatística, portanto” (VIANA, 2017, p.1).

²² Em outras palavras, a exposição de motivos do CPC/1939 é expressa em dizer que, muito além de ser um imperativo constitucional, tem ele alcance e sentidos mais profundos: “de um lado, a nova ordem política reclamava um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça; de outro, a própria ciência do processo, modernizada em inúmeros países pela legislação e pela doutrina, exigia que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de Estado para Estado, regia a aplicação da lei entre nós. [...] O processo era mais uma congerie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo decaía da sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem acorre em defesa do próprio” (CAMPOS, 2017, p.1 – *sic*).

Disso denota-se que, para o CPC/1939, o processo funcionaria como um espaço de legitimação do agir estatal salvador, já que a afirmada indissociabilidade entre Estado e justiça tornava presumidamente justos e corretos os atos judiciais.

Nesse momento, pertinente é a crítica feita por Becker à prejudicialidade a democracia de uma justiça sempre inerente ao Estado, proposta que leva a crer que “a completa incorporação do ideário totalitário – que se encontra no Estado – é a solução para a crise da Justiça” (BECKER, 2002, p. 86/87).

E mais, essa perspectiva estatalizante denuncia um oportunismo político legislativo utilizado, na medida em que o processo, ao invés de ser o *locus* de instalação do debate para a produção e falseamento de teorias democráticas do direito, é tido como mecanismo de atuação e legitimação de poder. Isso inviabiliza qualquer visão democrática de processo, que se deve prestar à fiscalidade e controle do Estado.

Desse modo, além de desagradar em seu aspecto político, o CPC/1939 recebia críticas de diferentes ordens, inclusive quanto ao seu rigor técnico, o que gerava problemas práticos decorrentes de sua aplicação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 115). No entanto, continuou a regular o direito processual civil até 1973.

Ademais, desde a vigência do Código de 1939, o mundo como um todo sofreu variações estruturais, políticas e sociais – por exemplo, a decadência do nazi-fascismo na segunda guerra mundial, ou, especificamente no caso brasileiro, a ascensão e queda da ditadura militar (1964/1985) – e o direito precisava dar conta disso.

Então, além de corrigir os problemas técnicos identificados paulatinamente pela prática, seria, segundo os estudiosos, necessário aproximar a realidade social da época ao direito processual civil, atualizando o sistema de acordo com o amadurecimento teórico e acadêmico que a disciplina havia tido (MARTINS; MOREIRA, 2017, p. 451), principalmente pela contribuição libmaniana, a qual adiante se discorrerá.

Esse pensamento é sistematizado por José da Silva Pacheco que sustentou, à época, que a necessidade de atualização ou reforma da lei processual civil adviria de objetivos bem delineados, tais como

- a) uma atitude crítica em face de nossos problemas reais e atuais (o que implica no exame do processo como fato e dos órgãos operativos) e das técnicas que, para sua solução, nos aponta a experiência de outros povos ou a ciência, que é universal; b) um exame crítico de nossa realidade, em face de nosso formalismo estrutural ou de nossas leis vigentes ou pretéritas; c) um

exame crítico da fórmula proposta e o modelo prospetivo de realidade do futuro em que vigerá a lei (PACHECO, 1972, p. 111).

Nesse ínterim, o Brasil recebia o aplaudido processualista italiano Enrico Tullio Liebman, que aqui permanecera por seis anos, após exilar-se da Europa por motivos políticos e sociais (PICARDI; NUNES; 2017, p.97). Durante sua estadia no país, dedicou-se ao estudo do direito processual, contribuindo notoriamente para seu desenvolvimento, razão pela qual sua obra merece destaque no presente trabalho, tendo em vista o excuro histórico ao qual ele se propôs.

2.3 A contribuição de Liebman para o direito processual brasileiro: a consolidação de uma Escola Processual

Enrico Tullio Liebman já era professor catedrático na Itália quando, ao início da Segunda Grande Guerra, mudou-se para o Brasil, fugindo do fascismo italiano (BUZUID, 1982, p. 14).²³ Trazia consigo toda a sua bagagem intelectual sobre o direito europeu, possibilitando a interlocução entre esse e a doutrina processual brasileira, a qual, inegavelmente, pelo autor será influenciada.

Em obra intitulada “Grandes processualistas”, Alfredo Buzaid trata da influência acadêmica e científica de Liebman no país. Sem economia de elogios, declara-se dele fiel discípulo e o atribui a célebre responsabilidade de ser “fundador do direito processual brasileiro” (BUZUID, 1982, p.3/5).

Tamanha a sua importância e notoriedade científica, que Cândido Rangel Dinamarco, com a mesma idolatria, o canoniza como “*Pai* do nosso pensamento jurídico-processual e fonte obrigatória de pesquisa por todos que militam na Justiça e se interessam por essa área do saber jurídico” (DINAMARCO, 2010, p. 63 – grifos do autor).

Quando chegou, aqui não encontrou uma realidade muito dissonante daquela da qual fugira, haja vista a opção legislativa do então Código vigente pela adoção no processo das pretensões totalizantes do Estado. Além disso, o fato Brasil ter declarado guerra à Itália em 22 de agosto de 1942 tornava difícil a situação de italianos no território nacional.

²³ Nicola Picardi e Dierle Nunes esclarecem que Liebman deixou a Itália após a publicação, em 28 de outubro de 1940, do Código de Processo Civil mussoliniano, o qual fora considerado expressão do fascismo estatal, prevendo disposições sobre dignidade e autoridade do Estado fascista, ficando ao encargo do juiz, enquanto representante do ente público, a direção proeminente e reguladora do processo (PICARDI; NUNES, 2017, p. 98).

Não obstante, atuando no cenário jurídico brasileiro, se impressionou com um direito processual precário, extremamente formalista e preso a técnicas obsoletas, que há muito haviam sido superadas por ordenamentos europeus (DINAMARCO, 2010, p.33). Diante disso, logo cuidou de apresentar²⁴ ao público brasileiro a cultura processualística italiana, fazendo-o, por exemplo, através da publicação das “Instituições” de Giuseppe Chiovenda adaptadas à realidade brasileira, por meio de notas de sua autoria (BUZOID, 1982, p. 18).

Dinamarco acredita que, muito embora a disciplina, anterior ao professorado de Liebman, fosse estudada por “insignes” juristas brasileiros²⁵, inexistia um pensamento processualístico proveniente de uma escola²⁶ (DINAMARCO, 2010, p. 34), com o que concorda Daniel Mitidiero ao constatar a inexistência de um “manancial teórico comum” entre os interessados pelo direito processual (MITIDIERO, 2010, p. 174).

À vista disso, Liebman dedicou-se à investigação e atualização do direito formal positivo nacional, cooperando para maior rapidez e eficiência do processo, tarefa que lhe rendeu a publicação de “Estudos sobre o processo civil brasileiro”. Nesta obra, confirmava as primeiras impressões que teve sobre o direito processual do Brasil (formalista e arcaico), e também constatava a exacerbação dos poderes judiciais (LIEBMAN, 1947, p. 484/485).

Enquanto esteve no Brasil, iniciou sua docência em rápida passagem pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, transferindo-se, após, para São Paulo, onde aceitaria o convite para lecionar na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco (BUZOID, 1982, p.14). Lá, também ministrou curso de extensão universitária na Universidade de São Paulo.

²⁴ Cândido Rangel Dinamarco identifica em Liebman o interesse herdado de seu mestre Chiovenda por “perfis históricos do direito processual e pelas atualidades jurídico-positivas de outros países europeus”. Suas obras contêm “imersões de direito romano e no intermédio, revelando conhecimento e familiaridade com as fontes e com o contexto jurídico, político, social, econômico e cultural de cada época; e, também apresentam preciosos elementos de comparação jurídica, especialmente com o direito vigente na Alemanha, França e Áustria, cuja doutrina era àquele tempo de grande influencia por toda a Europa”. Liebman fora responsável pela ponte entre a cultura italiana e a brasileira das primeiras décadas do século XX (DINAMARCO, 2010, p.36/37).

²⁵ Como exemplo, destaca-se Francisco de Paula Batista, João Mendes Júnior, Gabriel Rezende Filho, João Monteiro e Guilherme Estelitta.

²⁶ A noção de escola compreende a solidificação e perpetuação de um conhecimento que independa de seu emissor para ser entendido. Nesse sentido, Dinamarco explica que: “os pensamentos e escritos de Liebman vieram a projetar-se intensamente na cultura processualística de nosso país, com forte repercussão, desde logo, na doutrina dos que com ele conviveram e, ao longo de todas essas décadas, no pensamento formado entre os discípulos de seus discípulos. Daí a ideia orgânica de uma verdadeira escola [...]” (DINAMARCO, 2010, p.39). Nessa mesma linha de raciocínio, para Alfredo Buzaid, os objetivos de formação de uma escola do pensamento seriam “renovar, progredir, aprofundar o conhecido, revelar o incógnito, estimular a especulação, desenvolver o ânimo criador e melhorar as instituições sociais” (BUZOID, 1982, p.5).

Entretanto, a produção acadêmica de Liebman no Brasil não se reduzia ao magistério universitário. Daniel Mitidiero relata que, semanalmente, o professor presidia e promovia, em sua própria residência, um grupo de estudos composto por jovens interessados em discutir o direito processual, dentre os quais estava Alfredo Buzaid, anos depois responsável pelo CPC/1973 (MITIDIERO, 2010, p.175).

E mais, mesmo após regressar à Itália, em 1946, para assumir a cátedra da Faculdade de Direito da Universidade de Milão (BUZOID, 1982, p.14), Liebman continuou dialogando com estudiosos brasileiros, de modo que continuava a recebê-los e influenciá-los. Muitos desses juristas ainda se destacam no cenário jurídico processual nacional, como é o caso de Cândido Rangel Dinamarco (MITIDIERO, 2010, p. 176).

Autointitulando-se discípulos de Liebman, Alfredo Buzaid e Cândido Rangel Dinamarco marcam a história do direito processual civil brasileiro, na medida em que, respectivamente, responsabilizam-se pela substituição do CPC/1939 pelo CPC/1973 e pela estabilização da escola instrumentalista de processo na dogmática jurídica tradicional.

Com isso, têm-se a perpetuação do pensamento libmaniano no direito processual brasileiro, o que denota uma das principais consequências de sua passagem pelo país: a formação de uma Escola Paulista de Processo que, inegavelmente, influencia a doutrina e legislação processuais no Brasil.²⁷

Nesse aspecto, a tese de doutoramento de Frederico Normanha Ribeiro de Almeida, onde se denuncia a intervenção das “elites jurídicas” no direito brasileiro, identifica a posição ocupada pela referida escola no cenário jurídico processual brasileiro, promovendo, através de estudos de um “grupo íntimo”²⁸ de “doutrinadores” do direito processual, a expansão de correntes de pensamento aliadas à política da justiça estatal (ALMEIDA, 2010, p. 156/157).

²⁷ Sobre a influência da Escola Processual Paulista no direito brasileiro, Almeida destaca ainda que “embora a institucionalização da Escola Processual Paulista como grupo de referência no campo jurídico esteja diretamente relacionada à própria institucionalização do campo acadêmico do direito – por meio da criação de programas de pós-graduação em direito processual, com destaque para os das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) -, a legitimidade do grupo não decorre exclusivamente do título acadêmico e do capital acumulado na atividade de pesquisa e ensino, mas sim de uma combinação dos capitais produzidos nesse tipo de trajetória intelectual com a experiência prático-profissional, presente na trajetória dos juristas diretamente envolvidos na aplicação do direito processual” (ALMEIDA, 2010, p. 152).

²⁸ Para Frederico Normanha, a Escola Processual Paulista é um grupo íntimo, ou seja, estudiosos brasileiros organizados de maneira informal em redes de relacionamento entre si e com o Estado, que se formalizada através do IBDP que, a seu turno, reúne especialistas em direito processual reprodutores das conjecturas da Escola (ALMEIDA, 2010, p.157).

Nas palavras do autor,

Afinal, como já dito, a Escola Processual Paulista pode ser considerada o núcleo ideológico e histórico de um grupo intelectual influente na teoria jurídica processual e na administração da justiça estatal, cuja expansão e incorporação de outros agentes se deram principalmente pela criação do IBDP e pela institucionalização e reprodução do prestígio acumulado por aquele núcleo. Além disso, e também como já demonstrado, as redes de relações entre os membros da Escola, de diferentes gerações, e entre eles e o Estado e as carreiras jurídicas reforça características apontadas por Mannheim para a caracterização de um grupo reduzido de intelectuais e de sua influência na formação de correntes de pensamento – no caso em análise, de uma corrente predominante de doutrina jurídica processual, com reflexos na política da justiça estatal (ALMEIDA, 2010, p. 157).

Ainda sobre a Escola Processual de São Paulo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco explicam que

A Escola Processual de São Paulo caracterizou-se pela aglutinação de seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como o da relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou *res in judicium deducta*), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 140 – grifos dos autores).

O pensamento processual paulista, portanto, reproduz uma perspectiva socializante do processo a partir de sua reestruturação por escopos políticos, sociais e jurídicos, sendo defendido originariamente por integrantes da Escola Paulista, dentre eles Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover e, depois, também pela “segunda geração” de instrumentalistas, dentre os quais estão Teresa Arruda Alvim Wambier (relatora do anteprojeto do CPC/2015), Vicente Greco Filho, José Carlos Barbosa Moreira, Flávio Luis Yarshell, Kazuo Watanabe, Celso Neves e outros (PAULA, 2002, p. 356).

Do excerto se percebe que a noção instrumental do processo é disseminada no direito processual nacional, inclusive opção expressa do Código de Processo Civil de 2015 (FUX, 2017), vez que defendida pela referida Escola processual, que influencia o ensino da disciplina no país e cuja notabilidade a autoriza a desconsiderar qualquer produção teórica avessa às suas premissas, pelo que se auto responsabiliza pela existência e manutenção de uma teoria geral do processo.

2.4 O Código de Processo Civil de 1973

Os anos que antecedem a década de 1970 foram muito difíceis ao país, do ponto de vista político, social e jurídico. Isso porque o Brasil demoraria a se libertar do regime ditatorial, agora sob a forma de militarismo. Um projeto de Estado Democrático de Direito só surgiria anos mais tarde, pelo que então se vivenciava o Estado de exceção, haja vista a sobrevalência de atos institucionais à Constituição.

Não obstante o autoritarismo estatal traço do período Vargas, entre 31 de março e 01 de abril de 1964, o movimento militar derrubou o então presidente João Goulart para atender aos interesses da elite nacional aliada e proteger o país da ameaça comunista (CASTRO, 2008, p. 526). *Mutatis mutandis*, a mesma justificativa de Getúlio Vargas para a perpetuação no poder.²⁹

Nesse interregno, têm-se o fastígio do movimento ditatorial no Brasil, que começaria com a edição do AI-5, ao final de 1968, e duraria até o início de 1974, com o fim do governo de Emílio Médici, período histórico conhecido como “anos de chumbo”, por designar o momento mais repressivo da ditadura militar (CASTRO, 2008, p. 552/555).

A agressividade do AI-5 provinha justamente do autoritarismo estatal que ele sustentava. Fechou-se o Congresso Nacional, concederam-se ao Executivo poderes ilimitados de ingerência nos demais, inclusive para legislar, além da prerrogativa de decretação de Estado de Sítio a qualquer tempo e independente de fundamentação idônea, com consequente suspensão de garantias constitucionais e confisco de bens. A Constituição de 1967 era, pois, a materialização de toda essa excepcionalidade (BUENO, 2010, p. 392; RAATZ; SANTANA, 2017, p. 15).

E assim, em contexto histórico muito semelhante à conjuntura de formação do código anterior, elaborou-se o Código de Processo Civil de 1973, cujas premissas são, portanto, totalmente avessas ao direito democrático, seja pelo fator político que mascaram, seja pela ideologia de seus mentores.

Nessa ótica, de logo já se nota a pertinência das observações de Becker quanto às pretensões totalizantes do CPC/1973, as quais podem ser identificadas ao menos em

²⁹ João Goulart era tido como ameaça comunista após criar o chamado “Plano Trienal”, que propunha reformas de base educacional, tributária, agrária, eleitoral e urbana, mediante maior intervenção do Estado na economia, o que ia totalmente contra aos interesses da elite nacional e da classe média aspirante. Mais informações sobre o tema, ver: INSTITUTO JOÃO GOULART. *João Goulart*. Disponível em: <<http://www.institutojoaogoulart.org.br/conteudo.php?id=17>> Acesso em 19 out. 2017.

dois aspectos e justificadas com trechos da própria exposição de motivos do anteprojeto da lei, destacados pelo autor assim

1) pretensão totalizante de codificação: a atividade codificadora foi encarada como uma opção pela padronização/uniformização (uma “obra unitária” no “plano dos princípios”), de cunho nitidamente totalizante/totalitário, de todas as normas processuais (“a quase totalidade dos preceitos legais”); rejeitou-se terminantemente a possibilidade de fazer um “mosaico de coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções”, pois “a fidelidade aos princípios não tolera transigências”. Note que esse “mosaico” pode significar tanto a pluralidade de reformas parciais – note que o Min. Buzaid tentava evitar, e que no entanto vingou em 1994 – quanto ao próprio debate democrático em torno de seu Projeto – o que efetivamente não ocorreu, dada a velocidade de sua tramitação no Congresso (ver seção 2.7.3). [...] **2) pretensão totalizante do procedimento ordinário:** dentro da lógica identificada por Tarello, de que os processos de codificação visam à superação do “particularismo jurídico”, era preciso, para o codificador de 1973, padronizar/uniformizar procedimentalmente o CPC/39 (BECKER, 2002, p. 87/89 – grifos do autor).

A par disso, o Código de Processo Civil de 1973 surgiria como uma opção de melhoria dos defeitos técnicos da lei anterior, que foram evidenciados pela prática forense. De mais a mais, as pesquisas da já consolidada “Escola Processual de São Paulo” revelavam um direito processual hipoteticamente mais eficaz do que aquele da norma positivada, pelo que eram necessários a atualização e o aprofundamento teórico da matéria (PICARDI; NUNES, 2017, p.99).

Sendo assim, as vicissitudes provocadas por Liebman e seus estudos no direito processual civil brasileiro fizeram tendência. Em vista disso, é que “a Escola Processual de São Paulo, pelas mãos de um de seus mais destacados integrantes, o prof. Alfredo Buzaid, foi a maior alavanca da substituição do Código de 1939 por um novo” (DINAMARCO, 2010, p. 39).

Com efeito, em 1961, o então Ministro da Justiça Oscar Pedroso Horta confiou isoladamente a Alfredo Buzaid³⁰, professor catedrático de direito processual civil da faculdade de direito da Universidade de São Paulo, a preparação do anteprojeto de um código de processo civil em substituição ao vigente, o qual fora apresentado, em 1964, a Milton Campos, que já preenchia a cadeira de Pedroso Horta (MITIDIERO, 2010, p. 176).

Logicamente, por ser discípulo direto de Liebman, a produção de Buzaid se estruturaria a partir dos ensinamentos de seu mestre, que serviriam de subsídios para

³⁰ Sobre a bibliografia de Alfredo Buzaid, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verministro.asp?periodo=stf&id=18>> Acesso em 18 out. 2017.

remodelação de institutos atécnicos da lei anterior, além de trazer outros até então inexistentes no sistema processual civil brasileiro.³¹

José da Silva Pacheco ainda afirma que o referido anteprojeto fora pauta de numerosas discussões, sustentando, inclusive, calorosos debates acadêmicos no Congresso Nacional de Direito Processual Civil, promovido pelo IBDP³², em 1965, na capital paulista, para essa finalidade específica (PACHECO, 1972, p. 120).

Nesse ponto, discorda Sálvio de Figueiredo Teixeira, para quem muito embora tenha sido o texto de Buzaid submetido a uma comissão revisora constituída para tanto³³, não fora o projeto totalmente submetido ao debate democrático (TEIXEIRA, 2003, p. 54/58).

Os trabalhos da comissão de revisão foram endereçados, em 1971, a Buzaid, que desde novembro de 1969 ocupava o cargo de Ministro da Justiça do governo ditatorial de Emílio Médici (PACHECO, 1972, p. 120). O novo texto, que acatava parte das sugestões propostas, foi então encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, em agosto de 1972, sob a forma de projeto n. 810/72 (MARTINS; MOREIRA, 2017, p. 452).

³¹ Para Cândido Rangel Dinamarco, sem pretender reduzir a dimensão do trabalho de seu mestre, o maior reflexo libmaniano no CPC/1973 consistia no entendimento que ele trazia a respeito da *coisa julgada* como eficácia que gera imutabilidade à decisão (art. 468), restringindo essa imutabilidade ao campo decisório da sentença (art. 469). Além disso, Liebman também era percebido na previsão de *juízo antecipado de mérito* (art. 330), instituto idealizado por ele desde a década de 1940, mas repudiado pelos tribunais brasileiros. Ainda, tendo em vista a reprovação de Liebman à ação executiva (CPC/1939, art. 298/301), resquício das práticas medievais há muito já superadas pela Europa, equiparou-se a *eficácia de títulos judiciais e extrajudiciais*; criou-se o *poder geral de cautela* (art. 798). O pensamento libmaniano também podia ser observado na linguagem do CPC/1973, se comparada ao CPC/1939, o qual se utilizava de locuções ultrapassadas, como *absolvição e cessação de instâncias*, para designar *formação, suspensão e extinção do processo*. Aprimorou-se, ainda, a terminologia que identificava os atos do juiz em *despacho, decisão interlocutória e sentença* (art. 162), não se falando mais em *medidas provisórias*, mas sim em *ação, processo e medidas cautelares*, conforme já se havia depurado em aula proferida por Liebman no Largo do São Francisco, dentre outros (DINAMARCO, 2010, p. 39/41).

³² O Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDPC, hoje IBDP, foi fundado em 1958 e surge como marco da institucionalização, consolidação e formalização da Escola Processual Paulista, principalmente após a influência de Enrico Tulio Liebman. É uma organização formal ampliada, composta por especialistas em direito processual que se filiam à posição doutrinária daquela Escola. Através de seus membros com acesso às comissões para elaboração e revisão legislativa, participa na elaboração de projetos de lei, tendo como feitos: CPC/1973, de autoria de Alfredo Buzaid com participação de José Frederico Marques; CDC, cuja elaboração teve contribuição de Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover; Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, para cuja elaboração colaborou Antônio Magalhães Gomes Filho; anteprojeto da Lei de ACP, cuja comissão de elaboração era composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco (ALMEIDA, 2010, p. 149/155).

³³ A comissão revisora era composta pelos professores José Frederico Marques e Luís Machado Guimarães e pelo desembargador Luís Antônio de Andrade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.115), sendo que este último em substituição a Guilherme Estelitta, anteriormente nomeado, mas falecido antes da conclusão dos trabalhos (TEIXEIRA, 2003, p.55/57). Daniel Mitidiero acrescenta, ainda, os nomes de José Carlos Moreira Alves, Cândido Rangel Dinamarco e José Carlos Barbosa Moreira (MITIDERO, 2010, p. 176; BUZOID, 1982, p. 45).

Após sofrer muitas emendas, o projeto foi aprovado e promulgado sob o rótulo de Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituía o Código de Processo Civil brasileiro, o qual vigeria a partir de primeiro de janeiro do ano seguinte e já nascia predestinado a ser “um monumento imperecível de glória a Liebman, representando o fruto do seu sábio magistério no plano da política legislativa” (BUZAID, 1982, p. 45).³⁴

A política legislativa que orientou a elaboração do anteprojeto pautava-se em duas noções convergentes, quais sejam a de centralização da jurisdição estatal e a da instrumentalidade do processo. Essas “concepções dominantes”, nas palavras de Alfredo Buzaid, influenciavam o direito processual civil desde meados do século XIX, provocando, inclusive, a revisão de seus conceitos fundamentais (BUZAID, 2002, p. 32).

Uma noção de jurisdição como atividade monopolística do Estado, que eleva o Poder Judiciário “a eminência de órgão da soberania nacional”, é possível entre os adeptos da relação jurídica processual³⁵, que entendem o processo como “instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes para dirimir conflitos de interesses” (BUZAID, 2002, p.33), perspectiva criticada por Rosemiro Pereira Leal e Andréa Alves de Almeida (2011).

Nesse aspecto, pelo entendimento de Leal e Almeida, com o qual se concorda, o CPC/1973, ao entender o processo em função da “tecnologia da jurisdição” na expressão de André Cordeiro Leal (2008, p.65), não só colaborou com o fortalecimento do estado de exceção implantado no Brasil, como também desvinculou a jurisdição de qualquer atividade crítico-discursiva nos paradigmas do direito processual democrático, já que a decisão portadora de escopos metajurídicos seria produto de uma atividade cerebrina solipsista do Estado-juiz (LEAL; ALMEIDA, 2011, p.29/33).

Apesar disso, tendo suas premissas expressas na exposição de motivos, o Código Buzaid³⁶ surge com a pretensão de ser uma “instituição eminentemente técnica” inspirada em “monumentos legislativos” notáveis em todo o mundo (BUZAID, 2017, p.12), como os códigos processuais da Alemanha e da Áustria, os quais, possuidores de rigor científico

³⁴ BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm> Acesso em 18 out. 2017f.

³⁵ Sobre o tema, ver: BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2003.

³⁶ É plausível a explicação em rodapé, de Daniel Mitidiero, a respeito da utilização da expressão “Código Buzaid” para indicar a autoria de um sistema processual civil e também separá-lo de outro sucessor, para o qual se reserva a expressão “Código reformado”. O Código Buzaid, portanto, teve vigência entre 1974 e 1994, ano em que se encetaram as reformas do código de processo civil, ultimadas em 2006 (MITIDIERO, 2010, p. 176). Sobre o tema, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2009, vol.1.

e precisão técnica, foram paradigmas para diversas legislações do século XX (BUZAIID, 2002, p. 33).

Daniel Mitidiero ainda observa a evidência de influências da processualística alemã e, principalmente, da doutrina italiana no CPC/1973 (MITIDIERO, 2010, p. 177). Os restos da cultura processual da Itália no direito processual civil brasileiro não são notados somente pelo espírito libmaniano que nele se ancora desde a passagem do autor pelo país, mas também a partir da indicação de Buzaid das Instituições de Chiovenda como obra basilar à compreensão da lei (BUZAIID, 1982, p.7/8).

A divisão estrutural inicial do Código Buzaid em processo de conhecimento, execução e cautelar, respectivamente, com atividades de cognição, jurissatisfatividade e assecuratorialidade na tutela de direitos, era mais um aspecto que denunciava a herança do processualismo europeu no direito processual brasileiro, além de sua pretensão à neutralidade científica (MITIDIERO, 2010, p.177; BUZAIID, 2002, p. 31/48).³⁷

É com base na topologia dos livros do CPC/1973, bem como nas atividades que pressupõem, que Mitidiero caracteriza-o como um código “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica”, uma vez que pensado a partir da ideia de dano e, portanto, predestinado à prestação jurisdicional repressiva (MITIDIEDO, 2010, p. 182).

Apesar de tudo isso, se comparado ao código processual anterior, o CPC19/73 não apresentou alterações significativas quanto às suas categorias fundamentais – jurisdição, ação e processo –, até mesmo porque se manteve uma noção cesarista do processo, que já permeava o Código de Campos. Aliás, ambos os códigos se formaram a partir de prognoses individuais e em contextos históricos e ideologias jurídico-políticas semelhantes.³⁸

Ainda que se possa dizer que o Código Buzaid trouxe melhorias técnicas, quiçá uma “neutralidade científica” e, até mesmo, certo aperfeiçoamento estético de alguns institutos – embora muitos outros fossem dotados de caráter ideológico forte (PICARDI; NUNES, 2017, p. 100) –, ainda era “individualista como o de antes” (DINAMARCO,

³⁷ Daniel Mitidiero esclarece que o anteprojeto do CPC/1973, elaborado por Alfredo Buzaid, apresentado em 1964 ao Governo Federal, só contemplava os seus três primeiros títulos, quais sejam: o processo de conhecimento (arts. 1 a 612), processo de execução (arts. 613 a 845) e o processo cautelar (arts. 846 a 913), não mencionando sobre o livro quarto, atinente aos procedimentos especiais, e nem sobre as disposições finais e transitórias (MITIDIERO, 2010, p. 177).

³⁸ Tanto o CPC/1939 quanto o CPC/1973 são códigos solipsistas, uma vez que gestados a partir do pensamento isolado de doutrinadores especificamente escolhidos para tanto, Pedro Batista Martins e Alfredo Buzaid, respectivamente. Ambos os doutrinadores defendiam ideologias jurídico-políticas afinadas e se inseriram em contextos históricos também convergentes – ditadura Vargas e o militarismo.

2001, p. 25), não inovando naquilo em que mais deveria: uma teoria democrática do processo.

Curiosamente, na atualidade, Cândido Rangel Dinamarco é um dos principais representantes vivos da escola instrumentalista do processo – vertente da teoria relacionista adotada pelo CPC/1973 e opção expressa do CPC/2015, como adiante se verá –, mas expressamente assumiu a inabilidade do Código Buzaid nesse sentido.

Por isso é que, como dito de início, o vigente [a época] Código de Processo Civil não representa uma revolução metodológica, ideológica ou estrutural em relação ao precedente. Consagra um modelo processual equivalente ao que tínhamos antes, embora revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida alguma, introduzindo alguns progressos substanciais. [...] Reconfirma-se, pois: a reforma de 1.973 não alterou substancialmente o modelo processual que tínhamos (DINAMARCO, 2001, p. 25 – grifos do autor).

Ante ao exposto, constata-se o insucesso de Alfredo Buzaid, quanto à sua pretensão de “refazer o código em suas linhas fundamentais” ou de “introduzir modificações substanciais” no sistema processual civil brasileiro (BUZOID, 2017, p.10). A verdade é que o CPC/1973 não rompeu consideravelmente com o Código de 1939 e seus pressupostos, porque, mesmo tendo sido elaborado com o intuito de fazê-lo, o Código Buzaid ainda retratava uma compreensão jurídico-processual tradicional e, por isso, não haveria como transgredir a velha estrutura.

Então, o direito processual civil brasileiro de fato não se inovou. Permaneceu preso a dogmas ultrapassados, repetindo-os. Segundo Dinamarco, foi isso que levou o CPC/73 a silenciar sobre a tutela coletiva de direitos ou universalização da tutela jurisdicional, ideias hoje defendidas por setores doutrinários “progressistas” que os veem como meio/modo de alcance a efetividade. Por outro lado, pretendia o Código Buzaid ser um excelente instrumento técnico, o que conseguira, segunda a visão do Cândido Rangel (DINAMARCO, 2001, p. 24).

Assim, Fernando Rubin avalia que, na tensão entre segurança jurídica e efetividade³⁹, o CPC/1973 formava um sistema processual bem estruturado, mas um tanto quanto burocrático – haja vista seus compartimentos estanques (processo de conhecimento, execução e cautelar) –, o que não contribuía para a prestação jurisdicional em tempo hábil (RUBIN, 2017, p. 7).

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/102/86>> Acesso em 20 out. 2017.

À vista disso, inicia-se uma onda reformista do CPC/1973 por meio da edição de várias leis esparsas reformadoras. Esse movimento contribuíra muito para a revogação do Código Buzaid, alguns anos depois, pelo que então merece destaque.

2.5 As origens do direito processual: o movimento de socialização e seus reflexos no direito brasileiro pelas contribuições de Anton Menger e Franz Klein

O presente item deste trabalho têm como finalidade a exposição da ideia do movimento de socialização processual, proveniente de produções doutrinárias e legislativas de Anton Menger e Franz Klein, para demonstrar adiante que o direito processual tradicional já surge comprometido com o estado social, a partir do reconhecimento e assimilação da proposta socializante do processo.

Na tentativa de retirar o poder das mãos de reis e tiranos e, assim, acabar com as dominações tradicional e carismática, o movimento constitucionalista moderno surge como uma promessa de postura do Estado voltada a assegurar liberdade e igualdade formal entre os indivíduos para que, dessa forma, pudessem livremente pactuar.

Para o Estado Liberal, todos os membros da sociedade seriam homens livres, proprietários – ao menos do próprio corpo –, e, portanto, igualmente, sujeitos de direito hábeis a realizar atos jurídicos contratuais – que fosse da força de trabalho, ao exemplo. Nessa toada, esse novo direito de cunho racional era tido como “um sistema normativo de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade” (CARVALHO NETO, 2004, p. 32)

Porém, o culto excessivo à propriedade privada e à liberdade e igualdade abstratas ocasionaram práticas sociais abusivas, que configuraram o período histórico de maior exploração do homem pelo homem, além de potencializar a disparidade entre o acúmulo de capital e a miséria sem precedentes (CARVALHO NETO, 2004, p. 34).

Por conta disso, ante ao descontentamento das pessoas frente ao desenvolvimento industrial do século XIX, começam a surgir legislações sociais e correntes doutrinárias que acreditavam no poder de transformação social do direito (NUNES, 2008, p.79).

Nesse cenário, emerge um movimento mundial pela socialização processual – ou socialismo jurídico – no âmbito legislativo, inspirado na ideologia de Franz Klein⁴⁰,

⁴⁰ Fran Klein nasceu em 24 de abril de 1854, na cidade de Viena e fora advogado e professor de direito processual civil e romano, tendo sido também nomeado à secretário do Ministro da Justiça, em 1891,

seguidor das ideias de seu professor Anton Menger⁴¹ (TARELLO, 1989, p. 19), como reação às convicções liberais políticas e econômicas e suas consequências, defendendo, pois, o reforço de uma legislação que garantisse maior atuação judicial (NUNES, 2008, p.80).

A obra de Menger dedica-se ao estudo dos problemas sociais causados pela passividade judicial que, ante ao escudo da igualdade formal, bandeira do pensamento liberal, permitia a exploração e privilégio dos ricos aos menos abastados, razão pela qual valorizava a reforma social processual (MENGER, 1947, p. 64).

Assim, Menger propunha a abdicação legislativa do princípio dispositivo, o qual autorizava a atuação do Tribunal somente após a provocação das partes pelas vias procedimentais corretas, pelo que então defendia a ingerência espontânea do juiz na jurisdição civil (MENGER, 1947, p. 65/66).

Nessa perspectiva, portanto, uma atuação judicial aumentada justificava-se como conduta de compensação dos *déficits* sociais. É por isso que Dierle Nunes (2008, p. 80) observa a dualidade de papéis do juiz de Menger, que deveria atuar como educador, de modo a orientar todo cidadão a respeito do direito vigente, e como representante dos pobres no ambiente processual, ainda que isso contratasse seu dever de imparcialidade (MENGER, 1947, p. 68/69).

Quanto à função representativa do juiz, Menger afirmava que: “uma vez concedido ao rico o direito de fazer-se representar por um advogado, o juiz deveria estabelecer o equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte pobre” (tradução livre)⁴² (MENGER, 1947, p. 69).

Essa é a perspectiva estatal que patrocina a “curatela” social, através de uma legitimidade representativa imposta, não autorizada expressamente! O Estado-juiz assume uma função paterna e pedagógica para compensar e coibir as mazelas sociais que ele mesmo deu causa. Aos cidadãos, restava a condição de clientes de um juiz conselheiro e pai dos pobres que administra um serviço oferecido pelo ente público, incluindo aí o próprio direito.

dedicando-se à elaboração de legislação processual embasada na obra doutrinária de Anton Menger (NUNES, 2008, p. 82).

⁴¹ Anton Menger nasceu na Hungria, no dia 12 de setembro de 1841, tendo falecido em Roma, em sete de fevereiro de 1906. Um mês após a sua morte, Giuseppe Chiovenda apresentava, aos juristas de Napoli, a conferência “As reformas processuais e as correntes do pensamento moderno”, onde defendia a socialização processual em expressa referência à Menger e Franz Klein (RAATZ; SANTANNA, 2017, p. 8).

⁴² No original, lê-se: “Una vez concedido al rico el derecho da hacerse representar por abogado, el juez debería establecer un equilibrio entre las partes, asumiendo la representación de la parte pobre” (MENGER, 1947, p. 69).

Os reflexos do trabalho de Anton Menger podem ser observados na primeira legislação especialmente socializante, qual seja a “Ordenança processual civil austríaca” (ÖZPO)⁴³, de 1895, cujo autor principal fora Frank Klein (NUNES, 2008, p.81), vigente três anos depois (OLIVEIRA, 2003, p. 49/50).

Avesso ao modelo liberal, Franz Klein defendia a elaboração um código de processo preocupado com questões sociais, rompendo, assim, com a teoria individualista prevalente no direito processual do liberalismo, por meio da reorganização de papéis dos sujeitos processuais no procedimento (SPRUNG, 1980, p.147).

Alinhado ao pensamento mengeriano quanto ao papel da magistratura no direito, Klein também concordava com a figura do juiz ativista, que deveria atuar de modo a auxiliar as partes no entendimento de pontos obscuros do procedimento, aconselhando-as na emenda das alegações incompletas ou insuficientes, de modo a impedir que as lacunas eventualmente existentes prejudicassem o julgamento⁴⁴.

Assim parece ser, porque para Klein

Está claro: as partes devem comunicar e proporcionar ao juiz os fatos [Sachverhalt] do litígio [Streitfall], porque ele não sabe absolutamente nada da questão até a ação. Mas se isto é entendido de modo que o juiz não tenha qualquer ou nenhuma participação essencial no que lhe é oferecido nas alegações e provas [...], isto é, como é de se supor, altamente indesejável não só para os particulares mas para a vida jurídica e o próprio ordenamento jurídico (KLEIN, 1958, p. 17 *apud* NUNES, 2008, p.83 – grifos do autor).

Dessa percepção mengeriana e kleiniana pode-se perceber a atribuição ao processo de finalidades sociais, políticas e econômicas, mas também como um “caso de crise social”, a ser resolvido com a atividade mais concreta do Estado (NUNES 2008. P.83). *Mutatis mutandis*, essa noção fora assimilada pela teoria instrumentalista do processo, ao creditá-lo como instrumento de alcance de escopos pela jurisdição (DINAMARCO, 2003a, p. 181)⁴⁵.

⁴³ Dierle Nunes ainda esclarece que a ÖZPO era normativamente inspirada no *Prozess-Ordnung*, obra despota nitidamente antiliberal e autoritária, com limitação ao papel das partes pela atribuição do caráter de “senhor do juízo” ao magistrado (NUNES, 2008. p.81).

⁴⁴ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira exemplifica esse raciocínio através do estudo do §432 da ÖZPO austríaca, que permitia ao juiz a instrução das partes não conhecedoras do direito ou desacompanhadas de advogados, de modo a aconselhá-las sobre as consequências jurídicas se seus atos e omissões (OLIVEIRA, 2003, p. 50).

⁴⁵ Cândido Rangel Dinamarco expressamente assume o caráter instrumental do processo como meio de atuação jurisdicional para alcance de escopos processuais (políticos e sociais) quando diz que: “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhado da indicação de *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função de *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de se incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja,

Nesse mesmo sentido, pode-se inferir do texto de Rainer Sprung, em análise do processo civil austríaco, a responsabilidade de Klein para a limitação do entendimento de processo como “instituição de bem-estar social”, a partir da constatação do autor de que a maior contribuição de Franz Klein

[...] consistiu na compreensão sociológico-econômica da instituição processual e na orientação das instituições processuais singulares aos fins mencionados. Das normas processuais modernas, o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social das massas e deveria ser organizado como instituição de bem público! (SPRUNG, 1980, p.149).

Nesse momento, concorda-se com Dierle Nunes ter havido claramente a ruptura com o paradigma processual liberal, a partir da atribuição ao juiz de uma pretensa função assistencial e, concomitantemente, implantação da noção de protagonismo judicial, fortificada no modelo legal austríaco kleiniano (NUNES, 2008, p. 86).

Mundialmente conhecida, a legislação de Klein inspirou diversas reformas legislativas e doutrinárias em vários sistemas jurídicos, incluindo o brasileiro que admite inflexões socializantes no direito processual desde o CPC/1939, como adiante se demonstrará.

2.5.1 As influências do pensamento de Franz Klein no direito processual civil brasileiro

No direito brasileiro, as influências da metodologia kleiniana podem ser observadas já no CPC/1939, responsável por resgatar à União Federal a competência exclusiva para legislar sobre direito processual e, em decorrência disso, unificar, em parte, as leis processuais civis nacionais, até então bastante pulverizadas entre os Estados-membros.

Essa é uma conclusão que se infere a partir da exposição de motivos do referido Código, assinada pela então Ministro da Justiça Francisco Campos, ao expressamente assumir a subserviência do direito à autoridade Estatal.

O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e,

dos propósitos norteadores de sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual” (DINAMARCO, 2003a, p. 181 – grifos do autor).

no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade afim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. Ora, si a justiça, em regime liberal, poderia continuar a ser, o campo neutro em que os interesses privados procurariam, sob a dissimulação das aparências públicas, obter pelo duelo judiciário as maiores vantagens compatíveis com a observância formal de regras de caráter puramente técnico, no novo regime haveria de ser um dos primeiros domínios, revestidos de caráter público, a ser integrado na autoridade do Estado (CAMPOS, 2017, p. 3).

Assim, para realizar e garantir a supremacia estatal pretendida, o CPC/1939 teve como marca o aumento dos poderes judiciais, o que também revelava o espírito de Klein no Código e estava relacionado à mudança da concepção de processo que se tinha. É que, de um modelo privatístico e tradicional, passou-se à concepção publicística, ou seja, o processo deixava de ser uma atividade de interesse particular para ser considerado como um instituto de direito público, o que acarretou a mudança do papel do juiz (NAVES, 1949, p.31).

Dessa forma, a passividade judicial, característica da noção liberal processual, cedia lugar à figura do juiz ativista e autoritário, a quem competia a direção do processo, através de “intervenção constante, decisiva e autorizada” (NAVES, 1949, p. 91), a fim de administrar a justiça e revelar a verdade em juízo, o que era interesse principal do Estado (RAATZ; SANTANNA, 2017, p. 12).

Aliás, a superioridade da magistratura no direito era aplaudida e essencial na visão de Francisco Campos, já que a considerava como um dos principais pontos a serem destacados na nova ordem processual que nascia.

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade (CAMPOS, 2017, p.3).

Mas, o ápice da socialização processual se deu com “Projeto Firenze de Acesso à Justiça”, patrocinado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, com assinatura de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o qual buscava alcançar justiça social por meio do processo civil, partindo-se da concepção, então, de um Estado Protetivo e do Bem-Estar Social (PICARDI; NUNES, 2017, p. 101).

O projeto teve início a partir do ano de 1973, sendo traduzido para o português em 1988, e contou com a participação de 23 países, os quais, através de juristas nacionais renomados, indicavam quais as mazelas e prováveis soluções técnicas para os problemas de seus sistemas jurídicos. Dessa maneira, as experiências compartilhadas e difundidas serviriam de base para movimentos reformistas posteriores, incluindo o brasileiro.⁴⁶

Para o alcance dos fins desejados, o projeto valorizava a utilização dos procedimentos orais, bem como a maximização da atividade judicial no processo (CAPPELLETTI, 1988, p. 55), além de se desenvolver a partir de ondas de reforma, as quais, doutrinariamente, são denominadas de “ondas de acesso à justiça”.⁴⁷

Pela análise de Nicola Picardi e Dierle Nunes, o direito brasileiro foi sensível à tendência da socialização processual que, muito embora tenha se iniciado anteriormente à CRFB/88, tem com ela o seu esplendor, haja vista o extenso rol de direitos fundamentais processuais trazidos – a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pelo art. 98, é um exemplo (PICARDI; NUNES, 2017, p. 101/102).

Concomitantemente, acompanhando os ideais do movimento que já produzia efeitos no Brasil, teorias socializantes do processo foram sendo aclamadas pelo direito processual brasileiro, em especial, àquela de Candido Rangel Dinamarco (2003a), dita “teoria instrumentalista do processo”, veiculada pela obra “A instrumentalidade do processo” publicada em 1987 e que absorve as propostas de Klein.

2.5.2 As reformas do CPC/1973 como continuidade do movimento de socialização processual no Brasil

⁴⁶ Segundo relatos de Nicola Picardi e Dierle Nunes, participaram do projeto os países: Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, Chile, China, Colômbia, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, México, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos e Uruguai (PICARDI; NUNES; 2017, p. 101).

⁴⁷ A primeira onda renovatória visa alcançar a assistência judiciária gratuita (CAPPELLETTI, 1988, p. 22/34), sendo refletida no direito constitucional brasileiro no art. 5º, LXXIV da CRFB/88, que obriga o Estado a proporcionar assistência judiciária gratuita e integral aos pobres, bem como no art. 134, do mesma lei, a qual institui a Defensoria Pública. Já a segunda onda renovatória vocaciona-se à tutela de interesses difusos e coletivos, junto à representação coletiva no Judiciário (CAPPELLETTI, 1988, p. 33/48), e seus reflexos no Brasil podem ser vistos a partir da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), Lei do Mandado de Segurança individual e coletivo (Lei n. 12.016/2009), Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990). Há ainda a terceira onda cappellettiana que encampa as anteriores e ainda prega pela simplificação procedimental e utilização de métodos extrajudiciais de soluções de conflito (CAPPELLETTI; 1988, p. 49/53), podendo ser identificada no direito brasileiro pela previsão de ação monitória, súmulas vinculantes, tutela antecipada, arbitragem, mediação, dentre outros.

Em sentido lato, a “Reforma do Código de Processo Civil” designa um conjunto de dezenas de leis que alteraram o estatuto processual pátrio (DINAMARCO, 2003b, p. 41), muitas delas oriundas do IBDP (ALMEIDA, 2010, p. 155), com a finalidade precípua de obter efetividade na prestação da tutela jurisdicional tempestiva, pelo que então provocariam uma modificação metodológica no texto legal para libertá-lo de supostos dogmas estabelecidos na cultura processual ocidental ao longo dos anos.

Sobre isso,

O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a imensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. [...] Nós doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irrecorríveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito (DINAMARCO, 2013, p. 20/21).

José Carlos Barbosa Moreira identificava que a preocupação com a efetividade do processo é nota constante nas produções acadêmicas e no pensamento daqueles que militam na prática forense (MOREIRA, 2017, p.197). Mas, a projeção ordenada à efetividade do processo, entendida como mera eficiência, sem, contudo, se preocupar com os contornos e a maneira que ela se dê, se sujeita a riscos.⁴⁸

Não é exagerada a afirmação de que as alterações no Código de Processo Civil de 1973 começaram logo quando de sua edição e durante seu período de *vacatio legis*. Isso porque várias leis foram sendo editadas, antes mesmo da vigência do Código e nos anos posteriores próximos a ela, com o objetivo de retificar dispositivos ou adaptar o modelo Buzaid às disposições processuais constantes de outras legislações vigentes, tais quais as então Leis de Falências e Registros Públicos, ou que ainda viriam a ser promulgados, a exemplo do futuro Código de Defesa do Consumidor.⁴⁹

⁴⁸ O primeiro dos riscos consiste na imposição da efetividade como um valor absoluto, de modo que nada mais importaria senão tornar o processo efetivo, custe o que custar, não havendo excessos para tanto. O segundo problema vislumbrado é o prolongamento exagerado da demanda, na tentativa de se esgotar todas as possibilidades de apuração dos fatos. Já o terceiro risco diz das deficiências técnicas na formulação da norma e, consequente, sobrecarga dos órgãos judiciários, sobretudo dos Tribunais Superiores (MOREIRA, 2017, p. 200/201).

⁴⁹ a) Lei n. 5.925/1973, que ratificava quase uma centena de dispositivos do CPC/1973; b) Leis n. 6.014/1973 e Lei n. 6.071/1974, que adaptam o CPC a algumas leis e dão outras providências; c) Lei n. 6.458/1977, que, dando nova redação à Lei das Duplicatas (Lei n. 5.474/1968), considera título executivo extrajudicial, para fins do art. 586 do CPC/1973, as duplicatas não aceitas e preenchedoras de determinados requisitos; d) Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que adaptou ao seu sistema os arts. 100, 155, 733, 1.120 e 1.124 do CPC/1973; e) Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), edita

Cândido Rangel Dinamarco, estudioso do tema, sistematiza o movimento reformistas em dois grandes momentos. O primeiro deles compreende os anos de 1994 e 1995 e denomina-se “Reformas do Código de Processo Civil”, ao passo que o segundo é identificado como “Reforma da Reforma” e aconteceu no período de 2001 e 2002 (DINAMARCO, 2003b, p. 33).

Essa demarcação feita pelo autor não exclui outras leis esparsas sobrevindas no período de vigência do CPC/1973, que foi de 01 de janeiro de 1974 à 15 de março de 2016, mas tão somente agrupam em um movimento organizado as legislações endereçadas a objetivos bem delineados.

Assim, a primeira onda reformista, seguindo a proposta de Dinamarco, foi inicialmente incentivada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo IBDP e encampada pela Escola Nacional da Magistratura, em 1992, por incumbência do Ministério da Justiça. Após, formou-se uma comissão revisora composta por juristas “notáveis” e presidida pelo então Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, e secretariada pela desembargadora e depois Ministra Fátima Nancy Andrighi (DINAMARCO, 2001, p. 30).⁵⁰

Os trabalhos desse grupo renderam uma série de anteprojetos de leis dirigidas a partes específicas do Código, sem a pretensão de concretizar uma reforma global que reorganizasse ou alterasse sua estrutura. As minirreformas, como são doutrinariamente conhecidas, buscavam atacar pontos específicos do sistema, e não substituí-lo por completo, sempre na busca pelo binômio celeridade/efetividade,

Nesse sentido, Sálvio de Figueiredo Teixeira expõe as inspirações do movimento reformista, quais sejam

dispositivos sobre organização judiciária, bem como inova em temas de competência, recursos, etc.; f) *Lei n. 6.825/1980*, que estabelece normas para a celeridade processual no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de primeira instância; g) *Lei n. 6.830/1980* (Lei de Execução Fiscal), que subtraiu do CPC a normatização a respeito da execução de dívida ativa pública; h) *Lei n. 6.899/1981* (Lei de Correção Monetária), que disciplina a correção monetária de créditos cobrados em juízo; i) *Lei n. 7.244/1984*, que disciplina os Juizados de Pequenas Causas (fora revogada mais tarde pela Lei n. 9.099/1995 que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais); j) *Lei n. 7.347/1985* (Lei de Ação Civil Pública), que exerceu grande importância para o interesse do direito processual brasileiro sobre a tutela coletiva de direitos; k) *Lei n. 8.009/1990*, que disciplina a impenhorabilidade legal do imóvel residencial do executado; l) *Lei n. 8.038/1990*, que disciplina processos e recursos no STF e STJ; m) *Lei n. 8.069/1990* (Estatuto da Criança e do Adolescente), que normatiza a proteção judicial dos interesses individuais, coletivos e difusos; n) *Lei n. 8.078/1990* (Código de Defesa do Consumidor), que também traz disposições sobre tutela coletiva de direitos (DINAMARCO, 2001, p. 26/27);

⁵⁰ A comissão revisora era composta ainda pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro do Superior Tribunal de Justiça e pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Humberto Theodoro Júnior, Celso Agrícola Barbi, Sergio Sahione Fadel e José Eduardo Carreira Alvim (DINAMARCO, 2003b, p. 34).

a) Localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade; c) encaminhar sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para os novos, se necessário (v.g., arts. 272-273, 478-479), mas sem alterar a fisionomia do Código; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da Magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os seguimentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público (TEIXEIRA, 1994, p. 258/259)

As leis que foram responsáveis pela “Reforma” do CPC/1973, a fizeram de uma maneira bastante peculiar e afinada aos objetivos do movimento. Nenhuma delas pretendeu estimular a autonomia de matérias, institutos ou categorias processuais fora do código. As modificações tinham como objeto o texto normativo dos dispositivos e a finalidade de dar-lhes novo sentido, através da criação de novas disposições, ou estender-lhes alcance a outros institutos, que poderiam ser realocados, respristinados ou abrogados (DINAMARCO, 2001, p.33).⁵¹

Já “Reforma da Reforma” afigura-se como segundo movimento orgânico que integra a dinâmica reformadora do CPC/1973 e, além de trazer algumas inovações ao sistema processual civil brasileiro, também aperfeiçoou a “Reforma” dos anos 90, o que, por certo, já era previsto, inclusive, pelos autores das mudanças, tendo em vista a impossibilidade de perfeição e definitividade de qualquer norma.

É que, tão longo as leis oriundas dos anteprojetos daquele tempo foram promulgadas e, portanto, passaram a integrar o ordenamento jurídico positivo, viu-se a

⁵¹ São doze as leis que compuseram as mini-reformas, em sua primeira modulação (década de 90), quais sejam: a) *Lei n. 8.455/1992*, que alterou dispositivos referentes à prova pericial; b) *Lei n. 8.637/1993*, que alterou o art. 132 do CPC, referente ao princípio da identidade física do juiz; c) *Lei n. 8.710/1993*, que alterou disposições acerca de citação e intimação; d) *Lei n. 8.718/1993*, que alterou o art. 294 do CPC para permitir o aditamento do pedido antes da citação do demandado; e) *Lei n. 9.898/1994*, que disciplinava a liquidação de sentença, eliminando a liquidação por cálculo do contador; f) *Lei n. 8.950/1994*, que alterou dispositivos do CPC e acrescentou-lhe outros referentes a recursos; g) *Lei n. 8.951/1994*, que altera a ação de consignação em pagamento e a ação de usucapião; h) *Lei n. 8.952/1994*, que alterou grandes dispositivos do CPC, os quais continham normas gerais de direito processual, tutela antecipada, atos processuais, processo cautelar, etc.; i) *Lei n. 8.953/1994*, que alterou dispositivos referentes ao processo de execução; j) *Lei n. 9.079/1995*, que inclui a ação monitória no rol de procedimentos especiais; k) *Lei n. 9.139/1995*, que inovou a disciplina do agravo; l) *Lei n. 9.245/1995*, que alterou significativamente o procedimento sumário (DINAMARCO, 2001, p. 35/36 – grifos nossos).

necessidade de alguns esclarecimentos pertinentes, inclusive ocasionados por situações alheias à própria reforma – como exemplo, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pela Lei n. 9.099/1995 (DINAMARCO, 2003b, p. 15).

A comissão responsável pela nova onda reformista, capitaneada pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, era a mesma de outrora e os trabalhos se pautavam pelos mesmos valores, quais sejam, de reformas setoriais, que atacassem pontos predeterminados na busca pela simplificação, celeridade e efetividade no processo, de modo a não gerar um colapso geral no sistema.

Nesse mesmo sentido, ensina Cândido Rangel Dinamarco que

Com essa feição e esse intuito, o espírito da *Reforma da Reforma* é portanto o mesmo da própria *Reforma*. Tanto quanto esta, também aquela é filha do empenho em oferecer meios para que a tutela jurisdicional seja efetiva, tempestiva e justa (DINAMARCO, 2003b, p. 36 – grifos do autor).

Basicamente, o movimento “Reforma da Reforma” compreendeu as Leis n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que alterou dispositivos no Código Reformado referentes aos recursos e ao reexame necessário; 10.358, de 27 de dezembro de 2001, que modificou regulamentações atinentes ao processo de conhecimento e 10.444, de 07 de maio de 2002, que remodelou a disciplina dada à tutela antecipada, execução e outros (DINAMARCO, 2003b, p. 41).

No entanto, é preciso ter em mente que as medidas alterativas do CPC/1973 não se esgotam nesses dois momentos, apesar de as mais significativas neles se concentrarem. Assim, no interregno entre dezembro de 1996, quando se consolidou a primeira onda reformativa, e dezembro de 2001, ao se encetar o segundo ciclo de mudanças, editaram-se leis de interesse relevante.⁵²

Da mesma maneira, as reformas não se ultimaram em 2002, quando da consolidação da segunda onda reformista. Ao revés, o sistema processual civil brasileiro

⁵² Cândido Rangel Dinamarco, em obra especificamente dedicada ao estudo da Reforma da Reforma, elenca as leis editadas entre um movimento e outro, quais sejam: a) *Lei n. 9.037/1996*, Lei da Arbitragem; b) *Lei n. 9.469/1997*, dispoendo sobre a possibilidade de intervenção da União em causas que unidade paraestatal federal for parte; c) *Lei n. 9.484/1997*, dispoendo sobre tutela antecipada em face da Fazenda Pública e coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão prolator; d) *Lei n. 9.507/1997*, disciplinando o Habeas Data; e) *Lei n. 9.756/1998*, com disposições sobre recursos; f) *Lei n. 9.800/1999*, Lei do Fax e peticionamento eletrônico; g) *Lei n. 9.868/1999*, disciplinando ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade; h) *Lei n. 9.882/1999*, com tratativas de arguição de descumprimento de preceito fundamental; i) *Lei n. 10.173/2001*, Lei dos Idosos que, inclusive, introduziu no CPC artigos referentes à prioridade de tramitação dos feitos em que o idoso figurar como parte (DINAMARCO, 2003b, p. 28 – grifos nossos).

constantemente foi alvo de modificações legislativas, com objetivos diversos, seja por celeridade, efetividade, simplificação processual, operacionalidade, desuso, ou por motivos de outra natureza que requeiram um pretense aperfeiçoamento científico da matéria.⁵³

Em boa medida, a necessidade e ocorrência das minirreformas estaria diretamente ligada à promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, cujo texto é permeado por garantias constitucionais que asseguram acessibilidade, celeridade e justiça processuais.

Segundo a leitura dos processualistas tradicionais, tal se fez com vistas a uma afirmada constitucionalização do processo, já que a Constituição vigente havia tornado premente a necessidade de que a atuação jurisdicional fosse útil e tempestiva.

⁵³ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco elencam algumas leis ulteriores à sistematização da Reforma do processo em dois momentos. São elas: 1) *Lei n. 10.406/2003* (Código Civil), que incluiu uma quantidade grande de normas processuais civis, especialmente quanto às provas; 2) *Emenda Constitucional n. 45/2004*, que ao trazer importantes modificações quanto a estrutura judiciária, refletiu diretamente no código de processo, além de ditar regras tipicamente processuais; 3) *Lei n. 11.187/2005*, que alargou as hipóteses de cabimento do agravo, fixando hipóteses em que ele deveria ser necessariamente retido e não de instrumento; 4) *Lei n. 11.232/2005*, que estabeleceu a fase de cumprimento de sentença no processo de conhecimento, instalando o que se conhece por processo sincrético; 5) *Lei n. 11.176/2006*, que alterou arts. do CPC referentes à interposição de recursos, saneamento, nulidades processuais, recebimento da apelação, etc.; 6) *Lei n. 11.277/2006*, que autoriza a sentença julgando liminarmente improcedente o pedido; 7) *Lei n. 11.280/2006*, que dispôs sobre incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, exceção de incompetências, dentre outras matérias; 8) *Lei n. 11.341/2006*, que permitiu que decisões disponíveis em internet pudessem ser utilizadas como prova de divergência jurisprudencial; 9) *Lei n. 11.382/2006*, que disciplinou novidades quanto a execução de título extrajudicial; 10) *Lei n. 11.417/2006*, que regulamentou o art. 103-A da Constituição da República de 1988, disciplinando questões atinentes à sumulas vinculante; 11) *Lei n. 11.418/2006*, exigiu a repercussão geral como requisito para admissão de recurso extraordinário; 12) *Lei n. 11.419/2006*, dispôs sobre informatização processual; 13) *Lei n. 11.441/2007*, possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio por via administrativa; 14) *Lei n. 11.448/2007*, estendeu à Defensoria Pública a legitimidade ativa para Ação Civil Pública; 15) *Lei n. 11.636/2007*, dispôs sobre custas judiciais no âmbito do STJ; 16) *Lei n. 11.672/2008*, disciplinou o procedimento de recursos repetitivos no STJ; 17) *Lei n. 11.694/2008*, dispôs sobre responsabilidade patrimonial dos partidos políticos, alterando dispositivos no CPC; 18) *Lei n. 11.965/2009*, dispôs sobre a participação de defensor público na lavratura de escritura pública de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais; 19) *Lei n. 969/2009*, que disciplinou a retirada dos autos do cartório ou da secretaria do juízo para obtenção de cópias; 20) *Lei n. 12.004/2009*, que estabeleceu a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA; 21) *Lei n. 12.008/2009*, disciplina a prioridade de tramitação dos feitos no CPC; 22) *Lei n. 12.011/2009*, que autorizou a criação de Juizados Especiais Federais no país; 23) *Lei n. 12.016/2009*, estabeleceu e disciplinou o mandado de segurança individual e coletivo; 24) *Lei n. 12.063/2009*, incluiu na Lei da Ação Direita de Inconstitucionalidade, capítulo referente à inconstitucionalidade por omissão; 25) *Lei n. 12.122/2009*, designou o procedimento sumário para causas relativas à revogação de doação; 26) *Lei n. 12.125/2009*, dispensou a citação pessoal nos processos de embargos de terceiro; 27) *Lei n. 12.126/2009*, redefiniu o rol de eventuais demandas a tramitarem nos Juizados Especiais cíveis; 28) *Lei n. 12.137/2009*, possibilidade de representação da pessoa jurídica por preposto, devidamente identificado, nos processos perante os Juizados Especiais cíveis e criminais; 29) *Lei n. 12.153/2009*, disciplinou os Juizados Especiais da Fazenda Pública na Justiça Estadual; 30) *Lei n. 12.195/2010*, que alterou o art. 990 do CPC/1973 (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p. 125/128 – grifos nossos).

O texto constitucional de 1988 teria oportunizado, ainda, a judicialização de inúmeras matérias (saúde, educação, política, dentre outras), tendo em vista o não cumprimento dos direitos fundamentais assegurados, mediante políticas públicas hábeis. Essa situação levou o Poder Judiciário a pensar em medidas que não se restringissem apenas a fundamentos técnico-processuais e de efetividade, entendida como mera eficiência (PICARDI; NUNES, 2017, p. 100).

Dessa forma, surgia junto ao advento da nova ordem constitucional a preocupação em que o movimento reformista também viabilizasse condições de socialização processual, bandeira levantada pelas ondas de “acesso à justiça”, movimento que ganhava vozes mundiais pela obra de Mauro Cappelletti (1988), sendo, pois, valorizado pelo art. 5º, XXXV, da CRFB/88 (PICARDI; NUNES, 2017, p. 101).

Assim, essa interpretação que se deu à Constituição da República brasileira de 1988 refletiu no movimento reformador, seja porque repete as próprias ambições pelas quais as reformas foram pensadas e deflagradas (acesso à jurisdição/celeridade/efetividade), seja porque as leis produzidas em seu âmbito e decorrentes de seu acontecimento (das reformas) precisariam gozar de constitucionalidade necessária à manutenção no ordenamento positivo e, portanto, careceriam estar afetas aos mandamentos constitucionais.

Entretanto, embora as minirreformas não tivessem por finalidade o rompimento total com a estrutura normativa do Código, elas levaram à perda de sistematicidade, dada a sua dispersão legislativa. Por isso, “o movimento de reformas parciais sempre foi muito criticado em razão da perda de consistência e coesão dos textos processuais” (PICARDI; NUNES, 2017, p. 100).

Embora a opção por retoques setoriais tivesse a vantagem de enfrentar com maior especificidade os problemas que se desejava corrigir, não encampou uma preocupação sistêmica, o que gerou descoordenação funcional e, até mesmo, conceitual entre disposições. Esse desalinhamento pode ser observado, por exemplo, com a Tutela

Antecipada⁵⁴ e a Ação Monitória⁵⁵, como ressalta Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2003b, p.39/40).

Fernando Rubin chama atenção ainda ao fato de que a busca desenfreada pela efetividade da tutela jurisdicional, espírito das ondas reformistas, trouxe prejuízos sensíveis e indesejáveis à segurança jurídica (RUBIN, 2017, p.8), o que pode, inclusive, ocasionar problemas à legitimidade decisória, uma vez que em nome desse valor perseguido impossibilitar-se-ia uma análise mais detida e congruente da matéria a ser investigada (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 5/32).

Com isso, também concorda Luiz Guilherme Marinoni, ao considerar equivocado o pensamento de que as reformas processuais poderiam, apenas por si mesmas, tornar a tutela jurisdicional mais justa e efetiva (MARINONI, 2009, p. 132).

Portanto, tantas foram as reformas geradas no processo civil brasileiro que, aliadas à Constituição de 1988, passou-se a pensar no projeto preliminar de um novo código de processo civil, que, dentre outros motivos, tinha a missão de reunir o conteúdo proveniente das modificações sofridas, devolvendo unidade ao sistema.

2.6 O Código de Processo Civil de 2015

A necessidade de um Código de Processo Civil substitutivo ao de 1973, portanto, justificou-se a partir da convergência das consequências trazidas ao sistema jurídico brasileiro pelo movimento mundial de socialização processual, bem como pelas inúmeras

⁵⁴ Para Cândido Dinamarco a tratativa dada pelo CPC/1973 à Tutela Antecipada, disciplinada unicamente no antigo art. 273 do Código, era insuficiente à previsão da matéria, ante aos inúmeros desdobramentos possíveis de sua aplicação, ao passo que à Tutela Cautelar, sua “irmã siamesa”, fora dedicado todo o Livro III da lei. Dessa forma, segundo o autor, muitos pontos acerca da medida antecipatória satisfativa ficaram descobertos, dentre os quais cita-se a possibilidade de concessão de tutela antecipada antecedente, bem como da competência para concedê-la, além de atribuição de responsabilidade objetiva ao beneficiário da antecipação. Dinamarco defendeu ainda o agrupamento das espécies de tutela em um gênero único de “medidas urgentes”, o que fora feito pelo CPC/2015, no Livro V, a partir do art. 294, onde disciplina-se às Tutelas Provisórias para sequencialmente normatizar as Tutelas de Urgência [muito embora o Código não apresente uma teoria da urgencialidade], agora separadas da Tutela de Evidência que não tinha previsão expressa no CPC/1973 (DINAMARCO, 2003b, p.39/40).

⁵⁵ Quanto ao procedimento monitório, Cândido Dinamarco também identifica a insuficiência de previsão normativa do CPC/1973 que o disciplinava em apenas três artigos e poucos parágrafos, o que fazia com o que os operadores do direito recorressem à ordenamentos estrangeiros para buscar soluções aos problemas surgidos. A grande questão era que não raras as vezes a disciplina estrangeira era incompatível com o espírito do instituto implantado no Brasil, por exemplo quando preponderava nos Tribunais a ideia de um efeito suspensivo da apelação interposta contra a sentença que rejeitava os embargos ao mandado monitório, o que era contrário à intenção aceleradora inerente à Ação Monitória (DINAMARCO, 2003b, p.40).

minirreformas setoriais que ocasionaram dispersão legislativa e, conseqüente, complexidade da matéria e também pelo advento da Constituição da República de 1988.

À par disso, a conveniência de uma nova lei processual federal já era defendida por Cândido Rangel Dinamarco desde 2003, quando pontuava que

A dispersão de importantíssimas normas processuais civis entre o Código de Processo Civil e outros diplomas (Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública, a dos Juizados Especiais *etc.*) mais a falta de coerência interna daquele, se não chegam a sugerir a conveniência de elaboração de um novo Código, são males suficientemente graves, que devem ao menos provocar uma séria reflexão e empenho por uma nova e abrangente remodelação. Agora, não mais uma *guerra de guerrilhas*, como foi proposto pelos reformadores no momento em que isso era adequado e conveniente, mas uma revisão sistemática suficiente a devolver ao sistema brasileiro a indispensável coerência e consistência no trato dos institutos mediante absorção das conquistas da moderna ciência processual e dos frutos das experiências já vividas aqui e alhures (DINAMARCO, 2003b, p.40/41 – grifos do autor).

Como se percebe pela exposição de motivos do CPC/2015⁵⁶, pretendeu-se ratificar, apesar da mudança paradigmática imposta pela Constituição de 1988, a supremacia estatal, ainda que já sob o regime constitucional democrático, por meio do aumento de poderes do juiz no processo, intérprete último da norma, responsável por conferi-la escopos metajurídicos. Além disso, secundariamente, vislumbrou-se a devolução da coesão e coerência necessárias à aplicabilidade do direito processual.

Dessa maneira, pensando ser meramente legislativo o problema da operacionalidade jurídico processual no Brasil, em 30 de setembro de 2009, o então presidente do Senado Federal, José Sarney, através do Ato nº 379, nomeou uma comissão de juristas e profissionais de envergadura política, presidida pelo agora Ministro do STF Luiz Fux, para que, em cento e oitenta dias, elaborasse e apresentasse o anteprojeto de um “novo” Código de Processo brasileiro.⁵⁷

Com certo atraso, o anteprojeto do pretense novo Código fora apresentado ao Senado Federal em 08 de junho de 2010, sendo convertido no PLS n. 116/2010, cuja relatoria coube ao Senador Valter Pereira. Após rápida tramitação na casa, o relatório

⁵⁶ A exposição de motivos do Código aprovado não é textualmente a mesma que originária de seu anteprojeto, em razão das inúmeras alterações promovidas no texto pelas revisões do Congresso Nacional. Não obstante, mantém os mesmos fundamentos teóricos desta.

⁵⁷ A comissão era composta por juristas nacionalmente reconhecidos e outros profissionais de viés político, contando com os nomes de Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Elpídio Donizetti, Teresa Arruda Alvim Wambier (relatora), Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Luiz Fux (presidente), Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque e Marcus Vinícius Furtado Coelho.

final fora submetido à votação em 24 de novembro de 2010 e aprovado em 01 de dezembro do mesmo ano. Em 15 de dezembro de 2010, aprovou-se o PLS.

Em cumprimento às normas do processo constitucional legislativo, fora encaminhado à Câmara dos Deputados em 22 de dezembro de 2010, recebendo a identificação de PL n. 8.046/2010 e, após tramitar em regime especial, aprovado em 26 de março de 2014 naquela casa que, então, devolveu-o ao Senado.⁵⁸

Novamente no Senado Federal, formou-se nova comissão especial⁵⁹ para analisar o projeto que fora autuado como SCD 166/2010 em 31 de março de 2014, sendo relatado pelo Senador Vital do Rêgo desde 24 de junho do mesmo ano. Aos 27 de novembro de 2014, apresentou-se publicamente o relatório final da comissão, o qual fora aprovado em 04 de dezembro de 2014.

Enfim, em 17 de dezembro de 2014, chancelou-se o texto base do CPC no Senado Federal, o qual fora encaminhado, em 24 de fevereiro de 2015, pelo Congresso Nacional à sanção da então Presidente da República, Dilma Rousseff.

Esta sancionou o “novo” Código processual em 16 de março de 2015, após vetar 07 dispositivos⁶⁰, tendo-o sido publicado no Diário Oficial da União no dia seguinte, sob a forma de Lei n. 13.105⁶¹, com vigência determinada para um ano após a data de publicação.

⁵⁸ Aos 16 de junho de 2011, instituiu-se uma comissão especial na Câmara dos Deputados, tendo como presidente o Deputado Federal Fábio Trad e Sérgio Barradas Carneiro como relator. Para auxiliá-los na adequação do substitutivo, em 05 de setembro do mesmo ano, formou-se uma comissão de juristas composta por Fredie Didier Jr e Luiz Henrique Volpe Camargo (coordenadores), além de Leonardo Carneiro da Cunha, Alexandre Freitas Câmara, Daniel Mitidiero, Paulo Lucon, José Manuel Arruda Alvim, Rinaldo Mouzalas e Marcos Destefenni. Os trabalhos da comissão foram interrompidos com a saída da relatoria do deputado Sérgio Barradas e retomados após a sucessão de Paulo Teixeira, a partir de maio de 2012. Assumindo a relatoria, o deputado Teixeira ampliou o grupo de juristas, incluindo os nomes de Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freire, Antônio Carlos Marcato, Antonio Claudio da Costa Machado, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Sales, Cassio Scarpinella Bueno, Dierle Nunes, José Augusto Garcia, Kazuo Watanabe, Lenio Streck, Luiz Guilherme Costa Wagner, Luiz Guilherme Marinoni, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, Regina Beatriz Tavares e Teresa Arruda Alvim Wambier (THEODORO JUNIOR *et al*, 2016, p. 45).

⁵⁹ Faziam parte da comissão especial, os Senadores Eunício Oliveira (CE), Vital do Rêgo (PB), Romero Jucá (RR), Eduardo Braga (AM), José Pimentel (CE), Jorge Viana (AC), Antônio Carlos Valadares (SE), Aloysio Nunes Ferreira (SP), Wilder Moraes (GO), Cidinho Santos (MT), Eduardo Amorim (SE), além dos juristas Teresa Arruda Alvim Wambier, José dos Santos Bedaque, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, Bruno Dantas e o Ministro Luiz Fux (THEODORO JUNIOR *et al*, 2016, p. 47).

⁶⁰ Foram vetados os seguintes dispositivos: art. 35; art. 333; inciso X do art. 515; parágrafo 3º do art. 895; inciso VII do art. 937; inciso XII do art. 1.015; art. 1055 (MARTINS; MOREIRA, 2017, p. 455). Sobre o teor dos dispositivos rejeitados, bem como as razões presidenciais para tanto, ver: THEODORO JUNIOR *et al*. *Novo CPC fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁶¹ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 01 jan. 2018a.

Supostamente detentor de um “processo” mais célere e justo, porquanto menos complexo, e mais afeto às realidades sociais (FUX, 2017, p.27), o CPC/2015 foi elaborado com base em cinco premissas que orientaram os trabalhos da comissão dos doze juristas encarregados de arquitetar o anteprojeto. A exposição de motivos da lei traz expressamente esses objetivos, que correspondem às justificativas outrora ditas para a realização do código.

1) Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5) finalmente, sendo talvez esse último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (FUX, 2017, p. 28).

Enquanto o CPC/1973 reformado se estruturava em cinco livros, que continham, respectivamente, normas de processo de conhecimento, execução, cautelar, procedimentos especiais e disposições finais e transitórias, o CPC/2015 redimensiona a topologia de seus compartimentos a partir da existência de uma parte geral e outra especial. Naquela, os seis livros disciplinam as Normas Processuais Cíveis (Livro I), a Função Jurisdicional (Livro II), os Sujeitos do Processo (Livro III), os Atos Processuais (Livro IV), as Tutelas Provisórias (Livro V) e a Formação, Suspensão e Extinção do processo (Livro VI).

Já a Parte Especial se subdivide em três livros, os quais são compostos por normas do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença (Livro I), do Processo de Execução (Livro II) e dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais (Livro III), havendo ainda um livro complementar de Disposições Finais e Transitórias.

Assim, dentro dessa estrutura, pretendeu o Código dar cumprimento aos objetivos acima expostos que inspiraram sua elaboração, com suposto alinhamento à Constituição (FUX, 2017, p. 28/32); prevendo mediação e conciliação como métodos de solução de litígio e acesso à figura do *amicus curiae* (FUX, 2017, p.33), extinguindo e simplificando incidentes e institutos (FUX, 2017, p. 34/36); estabelecendo medidas de rendimento processual efetivo (FUX, 2017, p. 36/37) e reorganizando-se estruturalmente, possibilitando organicidade e coesão sistêmicas (FUX, 2017, p. 37/38).

A exposição de motivos do CPC/2015, ainda, permite a inferência de que os escopos⁶² que motivaram sua concepção se fundam em argumentos recorrentes de que o sistema processual civil brasileiro padeceria de complexidade, faltas de coesão e funcionalidade, morosidade e incompatibilidade constitucional e social. A partir dessas noções delinear-se-iam os objetivos do Código que, de uma maneira geral, aspiram eficiência, celeridade, simplicidade e segurança jurídica. Esse é um raciocínio semelhante ao de Flademir Martins e Glauco Moreira (2017, p.460/461).

Aliás, as principais preocupações do Código se dão em torno da celeridade e efetividade. Nesse ponto, as estatísticas fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, através de relatório intitulado “Justiça em Números” demonstrariam o colapso sistêmico e a gravidade da situação.⁶³

A edição do CPC/2015 também deriva da inabilidade das reformas empregadas no CPC/1973 para alcance desses fins últimos. Por isso, acredita-se que o Código vigente não será capaz de combater as raízes do problema, que não é tão somente legislativo, uma vez que ataca meramente seus reflexos aparentes (PARENTONI, 2018, p. 128).

À vista disso, concorda-se com Leonardo Netto Parentoni, que ressalta a imprescindibilidade da identificação da gênese do problema, antes da propositura de qualquer medida legislativa, para, a partir de então, atacá-lo. Para tanto, far-se-iam necessárias pesquisas encovadas sobre as causas da litigiosidade no Brasil, conduzidas por uma equipe multidisciplinar. Segundo o autor, são poucos os estudos dessa estirpe e os existentes limitam-se às estatísticas apresentadas pelo próprio Judiciário que, quando muito, revelam as consequências do problema, sem identificar suas raízes (PARENTONI, 2018, p. 128/129).

O que aqui se faz não é afirmar a ignorância dos membros da comissão de elaboração do CPC/2015 quanto às causas do problema. Ao revés, o que se propõe é apenas uma investigação mais profunda e pluridisciplinar, antes de qualquer proposição legislativa.

Esse foi, inclusive, um dos pontos de descontentamento de Elpídio Donizetti⁶⁴ com os componentes da comissão de juristas constituída para a produção do anteprojeto

⁶² Utiliza-se de expressão instrumentalista afeta ao CPC/2015, para designar objetivos, premissas, finalidades.

⁶³ O relatório “Justiça em Números” de 2017, referente ao ano base de 2016, está disponível no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. Disponível e: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>.

⁶⁴ Elpídio Donizetti foi um dos membros da comissão de elaboração do anteprojeto do CPC/2015, o que contribuiu ainda mais para com a idoneidade dos fundamentos de suas críticas.

do CPC/2015. Em texto publicado, registra objeções quanto à conclusão dos trabalhos em tempo ínfimo prejudicial ao pensar, bem como à ocorrência de reuniões fora de Brasília ou em outros locais inapropriados, em dias e horários em que não houvesse expediente forense ou legislativo (DONIZETTI, 2018, p.3).

Nesse sentido, são as palavras do autor

Um ilustre advogado mineiro disse que o prazo concedido à Comissão para a feitura do CPC é inferior ao período de gestação do ser humano. Na verdade, descontado o recesso de final de ano, as férias, os feriados, os períodos sabáticos, os dias efetivamente trabalhados no Código que almejamos dar à luz não chegam a sessenta e três, que é o tempo de gestação de uma cadela. Será que nesse tempo será possível discutir as propostas dos próprios membros da Comissão? Somente este que vos escreve, nesses dias de arrependimento e oração, produziu uma série de proposições que pretende submeter à Comissão de Notáveis, bem como a revisão de algumas outras já votadas (mas ainda não atingidas pela imutabilidade). Aqui, com os meus botões de matuto do sertão das Geraes, fico a ruminar: até o dia 27 deste mês de abril conseguiremos examinar todas as propostas colhidas em audiência pública, sem falar das que nos chegam por via terrestre, aérea, fluvial e sobretudo pela internet? Mais uma vez venhamos combater a morosidade com tamanha pressa a todos parece a mais célere e arrematada estupidez (que Deus e também os membros da Comissão tenham pena de mim, porque não sei o que digo) (DONIZETTI, 2018, p. 4).

Assim, contando com a prudência dos demais membros da comissão, os endereça um apelo

Pois é em nome desse discernimento que nos distinguem dos animais irracionais – com todo respeito e reverência a eles pela racionalidade que às vezes manifestam – que cometo a petulância de fazer um apelo aos bem intencionados colegas de Comissão: vamos trabalhar com afinco nos dias e locais apropriados; se esse esforço não for suficiente para concluir o trabalho para o qual fomos nomeados, sejamos honestos (ou melhor, humildes), vamos pedir prorrogação; se, mesmo com a prorrogação, o prazo não for suficiente para entregar o “Novo Código” a tempo de ser votado por esta legislatura (neste ano de eleição), vamos prosseguir na nossa missão, a menos que a Comissão seja extinta ou sejamos depostos; nessa última hipótese, se votarem o “Novo Código” na(s) legislatura(s) seguintes(s), tanto melhor; se não votarem, paciência, talvez não estejamos à altura da missão para a qual fomos chamados, ou, numa absurda hipótese mais consoladora, “o Brasil republicano não nos merece”, tal como “o Império não mereceu o genial Teixeira de Freitas” (DONIZETTI, 2018, p.5).

Com base em fundamentos semelhantes, o XXXIII Colégio de Presidentes de Subseções da OAB – São Paulo, à época da tramitação do projeto do CPC/2015 no Senado, já identificava a ausência de democraticidade no expediente de criação da nova lei, razão pela qual editou e publicou manifesto contrário ao código que se formava.

Segundo o documento, um projeto de tamanha amplitude e magnitude não poderia ser aprovado sem a devida maturação democrática, alcançada após muitos e

amplios debates e reflexões temáticas. Do contrário, potencializar-se-ia o autoritarismo processual (OABSP, 2018, p.2), o qual, para o presente trabalho, se consolidou.

Acreditando, ainda, que o problema da Justiça Civil não é somente processual civil, o manifesto defendia a compreensão precípua da inadequada gestão judiciária, evidenciada a partir deficiências⁶⁵ explicitadas nessa área, que sobrepõem as falhas das leis do processo (OABSP, 2018, p.2), o que, mais uma vez, denota a pertinência da ingerência de uma equipe multidisciplinar tencionada a perquirir o engendro do colapso do sistema.

Assim, críticas de diferentes ordens eram formuladas mesmo antes da aprovação do Código, como aquela que desferida por Antônio Claudio da Costa Machado, para quem a nova lei privilegiaria um processo civil autoritário, transformando juízes em imperadores, dado a excessiva carga de poderes a eles disposta (MACHADO, 2018, p. 1).⁶⁶

Com esta alegação se concorda ao se constatar que o CPC/2015 elege como marco teórico uma escola processual que aposta na centralidade da jurisdição

⁶⁵ Segundo o manifesto da OAB/SP, seriam sete os problemas que prejudicariam a operacionalidade do Poder Judiciário brasileiro, quais sejam: a ausência de vontade política para criar um Judiciário eficiente; a falta de investimento de recursos orçamentários para o aparelhamento da Justiça; a falta de informatização completa dos órgãos jurisdicionais e administrativos do Poder Judiciário; a falta de capacitação, motivação e remuneração do pessoal da Justiça; o número relativamente baixo de juízes; falta de capacitação específica dos nossos magistrados para administrar cartórios e secretarias e, por fim, a ausência de padronização da rotina administrativo-cartorária (OABSP, 2018, p.2).

⁶⁶ Sem a pretensão de esgotá-los, esse estudo indica alguns pontos do código que evidenciam o processo civil autoritário, caracterizado pelo protagonismo judicial. São eles: a) o controle das regras procedimentais pela autoridade judicial, conforme se vê pelo art. 139: o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (BRASIL, 2018a); b) a possibilidade de concessão de medidas liminares sem o devido processo cautelar, que fora extinto, o que resvala em poderes cautelares ilimitados dos juízes; c) concessão de tutela de evidência independente de demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme art. 311: A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2018a); d) subordinação do juiz à princípios constitucionais abstratíssimos que ele próprio interpreta quando da aplicação do ordenamento, aos moldes do art. 8º: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência; e) a ausência de uma teoria da urgencialidade e subordinação da tutela antecipada à *periculum in mora* e *fumus bonis juris*; f) possibilidade de aplicação de multa por ato atentatório a dignidade da justiça, sem prévia definição do que o seja e mediante constatação subjetiva do juiz; g) A consideração como ato atentatório a dignidade da justiça do não comparecimento do réu à audiência de conciliação, conforme art. 334, §8: O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório a dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (BRASIL, 2018a).

controladora do processo e, por isso, permite ao órgão jurisdicional, por exemplo, adaptar regras procedimentais, concessão de medidas antecipatórias sem regramento prévio e cautelares sem um devido processo cautelar, aplicar multas variadas, sentenças autoexecutáveis, execuções atípicas (art.139, IV)⁶⁷, dentre outras medidas que reforçam o lugar privilegiado do julgador.

À vista disso, impõe-se a abordagem acerca do entendimento do Código sobre o processo e a jurisdição.

2.6.1 A jurisdição civil no CPC/2015

O direito processual civil brasileiro acolhe a teoria do processo como relação jurídica de direito público, teorizada em 1868 pelo alemão Oskar von Bülow e viabilizada através da famosa e, para muitos, clássica, obra “Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais” (BÜLOW, 2003).

É graças ao esforço e a sistematização bülowianos a afirmada “autonomia científica” do direito processual, mas, também, a ele se atribui a indissociabilidade, por muitos autores da dogmática jurídica tradicional⁶⁸, entre jurisdição e processo, dois institutos cuja demarcação é importante ao presente estudo e ao direito processual democrático⁶⁹.

Segundo Ovídio Baptista da Silva, a noção do direito romano sobre jurisdição é paradigma para concepções atuais sobre o tema, além de sustentar outras categorias do direito processual atual. Quiçá daí dê-se o equívoco relacionista acima suscitado (SILVA, 1997).

⁶⁷ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (BRASIL, 2018a). Esse mesmo raciocínio se repete em outros dispositivos do Código, como os artigos 536, 622, IV, 773 caput e parágrafo único.

⁶⁸ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao exemplo, expressamente confundem jurisdição e processo, quando ao tentar definir àquela como função do Estado, atribuem a instrumentalidade do processo como meio de atuação do poder estatal: “... e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.149).

⁶⁹Sobre o tema ver: LEAL, André Cordeiro. Inconsistências do direito ao recurso como meio de acesso ao duplo grau de jurisdição. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coords.). *Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: Puc Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 337/347

Historicamente, os romanos dispunham de dois institutos para a proteção e defesa de seus direitos, *actio* e os *interdicta*, sendo que apenas o primeiro, desenvolvido sobre o procedimento do *Ordo Judiciorum Privatorum*⁷⁰, teria natureza jurisdicional, ao passo que o segundo se mostrava meramente administrativo.

O *Ordo Judiciorum Privatorum* era a principal técnica de solução de conflitos do período formular do direito romano clássico (séculos II a.C. a III d.C.), no qual a atividade de decidir advinha de duas etapas distintas: a primeira, na presença do magistrado ou *pretor* romano, denominada *in jure* (admissibilidade do conflito); a segunda, perante o árbitro privado ou *judex*, conhecida como *apud judicem* (julgamento) (LEAL, 2012; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010).

Como observado por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ainda que de forma modesta, já se percebia nesse período a participação obrigatória⁷¹ do Estado na atividade decisória, quando da nomeação do árbitro julgador, participação essa que se amplia no período posterior (CINTRA GRINOVER, DINAMARCO, 2010).

Segundo Rosemiro Pereira Leal, ao tratar do período da *cognitio extra ordinem*, no direito romano pós clássico (final do século III d.C.), “com o enfraquecimento do Império Romano e a necessidade de o Estado se impor aos particulares e recuperar a unidade nacional, adveio, como única fonte do direito, **a vontade do príncipe**” (LEAL, 2012, p.21 – grifos do autor).

Nesta fase pós clássica, não sendo mais permitida a utilização da arbitragem pelos particulares, passou o pretor (Estado) a conhecer e exercer todas as etapas de solução de conflitos (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010), o que caracterizou a publicização da Justiça Privada (LEAL, 2012).

⁷⁰ Segundo esse sistema, as partes envolvidas em conflito compareciam até o *pretor* romano, a quem, enquanto funcionário do Estado (e a partir daí já se vislumbra o monopólio estatal da jurisdição), através do poder de *imperium* (poder de mando resguardado pela força), competia a resolução da questão. Convencido de que a solução daquele conflito importava aos interesses de Roma, o *pretor* obtinha das partes o compromisso (solene) de que acatariam a decisão a ser proferida, o que se conhece por *litiscontestatio*, entregando-as a fórmula, roteiro breve de julgamento, que além de conter as alegações do autor (*intentio*), defesas do réu (*exceptio*) e a atribuição do julgador (*judex*) para enunciar a decisão previamente estabelecida (*condemnatio*), representava a passagem da etapa *in jure* para a fase de julgamento, *apud judicem* ou *in iudicium*. Esse segundo momento acontecia na presença do *judex*, cuja atividade era meramente declaratória, vez que apenas exortava a solução presente na fórmula que resolveria o conflito (*jurisdictio*), após coleta e exame do material fático probatório (*cognitio*).

⁷¹ A participação do Estado na solução de conflitos era obrigatória na medida em que se proibia a autotutela (uso arbitrário da força na solução de controvérsias), razão pela qual se fazia compulsória a arbitragem estatal, não mais facultativa.

Em outras palavras, o Estado suficientemente fortalecido, em substituição aos particulares, passa a eles impor a sua vontade soberana - o que se conheceu por jurisdição, arbitragem estatal compulsória.⁷²

Dessa forma, a jurisdição, como expressão de um poder decisório imperativo e impositivo, passou a integrar o rol de competências precípuas do Estado, ao lado das funções legislativa e administrativa, dessas diferindo, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, pela “finalidade pacificadora” com que é exercida pelo único legitimado a fazê-lo, o Estado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 30).

Não obstante esteja essa suposta teleologia da jurisdição presente em grande parte dos escritos sobre o tema, a hipótese é falseada pela doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao argumento de que atrelar a jurisdição à pacificação social não só denota confusão entre sua essência e consequência, mas também banaliza sua natureza, uma vez que qualquer poder poderá ser jurisdicional se atingir esse fim específico, ainda que por meios ilegítimos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 87).

Do excerto já se inferem duas conclusões: (i) inicialmente, a jurisdição fora pensada em sentido bastante reduzido, já que a atividade era totalmente controlada pelo *imperium* pretoriano e restrita à mera exortação de um direito já presente na fórmula que resolvia o conflito (*ius dicere*, dizer o direito)⁷³; (ii) a ideia de jurisdição sempre esteve ligada a de atividade monopolística do Estado, por ele controlada e nele centralizada. Tanto é que ela só se aperfeiçoou quando este se tornou o único legitimado à solução dos conflitos⁷⁴.

Essa última proposição é, inclusive, assumida e ratificada por Giuseppe Chiovenda ao dizer que: “a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função de soberania do Estado” (CHIOVENDA, 2009, p. 512) e também por Piero Calamandrei, definindo-a como “função exercida pelo Estado na administração da justiça” (CALAMANDREI, 1956, p.114).

⁷² Nesse momento, pertinente é a crítica feita por Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que “não é acolhível afirmar-se, na atualidade histórica do Direito Processual, que o ‘processo surgiu da arbitragem obrigatória’ porque, conforme demonstrado, a **jurisdição** é que surgiu da **arbitragem**. O **processo** só surgiu recentemente com a conquista histórico-teórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados...” (LEAL, 2012, p.22 – grifos do autor).

⁷³ No direito romano clássico, havia franca separação entre as atividades de julgar (*jurisdictio*) e ordenar (*interditos*), sendo apenas a primeira de natureza jurisdicional (SILVA, 1997), o que, hoje, já não mais se sustenta em tempos de sincretismo processual.

⁷⁴ Tanto assim é que as decisões obtidas por métodos extrajudiciais de solução de conflitos, que não contam com a mão estatal, não são dotadas de natureza jurisdicional, podendo se dar ou por autocomposição ou por arbitragem.

Nessa mesma linha de raciocínio é o entendimento do Código de Processo Civil vigente, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que não abandona a centralidade estatal ao dispor expressamente no artigo 16 que a jurisdição civil é exercida por juízes.⁷⁵ Isso também pode ser observado, inclusive, pela topologia do índice dos livros do Código, onde a Função Jurisdicional (Livro II) é tratada anteriormente aos Sujeitos do Processo (Livro III).

Aliás, a preocupação com a garantia da atuação judicial, desde sempre fora orientação para a comissão de juristas responsáveis pela elaboração das bases normativas do Código 2015, uma vez que “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa” é expressamente um dos motivos pelos quais se pauta a lei processual (FUX, 2017, p. 28).

Nesse momento, é pertinente a crítica feita por André Cordeiro Leal, que há muito já afirma a temeridade da manutenção da concepção de jurisdição adstrita à atuação da magistratura, conforme se lê

A jurisdição, a partir das propostas científicas do processo tematizado no âmbito do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) – principiologia essa que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão. (LEAL, 2008, p. 151).

O pensamento de André Cordeiro Leal é alinhado às conjecturas da teoria neoinstitucionalista do processo que, ao pensá-lo também como teoria da lei democrática⁷⁶, propõe a hipótese na qual a decisão seja proveniente da atuação conjunta das partes e do juiz no procedimento regido por princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia), não sendo a jurisdição a manifestação de uma atuação judicial solipsista, mas o resultado de uma atividade falseadora na construção do provimento.⁷⁷

2.6.2 O processo para o CPC/2015

⁷⁵ Art. 16: A jurisdição civil é exercida por juízes e pelos tribunais em todo território nacional, conforme as disposições deste Código (BRASIL, 2018a).

⁷⁶ Sobre o tema, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

⁷⁷ Esse também é o entendimento de Andréa Alves de Almeida, ao dizer que: “No Estado de Direito Democrático a atividade jurisdicional é exercida por todos os sujeitos do processo, pois a única fonte legítima para expedir a tutela jurisdicional são os destinatários da decisão” (ALMEIDA, 2005, p.65).

Basicamente, a proposta de Bülow (2003) é da formação de uma relação processual, a ser ordenada por normas de direito formal que regulariam a existência e validade do processo. Era, assim, uma relação distinta, em suas características básicas, daquela de direito material em que o conflito se instalara. Pelo processo, autor e réu subordinam-se à jurisdição estatal pacificadora de conflitos exercida pelo magistrado, figura que marca a presença do Estado na relação jurídica formada.

Aroldo Plínio Gonçalves, ao definir relação jurídica, ressalta, indiretamente, a submissão que ela pressupõe, tendo em vista que, para o processualista mineiro, relação jurídica é “o enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico” (GONÇALVES, 2001, p. 73/74).

Dessa forma, registra-se que, as contribuições de Bülow não se restringem apenas em atribuir ao processo uma nova sistemática, retirando-o de uma perspectiva contratualista e possibilitando o estudo e crescimento de uma ciência processual como ramo autônomo do Direito Público.

Ao revés, muito mais do que mera reclassificação do processo, as conjecturas bülowianas apoiam sobremaneira o empoderamento e protagonismo da magistratura, como assinala André Cordeiro Leal (LEAL, 2008, p. 63), a partir da supremacia estatal, sempre presente nas ponderações de Bülow (ALMEIDA, 2005, p. 62).

Entrementes, a despeito de críticas sofridas, inclusive quanto ao alinhamento a um direito não democrático⁷⁸, autores da modernidade jurídica, tais quais os italianos Chiovenda, Carnelutti e Liebman (ALMEIDA, 2005, p. 62) e os brasileiros Carlos Maximiliano e Paulo Dourado Gusmão, adotaram o paradigma relacionista do processo, como bem observa Lênio Luiz Streck (STRECK, 2018, p. 36/37).

Na atualidade, sob as vestes do instrumentalismo, Cândido Rangel Dinamarco é representante da dogmática tradicional de cunho bülowiano no Brasil, entendendo o processo como relação jurídica de direito público, mas a ele impondo escopos metajurídicos.⁷⁹

⁷⁸ Sobre o tema, ver: LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

⁷⁹ Para esse autor, processo é “instrumento” por meio do qual a jurisdição atua para atingir escopos metajurídicos, ou seja, finalidades para além da lei. Em outras palavras, o processo - como relação jurídica de Direito Público - estaria apto a autorizar determinações judiciais do Estado, ainda que não contidas na lei, porque aos juízes competiria o aprimoramento do sistema jurídico (DINAMARCO, 2003a, p. 181/192);

Nessa ótica, para Dinamarco, principal autor da escola instrumentalista paulista do processo,

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que os utilizam. (DINAMARCO, 2003a, p. 181 – grifos do autor).

Noutros termos, o que se observa, é que para que a teleologia do processo seja alcançada, deve este ser entendido como meio de operação da jurisdição estatal, com o fito de que esta possa atingir escopos metajurídicos – social e político–, mesmo que não previstos pelo direito positivo, uma vez que, aos adeptos dessa corrente do pensamento, compete ao Judiciário a adequação e modernização do direito às demandas sociais.

Logo, com essa abordagem fica clara a preocupação e opção teórica do autor, assim como em Bülow⁸⁰, em afirmar a jurisdição como atividade compulsória do Estado de solução de conflitos, reduzindo o processo a mero instrumento (meio) pelo qual são atingidos os fins pretendidos.

O Código de Processo Civil de 2015 surge com o propósito da novidade, sem, contudo, almejar rompimento com a legislação processual anterior, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, ou seja, com aquilo que defendera Alfredo Buzaid, quando da promulgação do CPC/1973⁸¹.

A exposição de motivos da lei processual de 2015 é expressa, aliás, em reconhecer o alinhamento

Sem prejuízo da manutenção e aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo a frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam atribuir-lhe alto grau de eficiência. (FUX, 2017, p. 27).

⁸⁰ Sobre o tema, ver: LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

⁸¹ A exposição de motivos do CPC/1973, assinada por Alfredo Buzaid, era clara em não pretender uma ruptura total com a estrutura pretérita, quando diz que: “propondo uma reforma total, pode parecer que queremos deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras inteiramente novas. Não. Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e tornar-lhe um instrumento dúctil para administração da justiça (BUZAID, 2017, p.8)”.

Por conseguinte, dentre as estruturas pretéritas mantidas, ao que tudo indica, opta o CPC/2015 por acondicionar a opção teórica pelo relacionismo processual do legislador de 1973, reafirmando, pois, o processo como uma relação jurídica de direito público, ainda que travestido na perspectiva instrumentalista, a qual, como se viu, *mutatis mutandis*, nada mais é do que a republicação aprimorada das conjecturas bülowianas.

Assim parece ser, porque, para a exposição de motivos do CPC/2015, expressamente: “... a partir da terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos” (FUX, 2017, 26).

Tal visão instrumental do processo é encontrada em diversas outras partes do texto, como quando, ao explicar o segundo objetivo primordial do Código novo, diz Luiz Fux: “pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no **contexto social** em que produzirá efeito o seu resultado” (FUX, 2017, p. 33 – grifos do autor). Disso denota-se, mais uma vez, a preocupação em pensar o processo como meio em si mesmo de atendimento a um contexto social, mas que interpretado pelo Estado.

As evidências do relacionismo/instrumentalismo e, conseqüente protagonismo judicial⁸², não ficam restritas à exposição de motivos do Código 2015. São muitas as disposições normativas que revelam a adoção da teoria bülowiana, porque, pela leitura dos artigos 8º, 139, 238, dentre outros, infere-se a preocupação do legislador em resguardar a superioridade judicial.⁸³

A partir disso, pertinentes são as críticas apontadas por André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau, quando dizem

Da assimilação, pelo Novo CPC, de uma compreensão jurisdicionalista da decisão jurídica já pressuposta na teoria do processo como relação jurídica de direito público que Oskar von Bülow adota quando propõe a sistematização do direito processual (LEAL; THIBAU, 2018, p. 100).

Nesse sentido, pois, tem-se que o direito processual brasileiro continua influenciado pela ciência processual de origem germânica e acolhe a teoria bülowiana de

⁸² Uma das preocupações do CPC/2015 é a de “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa” (FUX, 2017, p. 28).

⁸³ Art. 8º: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá os fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”; Art. 139: “O juiz dirigirá o processo...”; Art. 238: “Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”. (BRASIL, 2018a)

1868, quiçá de forma muito mais evidente do que na legislação pretérita, não apresentando quaisquer inovações teóricas.

Dessa forma, de logo já se percebe que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, ao adotar a proposta instrumentalista do processo, como expressamente o faz, aceita e reproduz uma teoria do processo umbilicalmente ligada ao paradigma estatal social já superado, que se legitima através do empoderamento dos juízes como aplicadores solipsistas do direito. Assim, já se pode desconfiar da afirmação pública de que o Código vigente seria “o código dos advogados”, como, inclusive, sustenta Luiz Rodrigues Wambier (2017).⁸⁴

2.6.3 O contraditório para o CPC/2015

A exposição de motivos do CPC/2015 dá a entender que estaria a promover a constitucionalização do direito processual, tendo em vista, também, a previsão ou reprodução de princípios constitucionais processuais em seu texto, os quais promoveriam a harmonização entre a lei ordinária e a Constituição da República de 1988.

Por outro lado, para Rosemiro Pereira Leal, o processo é que é constitucionalizante, na medida em que a Constituição deve reinterpretada por uma teoria processualizante da democracia. Em outras palavras, a teoria neoinstitucionalista do processo entende o processo como uma instituição⁸⁵ constitucionalizada que “deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado (povo icônico)” (LEAL, 2012, p. 90).

Dentre os princípios institutivos do processo, está o do contraditório, cuja importância é destacada por Rosemiro Pereira Leal, quando identifica a prejudicialidade trazida à procedimentalidade não regida pelo contraditório, a qual perderia seu aspecto

⁸⁴ Sobre o tema, ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues. Alguns impactos do CPC/2015 na advocacia. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230807,61044Alguns+dos+impactos+do+CPC2015+na+advocacia>> Acesso em 07 nov. 2017.

⁸⁵ Para Rosemiro Pereira Leal, o termo instituição refere-se a um “**conjunto** de princípios e (institutos) **jurídicos** reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício de direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de **procedimentos** estabelecidos em modelos legais (**devido processo legal**) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados (LEAL, 2012, p.89 – grifos do autor).

democrático, tornando-se um procedimento inquisitório regido pelo alvedrio do julgador (LEAL, 2012, p.99).

Por conseguinte, o autor teoriza o contraditório como direito de argumentar e contra-argumentar, expor teorias fático-normativas e refutá-las (LEAL, 2012, p.99), com o que se anui, por considerar a relevância para a legitimidade decisória e por entender alinhado à concepção não dogmática do direito.

Mas, esse não é o entendimento do CPC/2015, que disciplina o contraditório como direito de garantia de influência e de não surpresa em qualquer fase ou ato processual, ainda que referente às matérias de ordem pública. Essa abordagem, festejada por autores como Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2016, p.122/135), ancora-se nos artigos 9º, 10 e 933 do CPC/2015.⁸⁶

Entretanto, em que pese ser opção legal e doutrinária, essa é uma leitura de conteúdos do contraditório com a qual não se concorda por considerá-la insuficiente, porque encobre, no fim das contas, apenas um agir judicial estratégico que, inicialmente, autoriza a participação das partes, mas que, ao final, reafirma a consciência do juiz como lugar privilegiado da interpretação fático-normativa.

Sendo assim, considerando o princípio do contraditório como cerne desta pesquisa, será objeto de estudo do capítulo seguinte, o qual buscará elementos para o falseamento da proposição dada a ele pelo CPC/2015, bem como afirmação daquela que considerada mais adequada.

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: origens, fundamentos, interpretações estatais paradigmáticas e leituras possíveis

A configuração do processo judicial democrático está intimamente ligada ao contraditório, vez que este é responsável por inserir no procedimento a dialogicidade necessária entre as partes, de modo a impedir a construção do provimento como um ato

⁸⁶ Art. 9º: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida; Art. 10: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício; Art. 933: Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias (BRASIL, 2018a).

único de vontade do julgador (LEAL, 2012, p.99). Por isso, a noção do contraditório integra a própria noção de processo.

É ele um princípio constitucional compreendido pela noção de devido processo legal, o que permite a conclusão de que não há processo devido ausente o contraditório, assim como não se concebe o processo democrático sem a observação do devido processo (FERREIRA; RIBEIRO JUNIOR, 2018, p. 327).

Apesar disso, no Brasil, o contraditório só se vinculou ao Estado Democrático de Direito com a CRFB/88. Assim, como se vê da teoria neoinstitucionalista, impõe-se, portanto, uma revisitação da temática, porque, se o direito democrático é direito não dogmático, o contraditório passa a ter outros contornos normativos, que não aqueles dos estados liberal e do bem estar social.

Tamanha é a sua relevância que, além da previsão constitucional nacional (art. 5º, LV, CRFB/88)⁸⁷, o contraditório (e também a ampla defesa) está previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica, que ao seu art. 8º, prevê o direito de comunicação prévia e detalhada a toda pessoa acusada, que poderá participar do desenrolar procedimental (FREITAS, 2008, p.53).

Assim, com este capítulo, pretende-se demonstrar as origens do contraditório no processo civil, bem como o lugar ocupado por ele no direito processual brasileiro, para então estudar as teorias que se propõem a interpretá-lo. Por isso, o tema será abordado na perspectiva da dogmática jurídica tradicional, o que mais adiante será confrontado com as conjecturas da teoria neoinstitucionalista do processo, através do estudo que se fará sobre ela.

3.1 O contraditório como integrante do devido processo legal

Como bem observado por Sérgio Henrique Zandoná Freitas, a Constituição da República de 1988 garantiu, na norma do art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2018b), o que fez com o que o direito processual constitucional, bem como os princípios que lhe são caros, por esse preceito passasse a se estruturar (FREITAS, 2014, p. 82).

⁸⁷ CRFB/1988: “Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 2018b).

O princípio do devido processo legal tem origem no *common law*, sendo após incorporado pelo sistema romano-germânico. Deriva-se do *due process of law* inglês e surge a partir da premência em garantir a esfera jurídica dos indivíduos contra abusos e arbitrariedades (JAYME, 2000, p.72).

Sua abrangência supera as bases do Estado Democrático de Direito por ser uma conjunção de “princípios-institutos”, na expressão de Rosemiro Pereira Leal (2012, p. 91) que, a seu turno, perfazem garantias constitucionais processuais. Em virtude disso, considerando a sua dimensão, há quem o defina como um “superprincípio”, a exemplo de Bruno Resende Rabello (2011, p.45) e Humberto Theodoro Júnior (2013, p.27).

Para Nelson Nery Junior, é um princípio fundamental ao processo civil e gênero de todas as demais espécies de princípios e regras, que a partir dele se sustentam, de modo que bastava sua previsão na CRFB/88 para que decorressem todas as consequências processuais (NERY JÚNIOR, 2016, p.106).

Sendo um princípio de matriz constitucional, porquanto previsto no rol dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, o devido processo legal, enquanto estrutura normativa, transmuda-se em devido processo constitucional.

Rosemiro Pereira Leal, considerando o contraditório como integrante, e não corolário, do devido processo legal, como escrevem Daniel Carneiro Machado (2014, p.70), Jussara Ferreira e Aguinaldo Ribeiro Júnior (2018, p.327), por exemplo, diz que

O **devido processo**, como uma instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma **conjunção** de princípios-institutos (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental), o que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade, ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório (LEAL, 2012, p.91 – grifos do autor).

Assim, o devido processo legal pode ser entendido como o direito de acesso à jurisdição para dedução de uma pretensão ou defesa, com vistas à obtenção de um provimento que seja fruto da atividade crítico-discursiva desenvolvida no procedimento regido pelos princípios institutivos do processo (FREITAS, 2014, p. 83).

Em outros termos, é uma garantia, um dever do Estado, portanto, de assegurar que o procedimento condutor da contenciosidade dos direitos pretendidos será realizado mediante a instalação do contraditório e com observância da ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e gratuidade da jurisdição (LEAL, 2005, p.21), ainda quando os modelos procedimentais não o digam expressamente.

Por isso, a partir dessa ótica, não se admite a utilização do processo como instrumento para obtenção de justiça entre os homens, uma vez que a legitimidade do pronunciamento judicial final advém da sua construção por seus destinatários⁸⁸, sob o pálio dos princípios compreendidos pelo arcabouço do devido processo (FREITAS, 2014, p. 83).

É por isso que, para Sândalo Vianna dos Santos Júnior, o devido processo legal é uma norma que não admite ponderação casual, pois diz do modo estatal de agir. Segundo ele, a eficácia do princípio é permanente, linear e resistente, de observância cogente em toda e qualquer situação que requeira uma ação do Estado. É, pois, uma norma singular em termos de função, nível e eficácia (SANTOS JUNIOR, 2013, p.67).

Nessa ótica, a democraticidade processual decorre do devido processo legal que se refere à legitimidade do provimento enquanto ato decisório, com a eliciação da discricionariedade e arbítrio do julgador. Logo, “é dizer o direito como resultado legítimo do processo e não como função do Estado-juiz” (RABELO, 2012, p.122).

Disso, denota-se que sob uma perspectiva processual democrática, o devido processo legal é fundamental ao exercício da jurisdição, porquanto seu referente lógico-democrático, estando o contraditório, e outros princípios tão importantes quanto, inseridos em sua estrutura.

Há autores, como Nelson Nery Júnior, que estudam o *due process of law* a partir de uma divisão de sentidos. Assim, o devido processo legal em sentido genérico estrutura-se com base no trinômio vida-liberdade-propriedade. Vale dizer, a tutela desses bens da vida [como de qualquer outro] está sujeita à sua proteção (NERY JUNIOR, 2016, p.108).

O princípio ainda é fragmentado por esse mesmo autor em feições substancial (material) e formal.⁸⁹Na primeira, também designada como *substantive due process*, diz

⁸⁸ Para Rosemiro Pereira Leal, “o tópico da legitimidade de criação e aplicação do direito pelos marcos formais do PROCESSO CONSTITUCIONAL (sic) (*due process of law*), porquanto, no sistema civil law em que a conduta só tem validade, eficácia e legitimidade pela dotação normativa da lei, não quer colocar em situações antagônicas as esferas da justificação e aplicação normativa, como se aquela fosse a vontade do legislador e esta a vontade do juiz, com exclusão da articulação argumentativa das partes (indivíduos, pessoas) que se faz pela estrutura procedimental constitucionalmente processualizada concretizadora do *due process* (LEAL, 2005, p. 17).

⁸⁹ Essa diferenciação de sentidos possíveis (material e formal) do devido processo legal é criticada por Rosemiro Pereira Leal, por ser pouco esclarecedora, ao dizer que: “Muito se fala do instituto do **devido processo legal** como garantia constitucional, ora em sentido material (*substantive due process of law*), ora em sentido processual (*procedural due process of law*), sem que se explique claramente de qual lei decorre o *due process*. A facticidade inesclarecida sobre a qual se apoia a expressão *due process* [...] é que vem propiciando confusões nefastas na conceituação moderna e pós moderna do instituto do **devido processo legal**” (LEAL, 2012, p. 41 – grifos do autor).

da repercussão e incidência do devido processo no direito material⁹⁰, ao passo que a vertente formal ou *procedural due process* tem alcance mais restrito, já que dispõe de conteúdo estritamente processual (NERY JUNIOR, 2016, p.113).⁹¹

3.2 O contraditório como princípio institutivo na teoria neoinstitucionalista do processo

Em estudo sobre as espécies normativas do ordenamento brasileiro, Humberto Ávila caracteriza os princípios como normas finalísticas, prospectivas, pretensamente complementares e parciais, cuja aplicação se sujeita a juízos de oportunidade e conveniência. São, portanto, verdadeiras normas impositivas de comportamentos necessários para promoção de um estado de coisas (ÁVILA, 2009, p.78/79 e 137).

Nessa linha de raciocínio, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias esclarece que os princípios são tidos como “proposições fundamentais do Direito” e, por isso, assim como as regras, são normas jurídicas, com a mesma “força vinculativa” (DIAS, 2004, p.121), não havendo mais que se falar em aplicação supletiva dos princípios, quando da insuficiência legal.

Esse mesmo autor ainda identifica o importante papel ocupado pelos princípios no ordenamento jurídico, a partir de três funções por eles desempenhadas. Para Brêtas, os princípios têm função interpretativa, na medida em que auxiliam a compreensão do direito; supletiva, por serem fontes normativas invocadas diante das lacunas da lei e são o fundamento do ordenamento jurídico, e daí sua função normativa própria (DIAS, 2004, p.121/122).

Por outro lado, os postulados são deveres que estruturam a aplicação de outras normas, estando em plano diferente daquele das normas as quais estruturam. Em decorrência disso, são considerados como normas de segundo grau ou metanormas. Não têm por escopo a persecução de uma finalidade, mas organizam a promoção de um fim

⁹⁰ Bruno Resende Rabello complementa o raciocínio de Nelson Nery Júnior (2016, p.113) elucidando que o devido processo legal material se liga à possibilidade de limitação e exercício de poder, de modo a evitar restrições de direito ilegítimas ao cidadão, sem que para isso tenha havido um devido processo e garantido a possibilidade de manifestação efetiva da parte (RABELLO, 2011, p. 44).

⁹¹ Nelson Nery Junior ensina que, assim com no direito processual americano, o devido processo legal processual deve garantir ao litigante: “a) a comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamental, com base no que consta nos autos” (NERY JÚNIOR, 2016, p. 113).

ao prescreverem modos de raciocínio e argumentação aos comportamentos prescritos (ÁVILA, 2009, p. 135/138).⁹²

Assim, os postulados enquanto metanormas se diferem das regras e princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto estes são objetos de aplicação, os postulados determinam os critérios desta aplicação. Também, os princípios e as regras tem força impositiva, por determinarem condutas obrigatórias, permissivas ou restritivas, ou que busquem algum fim, ao passo que os postulados servem como base para a concretização de outras normas (ÁVILA, 2009, p. 139).

Com efeito, não se podem confundir princípios e postulados, razão pela qual se discorda de José Roberto dos Santos Bedaque, ao classificar o contraditório como um postulado (BEDAQUE, 2002, p.20), quando na verdade é ele um princípio constitucional constante do art. 5º, LV, da CRFB/88, que determina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ele inerentes” (BRASIL, 2018b).⁹³

Rosemiro Pereira Leal, autor da teoria neoinstitucionalista do processo, entende, por sua vez, o contraditório como um princípio definidor do processo, a partir do entendimento que traz sobre a espécie normativa, ensinando que: “**princípio** é marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como **referente** lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador de conceitos que lhe são **inferentes**” (LEAL, 2012, p.98 – grifos do autor).

Neste ponto evidencia-se a diferença entre as concepções de princípio propostas por Humberto Ávila e Rosemiro Pereira Leal. Enquanto este se refere, pela interpretação

⁹² Humberto Ávila esclarece, ainda, que: “a definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. Alexy não enquadra a proporcionalidade [postulado] diretamente em uma categoria específica, pois utiliza para sua definição o termo *princípio* (*Grundsatz*), limitando-se a afirmar, em nota de rodapé, que as máximas parciais podem ser enquadradas no conceito de regras. A maior parte da doutrina enquadra-os, sem explicações, na categoria de princípios. As considerações feitas acima apontam em sentido diverso. Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer.” (ÁVILA, 2009, p. 137 – grifos do autor).

⁹³ Muito embora o contraditório e a ampla defesa estejam previstos pelo mesmo dispositivo legal e ambos sejam princípios institutivos do processo, não se confundem. Em outros termos, “compõe um binômio indissociável ligado à participação das partes no processo”, mas não são sinônimos. Assim, “se o contraditório oportuniza a participação, a ampla defesa concretiza essa participação ao atribuir as partes instrumentos concretos” para atuar na formação do provimento (LUCCA, 2015, p.208). Nesse mesmo sentido é o entendimento de Flávio Quinaud Pedron (2017, p.24) e Sérgio Henriques Zandona Freitas (2014, p. 84). Ainda sobre o tema, pertinente a colocação de Jussara Ferreira e Agnaldo Ribeiro Júnior, ao identificarem a indissociabilidade existente entre contraditório e ampla defesa [o que não impede a diferenciação de ambos], assim como do contraditório para com outros princípios, tais quais, o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição (FERREIRA; RIBEIRO JUNIOR; 2018, p. 327).

da teoria neoinstitucionalista do processo, a um princípio que seja teórico-normativo, Ávila, em sentido contrário, sujeita a sua aplicabilidade a juízos de oportunidade e conveniência, no que reduz sua normatividade.

Ainda sobre sua classificação, Rosemiro Leal particulariza o contraditório como princípio institutivo do processo, por deste ser elemento essencial⁹⁴, entendendo o processo como uma instituição⁹⁵ jurídica definida a partir dos princípios que lhe integram – contraditório, ampla defesa e isonomia (LEAL, 2012, p.98).

Por conseguinte, esclarece que

O **princípio do contraditório** é referente lógico-jurídico do **processo** constitucionalizado, traduzindo em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo **direito-garantia**⁹⁶ de se manifestarem (LEAL, 2012, p.99 – grifos do autor).

É, pois, o contraditório um direito fundamental, previsto em norma jurídica do tipo princípio, estando assegurado constitucionalmente (art. 5º, LV, CRFB/88) e regendo a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Como adiante se verá, esta leitura do contraditório feita pela teoria neoinstitucionalista do processo é que orientará as conclusões deste trabalho, muito embora não seja uma proposição teórica confortável, como afirma o próprio autor no texto introdutório da obra “Teoria neoinstitucionalista do processo – uma trajetória conjectural” (LEAL, 2013, p.1/2).⁹⁷

⁹⁴ O contraditório seria elemento essencial do processo, para Rosemiro Pereira Leal, uma vez que “o **processo**, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes” (LEAL, 2012, p. 99 – grifos do autor).

⁹⁵ A teoria neoinstitucionalista do processo se utiliza da expressão “instituição” com sentido diferente daquele que empregado ao termo por Jaime Guasp, para quem o processo era uma instituição, ou seja, um conjunto de práticas sociais reiteradas herdadas da tradição e que por isso, tinham força normativa (LEAL, 2012, p. 85/86; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 303/309). A abordagem proposta pela teoria rosemiriana dá ao vocábulo a acepção de um conjunto de princípios constitucionais, reunidos sobre a denominação jurídica de devido processo (contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade), que asseguram o exercício de direitos expressos no ordenamento infra e constitucional, através de procedimentos legalmente previstos – devido processo legal (LEAL, 2012, p.89).

⁹⁶ O contraditório seria um direito-garantia na medida em que declara a existência de um interesse e, ao mesmo tempo, assegura o exercício desse interesse.

⁹⁷ Nos parágrafos introdutórios da obra em que veicula e explica a teoria neoinstitucionalista do processo, considerando a complexidade de seus conteúdos informativos, Rosemiro Pereira Leal demonstra esperar que as teorias que se formarão a partir das conjecturas por ele iniciadas não se rendam ao discurso comum daqueles que, por não compreenderem a proposta neoinstitucionalista, afirmam-na como elitista e burguesa. Nesse sentido é a sua colocação: “A única coisa que restará ao autor deste ensaio é a esperança de que a ousadia teórica das conjecturas a serem alinhavadas não caia, ante as novas gerações de estudiosos, na vala comum e reacionária de considerarem a **teoria neoinstitucionalista do processo** como uma incursão

3.3 O contraditório nas perspectivas dos estados liberal e do bem estar social

Sobre a antiga máxima do *audiatur et altera parte*⁹⁸, sustenta-se o princípio do contraditório, com a ideia de necessidade de audiência bilateral das partes no processo, conforme ensinam Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009, p.111), no que são seguidos por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p.61).

Inicialmente, no processo comum europeu (*ordo iudiciarius* – séculos XIII a XV), onde a literatura considera ter o contraditório uma manifestação primeva importante, era o princípio considerado um direito natural intrínseco ao processo, decorrente apenas de construção doutrinária, e configurava-se como verdadeiro meio de busca e alcance da verdade provável e compensação de forças entre os litigantes (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p.111).

Por esta concepção, a busca por uma verdade provável não era uma atividade individual, mas fruto do esforço compartilhado das partes, o que, no entender de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, indicava um comportamento condescendente dos envolvidos em relação ao panorama contrário em caráter de sociabilidade do saber (OLIVEIRA, 1998, p.8). Sendo assim, têm-se, portanto, um procedimento dialético, possibilitado pelo contraditório.

Disso, percebe-se um caráter ético congênito ao contraditório, uma vez que ressonava na igualdade de tratamento conferida às partes em todo o curso processual (SANTOS JUNIOR, 2013, p. 80), não sendo permitido o seu desprezo, nem mesmo por ato do papa ou do príncipe (GRECO, 2009, p.155).⁹⁹

elitista e burguesa. Nos tempos atuais em que a estratégica preservação da pobreza, do obscurantismo, do aprofundamento continuado e midiático da imbecilização coletiva [...], falar em teorias que possam acenar novos caminhos para o homem é tarefa perigosa em face do dissabor dos que lucram escandalosamente com o vegetativo crescimento dos conflitos humanos e da tragédia cultural a que estamos condenados por nossa própria omissão de pensar (pesquisar) os graves e milenares problemas da humanidade” (LEAL, 2013, p.1/2 – grifos do autor).

⁹⁸ Sobre o tema, ver: PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista de diritto processuale* 3/673. Milano: Cedam, jul-set.1988;

⁹⁹ Nesse mesmo sentido: “Consequentemente, ao **ordo iudiciarius** era reconhecida natureza originária e, portanto, em certo sentido, extra-Estatal: ninguém, nem mesmo o papa, poderia prescindir do **ordo** e mudar as regras do procedimento. O processo, definitivamente, representava o resultado de uma autônoma elaboração doutrinária e jurisprudencial da classe dos juristas e era completamente independente do poder político...” (PICARDI, 2008, p.14 – grifos do autor).

Era, pois, praticado em versão importante, através do diálogo recíproco e em pé de igualdade fundamental entre as partes e em relação ao magistrado. Isso porque, a estrutura endoprocedimental era isonômica, ou seja, permitia a simetria de tratamento, fosse entre governantes e governados, juiz e partes ou entre as próprias partes (PICARDI, 2008, p.14/15).¹⁰⁰

Contudo, ainda que naquela época o contraditório já apontasse para concepções paritárias hodiernas, como bem ressaltam Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes, a garantia se restringia a uma determinada porção social, não sendo, pois, um direito público, de qualquer indivíduo. É que, atualmente, a compreensão de uma ordem isonômica parte de uma teoria de direitos fundamentais, algo inexistente à época (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p. 112).

A partir das considerações de Menelick de Carvalho Neto, em estudo sobre a hermenêutica constitucional (2004), pode-se inferir, portanto, que esta era uma interpretação do contraditório tipicamente compatível ao paradigma do Estado Liberal, onde a liberdade garantida aos indivíduos era assegurada por um “direito natural” dos incluídos.

Nesse sentido, descrevendo o papel do indivíduo no Estado Liberal, Menelick explica que

Pela primeira vez na história pós-tribal, todos os membros da sociedade são, ou devem ser, proprietários, homens livres e, assim, igualmente sujeitos de direito, capazes, até mesmo o mais humilde trabalhador braçal, de realizar atos jurídicos contratuais como o da compra e venda da força de trabalho. Com o movimento constitucionalista implantam-se Estados de Direito que resultam da conformação da organização política à necessidade que essas ideias, tidas como direito natural de cunho racional, verdades absolutas e inquestionáveis (caracterizadoras do indivíduo – essa outra invenção da modernidade) pudessem encontrar livre curso e se impor (CARVALHO NETO, 2004, p.32).

No entanto, a abstratividade que caracterizava o paradigma inicial do constitucionalismo levou à negação prática do Estado Liberal. É que, a liberdade e a igualdade abstratas, bem como o culto excessivo à propriedade privada, fomentaram práticas sociais abusivas e disseminaram a miséria sem precedentes, caracterizando esse

¹⁰⁰ Por esse ângulo, Dierle Nunes esclarece que, nos tempos do liberalismo processual (processo comum), o processo era guinado em perspectiva privatística, como meio de resolução de controvérsias, traçado em benefício das próprias partes. Nesse período, acreditava-se em igualdade formal, no sentido inexistirem disparidades de quaisquer naturezas entre os indivíduos. Idealizou-se, ainda, um protagonismo processual das partes que, premidas pelo princípio dispositivo, eram unicamente competentes para abertura e impulso oficial do processo. Ao Judiciário passivo e imparcial, restava a aplicação normativa, não sendo facultado ao juiz realizar ingerências interpretativas (NUNES, 2008, p.73/77).

período histórico como o de maior exploração do homem pelo homem (CARVALHO NETO, 2004, p. 34).

À vista disso, começam a surgir ideais socialistas que colocavam em dúvida a proposta liberal e animavam movimentos populares de massa, que reivindicavam mudanças profundas nas ordens política, social e econômica. Em consequência disso, emergiu o Estado do Bem-Estar Social, como uma possível saída às mazelas do paradigma antecedente (CARVALHO NETO, 2004, p. 35).

Por esta concepção, o Estado passa a ser um aparato coercitivo que diminui a liberdade de contratar dos indivíduos, em troca de um dirigismo que os supri as necessidades biológicas, de modo que o sujeito passa a ser consumidor dos serviços de um Estado como curador de uma sociedade incapaz.

Houve, portanto, na análise de Carvalho Neto, uma remodelação do Estado e também do direito, que passa a ser materializado em razão das “exigências” de ampliação da atuação estatal para abranger as tarefas referentes aos escopos econômicos e sociais que lhes são atribuídos pelo ordenamento (CARVALHO NETO, 2004, p.36).

Então, as visões sobre o processo e seus princípios sofreram influências das transições histórico-sócio-culturais, sobretudo pelo assunção do Estado Social, quando emergiram concepções radicais da “jurisdição como expressão da soberania” (PICARDI, 2008, p.15) e “estatização do processo” (OLIVEIRA, 1998, p.9).

Assim, com fincas nessa ideologia socializante, encetou-se a passagem de uma ordem paritária para uma ordem processual assimétrica, que, externamente, pode ser simbolizada pela transição do *iudicium* e do *ordo iudiciarius* para a disciplina do procedimento e do processo, respectivamente (PICARDI, 2008, p. 15).

Esta época é ilustrada pela transição do processo comum (séculos XIII a XV) ao *Prozess-Ordnung* da Prússia (1781), com a assimilação do processo pelo soberano, o que mecanizou o contraditório a mera atividade de contraposição fática, mediante a redução de seu caráter axiológico, como fundamento ético e jus natural do processo (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p. 111; RABELLO, 2011, p.56).

Dessa maneira, a nova ordem social baseava-se na autoridade do juiz como enunciador da verdade absoluta, obtida através de procedimento ritualístico e formalista, mesmo que alheio ao contraditório. Para tanto, colocava-se em posição de superioridade com relação às partes, porquanto detentor de um pensar privilegiado, o que ocasionou o esvaziamento do princípio (SANTOS JÚNIOR, 2013, p.82).

Aliás, essa onipotência judicial é traço marcante da concepção social de Estado, já que nela a atuação do juiz não se reduz à mecânica subsunção do fato à norma. Muito mais do que isso, exige-se do magistrado interpretações teleológicas que revelem a vontade do legislador (CARVALHO NETO, 2004, p. 36). O direito, então, teria finalidades para além do ordenamento, cujo sentido normativo é fixado pela autoridade do Judiciário.

Assim, denota-se, portanto, que a legitimidade decisória no período era oriunda do acatamento de regras formais, estando o processo reduzido à mera técnica, não se exigindo dos sujeitos processuais nada além de uma seriedade formal, com rigorosa fidelidade às normas processuais (PICARDI, 2008, p.16).

Do direito prussiano, destarte, advém a concepção do contraditório como um princípio lógico-formal, restrito à bilateralidade de audiência, conhecido como “contraditório estático” (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p.123), que, posteriormente, segundo Theodoro Júnior e Nunes (2009, p. 112) sustentou a teoria do processo como relação jurídica de direito público (BÜLOW, 2003).¹⁰¹

Então, na opinião de Humberto e Dierle (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p. 112), a queda do liberalismo processual e ascensão do processo social¹⁰², com consequente esvaziamento do contraditório, culminaram com sua abjeção a um papel secundário de princípio externo, porquanto não mais considerado como essencial ao processo, tendo extinguido sua feição axiológica e ligação com o direito natural, pelo que então concordam com o que já afirmado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1998, p. 9/10).

A deflagração do movimento de socialização processual pelo mundo se deu a partir da ÖZPO (Ordenança Processual Civil austríaca), assinada por Franz Klein, em 1895. Nesta obra, o autor preceitua a proeminência dos poderes judiciais, formal e materialmente, uma vez que aos juízes competem o controle e promoção dos atos do processo, bem como a iniciativa oficiosa cognitiva (NUNES, 2008, p. 81/83).

Tamanha era a apologia ao ativismo judicial, o que é característico no Estado Social, inclusive, que existiu nos anos 30 do século XX, o pensamento de que não seria

¹⁰¹ Conforme explanado em item acima, a teoria do processo como relação jurídica, elaborada por Oskar Vön Bülow (2003) e difundida por sua obra “Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais” (1868) é aceita e assimilada pelo CPC/2015 sob o viés instrumentalista (DINAMARCO, 2003a).

¹⁰² O movimento reformista do CPC/73 no Brasil é um exemplo de transição do ideário liberal do processo para o processo social, marcado pelo princípio autoritário que potencializa práticas ativistas.

imprescindível ao processo, para obtenção de decisões justas, a instalação do contraditório, razão pela qual, para parte da doutrina alemã socialista, poderia suprimi-lo, consoante Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009, p.114).

A mudança dessa noção restritiva do contraditório iniciaria após a segunda grande guerra, quando ocorre um movimento de constitucionalização de garantias processuais interligadas a questões políticas, referentes ao exercício e controle de poder; legitimidade dos atos estatais; modelos de Estado – Liberal, Social e Democrático de Direito, que possibilitaram novas leituras ao princípio (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 83).

Potencializa-se, então, a noção da comparticipação, através do diálogo efetivo e da instalação de uma comunidade de trabalho no processo (NUNES, 2008, p.213), como possível compreensão funcional do contraditório dinâmico, pretensamente mais alinhada ao Estado Democrático, por permitir a obtenção da decisão a partir de uma melhor relação entre juiz e partes (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p.115).

Fato é que, independente da compreensão que se adote do contraditório, se estático ou dinâmico, não pode ser ele relegado à inferioridade procedimental porque no Estado Democrático de Direito dele advém a legitimidade decisória, através da dialogicidade e participação efetiva das partes na construção do provimento estatal. Assim, é essencial à conformação de um processo justo e legítimo (CERQUEIRA, 2013, p.42).

Percebe-se que o contraditório é importante para os autores em geral. Mas, a grande parte das definições propostas ao princípio não se desvencilham dos restos dos Estados Liberal e Social. Estes, ainda que impliquem em compreensões constitucionais diferentes, quanto ao contraditório, se equivalem no sentido de não compreenderem o seu verdadeiro alcance, qual seja, entendê-lo como a materialização democrática do direito.

Para construção e interpretação democráticas do direito, o contraditório deve ser erigido e afirmado à condição de um princípio constitucional processual essencial às configurações do direito processual democrático e, portanto, supremo. A partir dessa noção, surgem leituras possíveis do princípio, pretensamente alinhadas aos parâmetros da democraticidade jurídica.

3.4 O sistema comparticipativo e o policentrismo processual: o contraditório condutor de uma comunidade de trabalho

Antes de se adentrar ao tema proposto para este subitem do capítulo, cumpre ressaltar que as ideias que aqui serão trazidas, quais sejam, as definições e correlações de comunidade de trabalho, participação e policentrismo processual refletem à exposição da proposta de Dierle Nunes à temática, já que o autor é referência mineira no assunto, não configurando qualquer alinhamento teórico às compreensões analisadas.

Conforme se demonstrou no item 2.5 e subitens do capítulo anterior desse trabalho, o movimento reformista processual brasileiro, desencadeado a partir dos idos dos anos 90 do século XX, consolidou a busca jurídica nacional pelo acesso à jurisdição, o que resvalou em muitas alterações legislativas e doutrinárias para o acolhimento da socialização processual comprometida com ideais de celeridade e efetividade jurisdicionais.

Dierle Nunes observa que a nova perspectiva processual estabeleceu, a contrario sensu, convicções neoliberais no processo, através de sua limitação técnica formalista e a massificação dos julgados. Com isso, muda-se o entendimento funcional do processo enquanto legitimador e formador de provimentos, para, por meio dele, autenticar concepções judiciais, que pudessem atender aos anseios do mercado e ou do Estado (NUNES, 2008, p.209).

Sendo assim, o processo ficara reduzido à mera burocracia, onde imperam comportamentos não cooperativos dos sujeitos processuais. Nesta estrutura, a atuação judicial é movida pela otimização numérica decisória, *pari passu* à litigância estratégica das partes e procuradores em busca de um pronunciamento favorável (THEODORO JUNIOR et al, 2016, 87).

É próprio do discurso do protagonismo judicial, característico da socialização, o esvaziamento técnico e democrático do processo para engessa-lo como um formalismo desnecessário, que se presta à condição de certificador mecânico de decisões políticas.

Porém, assim não pode ser tendo em vista a importância do processo enquanto base do Estado Democrático de Direito, onde atua de modo a fiscalizar e coibir o exercício abusivo de poder, para garantir a legitimidade democrática das decisões estatais.

Nesse sentido, Alexandre Bahia e Dierle Nunes confirmam que

[...] o processo deve se desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e de outro garante a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele

(processo) formadas. O processo deve garantir a implementação dos direitos, especialmente, fundamentais (BAHIA; NUNES, 2010, p.85).

É que, em regimes democráticos, segundo Dierle Nunes, o processo é estruturado por meio de princípios constitucionais processuais que privilegiam uma lógica dialética de debate endoprocedimental, cujo conteúdo necessariamente refletirá na formação e conclusão do provimento compartilhado (NUNES, 2008, p. 210).¹⁰³

Sendo assim, em sua opinião, é importante o resgate da postura garantista do processo (NUNES, 2008, p. 208). A saída encontrada por Nunes e compartilhada por outros autores, dentre os quais se destacam Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2016) já existe e vem do direito alemão. Consiste em entender o processo como condutor normativo de uma comunidade de trabalho, o que anteriormente já fora idealizado por Franz Klein (1958), como assumem os próprios autores (THEODORO JUNIOR et al, 2016, p.88).

A intitulada comunidade de trabalho surge na doutrina tedesca, onde possibilitou uma formação comum entre as categorias profissionais do direito. Alinhada originalmente a uma perspectiva socializante do processo (KLEIN, 1958), passou a ser revista a partir da constatação de suas anomalias, a fim de arquitetar, no processo, a concepção do policentrismo processual (NUNES, 2008, p.213/214).

A noção de comunidade de trabalho emprega a necessidade de um esforço conjunto entre o tribunal e as partes e seus advogados para o progresso da tramitação processual. Exige, portanto, a instalação de uma lógica dialética condutora do desenrolar procedimental, que põe em descrédito a figura do juiz monologuista, o qual, assumindo nova postura, deve zelar pela comunicação aberta e argumentativa entre os sujeitos processuais, no que pertine à informação, formação de opinião e deliberação decisória (WASSERMANN apud NUNES, 2008, p. 214).

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior acredita que a formação de uma comunidade de trabalho, a fim de alinhar e melhorar a relação entre juiz e partes, deve-se dar desde a fase preparatória (“saneadora” – de fixação dos pontos controvertidos da demanda) do procedimento. A partir disso, expressamente assume ser essa compreensão

¹⁰³ Mesmo adotando compreensões teórico-processuais diferentes daquelas a que se filia Dierle Nunes, nesse ponto da análise é pertinente destacar o entendimento de André Cordeiro Leal. Na visão dele, a criação de focos de centralidade, que estabeleçam assimetrias processuais, não coaduna com a opção constitucional democrática de Estado, para o qual a racionalidade decisória advém da reconstrução fática pelas partes e do compartilhamento interpretativo da lei democraticamente construída (LEAL, 2002, p.106).

herança da legislação socializante de Franz Klein, assim como as raízes do dito “contraditório dinâmico”, conforme se lê do seguinte trecho

Essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para a filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, teve início com Franz Klein em sua festejada ÖZPO (Ordenança Processual Civil austríaca) em 1895. [...] Conduziu, enfim, à conclusão de que essa fase processual pode auxiliar muito numa adequação do modelo cognitivo brasileiro para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 69).

Nesta continuidade, para a formação dessa comunidade de trabalho, todos os atores do processo, como “homens de boa fé”, devem atuar de forma independente, contributiva e responsável pela construção e satisfação do provimento normativo, conforme pensam Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron (2016, p.88), no que são criticados por Lênio Streck, Lúcio Delfino, Rafael Dalla Borba e Ziel Lopes (2018)¹⁰⁴.

Disso, infere-se uma noção de cooperação que, para Humberto Theodoro Júnior e outros, após o CPC/2015, não se trata de uma colaboração das partes para com o juiz (aos moldes daquela que idealizada por Klein), mas de uma participação policêntrica, lastreada na compreensão do contraditório como garantia de influência e não surpresa nas decisões; um contraditório dinâmico (THEODORO JUNIOR et al, 2016, p.88/89).

A denominada participação ou cooperação normativa surge, pois, como uma teoria de releitura da cooperação¹⁰⁵, que não se traduziria como simples colaboração mantenedora da hierarquização processual assimétrica. Vale dizer, sua noção, a partir do CPC/2015, ultrapassa os níveis de um dever ético (THEODORO JUNIOR et al, 2016, p. 91).

Assim, é uma ideia que se baseia no policentrismo processual, ou seja, no envolvimento de vários sujeitos portadores cada qual de uma colocação e função específica (juiz, partes, advogados, promotores, etc.), atuando dialeticamente em contribuição, a partir da defesa de seus interesses, à formação da decisão, o que afasta qualquer menção a um protagonismo (NUNES, 2008, p. 212).

¹⁰⁴ Lênio Streck, Lúcio Defino, Rafael Giorgio Dalla Barba e Ziel Ferreira Lopes criticam veementemente a cooperação processual do CPC/2015, bem como os deveres de conduta por ela impostos. Sobre o tema, ver: STRECK, Lênio; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>> Acesso em 12 fev., 2018;

¹⁰⁵ A cooperação é prevista pelo art. 6º do CPC/2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2018a).

Nessa mesma linha de pensamento, Alexandre Bahia e Dierle Nunes ponderam que

Não se pode mais acreditar no papel da magistratura como um papel-missão de, com sensibilidade, captar os valores uniformemente compartilhados pela sociedade, insculpidos na Constituição, mas de um garante da normatividade e dos direitos fundamentais que forma sua decisão conjuntamente com os demais participantes a partir do processo e não apesar dele (BAHIA; NUNES, 2010, p. 93).

Para seus defensores, a adoção da feição normativa da cooperação, além de corroborar com a democraticidade processual, aperfeiçoaria o seu funcionamento, a partir da criação de instrumentos de fiscalidade da conduta dos sujeitos processuais, bem como induziria o aproveitamento máximo da atividade processual com vistas ao julgamento de mérito.¹⁰⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, há ainda quem aponte a diminuição da impetração de recursos como conclusão lógica da adoção prática do policentrismo e da comparticipação, como é o caso de Alexandre Bahia e Dierle Nunes (2010, p.86). Outros, como Humberto Theodoro Júnior, acreditam na desistência dos procedimentos judiciais instaurados ou na maior utilização de métodos extrajudiciais de soluções de conflito como consequência da consciência das partes, obtida em razão da comunidade de trabalho, de que a continuidade do feito é desnecessária e ou inadequada (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 69).

Assim, a teoria normativa da comparticipação fomenta o estabelecimento de uma comunidade de trabalho a partir da indução de comportamentos cooperativos entre os sujeitos processuais, mediante deveres de conduta¹⁰⁷, em um ambiente normativamente controlado (THEODORO JUNIOR et al, p.89).

Seu principal fundamento seria o contraditório porque

É exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos (LEAL, 2002, p. 77).

¹⁰⁶ O art. 4º do CPC/2015 determina que: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” (BRASIL, 2018a).

¹⁰⁷ São os deveres indutores do comportamento cooperativo: “dever de consulta, esclarecimento, auxílio, correção, coerência, integridade, consideração em busca do diálogo genuíno no âmbito processual e de respeito à participação dos sujeitos processuais num ambiente de boa fé normativamente controlada” (THEODORO JUNIOR et al, 2016, p.89).

Ocorre que para a doutrina processual, esse contraditório teorizado como garantia de influência e não surpresa é o elemento normativo da participação, o qual é previsto, principalmente, pelos arts. 9º¹⁰⁸ e 10º¹⁰⁹ do CPC/2015 (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p.117/127; FRANCO, 2012, p.158; AMARAL; LACERDA, 2018, p.286; CASTRO, 2016, p.60)

No entanto, essa não é a única manifestação existente do princípio no direito brasileiro. Por essa razão, passa-se a análise das leituras do contraditório, enquanto bilateralidade de audiência, simétrica paridade e garantia de influência e não surpresa.

3.5 Leituras do princípio do contraditório: o contraditório como bilateralidade de audiência, como simétrica paridade de armas e como garantia de influência e não surpresa

Os itens antecedentes deste capítulo demonstraram que a aplicação do contraditório transitou de uma ordem paritária entre os sujeitos processuais (modelo liberal), para uma estrutura assimétrica (modelo social), de valorização do protagonismo judicial e sobreposição da magistratura às partes, o que acarretou no enfraquecimento do contraditório com esvaziamento de seus conteúdos.

Como se apresentou, esta foi uma manobra oportunista e necessária para firmar o entendimento do processo como solilóquio judicial, assim como quis o movimento kleiniano, onde fora o contraditório relegado a uma automática contraposição de direitos e obrigações, a partir da disponibilização de informações às partes e suas consequentes reações.

Dessa forma, de princípio essencial do processo, responsável por assegurar a participação efetiva das partes na construção decisória, reduziu-se o conteúdo do contraditório a uma lógica de condutas mecânicas, a partir da contraposição de teses, que não necessariamente precisavam relacionar-se com o provimento judicial.

Para os autores que estratificam o conteúdo do contraditório, como é o caso de Marcelo Veiga Franco (2013, p.44) e Alexandre Freitas Câmara (2018, p.7), esta seria a

¹⁰⁸ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (BRASIL, 2018a).

¹⁰⁹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2018a)

dimensão formal do princípio, proveniente do processo austríaco (*Parteiengehör*), de onde adveio a ideia de “audiência” do interessado, a partir do princípio fundamental do “*audiatur et altera pars*”, que carrega a concepção clássica de contraditório como dever de ciência, informação e comunicação às partes (GONÇALVES, 2012, p.102).

Essa noção restrita de um “contraditório estático”, na expressão de Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes, somente alvorece em uma estrutura procedimental monologicamente conduzida por um juiz ativista e hierarquicamente superior às partes, responsável por construir unilateralmente e enunciar a decisão jurisdicional (THEODORO JUNIOR; NUNES; 2009, p.117).

O “aspecto formal” do contraditório expõe o direito das partes ao conhecimento válido da demanda, através dos atos legais de comunicação processual, de modo a garantir-lhes a participação no processo. Essa participação oportunizada pela informação sobre a demanda tem como corolário o direito à liberdade de reação. Daí surge a noção de contraditório como “direito à bilateralidade de audiência”, que se estrutura pelo binômio conhecimento/reação (AMARAL; LACERDA, 2018, p. 287).

A partir disso, o que se percebe é que essa definição de contraditório é um tanto quanto superficial, na medida em que cinge-se no dizer e contradizer apoiados em uma atuação acessória dos sujeitos do processo. É por isso que autores como Guglielmo de Castro advertem sobre a inabilidade conceitual do princípio como mero axioma de reação permitida pela informação necessária¹¹⁰ (CASTRO, 2016, p.55), no que é seguido por Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.319/320).

Nessa linha de pensamento, Marcelo Veiga Franco percebe que a perspectiva “formal/estática” do contraditório aprimora-se pela contribuição da teoria processual de Elio Fazzalari (2006), bastante conhecida e difundida no Brasil pela obra de Aroldo Plínio Gonçalves (2012), ao fixar que a participação das partes no processo deva ser garantida e qualificada pela simétrica paridade de “armas” ou oportunidades (FRANCO, 2012, p.174).¹¹¹

¹¹⁰ Aroldo Plínio Gonçalves esclarece que o contraditório, segundo essa perspectiva de consideração, se articula entre os tempos da informação e reação. Porém, a informação sempre será necessária, imprescindível, ao passo que a reação é secundária, facultada, permitida, mas não obrigatória, não obstante seja necessariamente garantida na possibilidade de participação (GONÇALVES, 2012, p.108).

¹¹¹ Nesse ínterim, Aroldo Plínio Gonçalves preleciona que: “o contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. [...] O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor” (GONÇALVES, 2012, p.103).

Enaltecendo a teoria fazzalariana do processo, Aroldo Plínio Gonçalves pontua que

A ideia de participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. Já não é mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas [...], enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final [...] (GONÇALVES, 2012, p.108).

A obra do italiano Elio Fazzalari tenta refutar a teoria do processo como relação jurídica de direito público, difundida pela obra “Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais” de Oskar von Bülow (2003). Em substituição, propõe que o processo seja entendido como um “procedimento em contraditório em simétrica paridade entre as partes” (FAZZALARI, 2006, p. 94; GONÇALVES, 2012, p.98/99).

Pode-se dizer que a contribuição fazzalariana para a ciência do processo está em, além de construir um conceito intelegível de procedimento¹¹² (FAZZALARI, 2006, p.114), apontar o contraditório como elemento que distingue o gênero dos procedimentos da espécie processo (FAZZALARI, 2006, p. 119; GONÇALVES, 2012, p. 96/97).

Vê-se em Fazzalari que, no processo, o direito de audição e participação na construção do provimento é assegurado, em simétrica paridade de oportunidades, aos interessados, em razão de suportarem os efeitos do provimento decisório. Em outros termos, a oportunidade de influenciar o autor do provimento deve ser garantia de forma igualitária às partes (LEAL; ARAÚJO, 2018, p. 146).

Assim, para o processualista italiano,

¹¹² Como observado por André Cordeiro Leal e Bruno Amazan Avelar de Araújo, Fazzalari resgata a importância conceitual do procedimento para, a partir dele, definir o processo (LEAL; ARAÚJO, 2018, p. 142). Aliás, esses dois institutos são indistintos entre os relacionistas/instrumentalistas, como expressamente admite Cândido Rangel Dinamarco, ao dizer que: “Em tempos recentes, presencia-se a uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. Rejeitaram-no os processualistas do século XIX e na primeira metade deste, encantados com a descoberta de que o processo não se reduz a mera sequência de atos coordenados em cadeia fechada entre a demanda e a sentença: daí as prestigiosas doutrinas que floresceram, entre as quais a do processo como relação jurídica e todas proscrevendo a visão unilateral do processo como procedimento. Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, saindo fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento como próprio conceito de processo” (DINAMARCO, 2003a, p.152). Em Fazzalari, o procedimento: “é, enfim, visto como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas da norma em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez, o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever)” (FAZZALARI, 2006, p.114).

Tal estrutura [contraditório] consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória: na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação de suas atividades; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto [...] de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas do resultado (FAZZALARI, 2006, p. 119/120).

Aroldo Plínio Gonçalves destaca, ainda, que o contraditório não se confunde com a controvérsia material que é por ele oportunizada. Melhor explicando, o “dizer” e o “contradizer” não são propriamente o contraditório em si, mas conteúdos possíveis deste, ou seja, sua “essência”¹¹³ é a oportunidade em simétrica paridade (GONÇALVES, 2012, p. 109). A partir disso, começa-se a desconfiar da redução do contraditório fazzalariano a uma mera oportunidade, o que rendeu outro estudo em coautoria a André Cordeiro Leal (2018).

Sabe-se que a teoria fazzalariana do processo acerta em exigir, em determinadas situações, que sejam as partes, no processo, chamadas a participar do procedimento que prepara o provimento. Por outro lado, não garante ou explica a forma pela qual o dizer e o contradizer oportunizados influenciariam a decisão (LEAL; ARAÚJO, 2018, p. 137). Ao que parece, com isso não se preocupa Fazzalari porque, para ele, a decisão é um ato de vontade do juiz (FAZZALARI, 2006, p. 119), ponto em que retorna à Bülow (2003).

Em outras palavras, para Fazzalari basta que às partes se dê a oportunidade de participação igualitária no processo, pouco importando-se com àquilo que se produziu, já que os resultados das atuações paritárias são valorados e controlados pelo julgador, “na relevância das mesmas para o autor do provimento” (FAZZALARI, 2006, p.119). Dessa forma, fixa o contraditório como mero atributo do processo, ou seja, uma ritualidade procedimental que se presta ao convencimento judicial.

Diante da insuficiência do contraditório como bilateralidade de audiência e simétrica paridade, em termos de legitimidade decisória, a doutrina processual começa a buscar saídas (GRECO, 2009, p. 540). Para muitos¹¹⁴, a solução estaria em dinamizar o

¹¹³ Para Rosemiro Pereira Leal, há expressões pouco esclarecedoras na teoria de Fazzalari, como é o caso da “essência do contraditório”. Segundo ele, “se o contraditório se define por uma ‘essência’, esse ensino se tornaria tópico-retórico à medida que não explicasse o que seria igualdade de oportunidade ou liberdade de todos perante a lei. O corolário essenciante resolveu-se [...], pela ‘simétrica paridade de participação no processo’. Embutiu-se o **contraditório** na **isonomia** sem considerar a complexidade do instituto da ‘simétrica paridade’ (isonomia), traduzindo-a nos estreitos limites da igual liberdade participativa para todos” (LEAL, 2013, p. 47 – grifos do autor).

¹¹⁴ São autores que defendem o “contraditório dinâmico/material/substancial”: Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2016, p. 124); Marcelo Veiga Franco (2013, p. 47; 2012, p. 174/175); Guglielmo de Castro (2016, p. 57); Júlio César Amaral e Emanuela Cristina Andrade Lacerda (2018, p. 288); Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012, p. 123/126); Daniel

contraditório, estudando-o a partir de sua “dimensão material ou substancial” (FRANCO, 2013, p.47) ou “tridimensional” (MACHADO, 2014, p. 71) e o teorizando como “garantia de influência e não surpresa no desenvolvimento e resultado do processo” (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p.125).

Nesse mesmo sentido posicionam-se Dierle Nunes e Fernando Rossi

Vê-se daí que essa infusão de seiva democrática no âmbito da atividade judicial só se apresenta possível caso se encare o contraditório conforme feições que superem aquela de cunho meramente formal. É concebê-lo segundo seu sentido *dinâmico*, como se costuma ler em doutrina, e não mais aceita-lo como mera garantia, endereçada aos litigantes, de *informação* acerca dos atos processuais que se sucedem no curso procedimental; tampouco traduzi-lo em simples direito de *resistir* a esses mesmos atos, mediante impugnações, produção de provas e contraprovas e requerimentos a serem registrados no caderno processual. Deve-se, insista-se na ideia, concebê-lo além de suas feições formais a fim de assegurar às partes um ativismo de atuação que lhes permita *influir* nos conteúdos (fáticos e jurídicos) das decisões judiciais – as partes não apenas participam do processo, mas *animam* seu resultado (NUNES; ROSSI, 2013, p. 233 – grifos dos autores).

Filiando-se a esse entendimento, Fredie Didier Júnior diz ser fundamental a percepção de que a simples participação das partes no processo não é suficiente para a efetivação do contraditório, sendo necessário que ela se dê em condições de influenciar, através de argumentos, ideias, e alegações fáticas, o conteúdo da decisão jurisdicional (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 52).

A noção de influência do “contraditório dinâmico” provém do direito italiano, ao reafirmá-lo, no art. 24, §2º da Constituição da Itália, como núcleo do processo, a partir de uma aproximação conceitual entre “garantia de defesa” e “igualdade formal”. Nessa perspectiva, assegura-se às partes possibilidades de participação preventiva, em qualquer discussão fático-jurídica que aconteça no procedimento (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 118/119).¹¹⁵

Amorim Assumpção Neves (2014, p. 81/82); Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (2016, p. 178/179); Fredie Didier Júnior (2014, p.55), Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 4/5).

¹¹⁵ Segundo Humberto Theodoro Júnior e outros, a ideia do contraditório substancial é recorrente em outros diplomas legislativos que não somente o italiano. Na França, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar a decisão a partir de questões jurídicas não suscitadas, ainda que atos de ofício judicial, resguardando às partes a faculdade de manifestação em qualquer ponto do processo. De igual maneira, na Alemanha, após o segundo pós-guerra, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) passou a interpretar o art. 103, §1º da Lei Fundamental da República da Alemanha de modo que se dava às partes a possibilidade de manifestação sobre qualquer matéria de fato ou de direito, procedimental ou de mérito, a fim de que pudessem influir no conteúdo da decisão final (THEODORO JUNIOR et al, 2016, p. 124).

Para Daniel Carneiro Machado, enquanto as primeiras leituras do contraditório o destacavam apenas quanto ao “aspecto formal”, essa visão contemporânea (“contraditório tridimensional”) o considera a partir de três dimensões, quais sejam, do direito de informação às partes dos atos praticados no processo; do direito de manifestação sobre todas as questões fáticas e jurídicas surgidas na discussão procedimental; do direito de influência e não surpresa das decisões judiciais, que constitui a “feição substancial” indispensável à concretude da participação paritária (MACHADO, 2014, p.72).

Por essa concepção, de logo se percebe a extensão do contraditório ao juiz, em forma de um dever-ônus, na medida em que deverá oportunizar, de ofício e previamente, o debate das partes sobre quaisquer matérias de fato ou de direito que, eventualmente, forem pertinentes à solução do conflito.¹¹⁶

Nesse mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior entende o contraditório como um princípio absoluto, de observância cogente e sem exceções, ao qual se submetem “tanto as partes como o próprio juiz, que haverá de respeitá-lo mesmo nas hipóteses em que procedem o exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública” (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 37).

O Código de Processo Civil de 2015 encampa essa ideia ao prever expressamente no art. 10¹¹⁷ a impossibilidade de obtenção de decisão, em qualquer grau de jurisdição, lastreada em fundamento sobre o qual não se permitiu a manifestação das partes, ainda que se trate de matéria a ser decidida de ofício. Aliás, essa já era uma regra prometida e enunciada pela exposição de motivos da Lei 13.105/2015 (FUX, 2017, p. 26).

Por esses fundamentos, portanto, é que os seus defensores fixam a concepção do contraditório como uma “garantia de influência”, em todas as fases lógicas

¹¹⁶ Não obstante deva o juiz zelar pelo efetivo contraditório, não é ele um contraditor pelo fato de ser estranho aos interesses em contenda e à sua esfera jurídica não se destinarem a incidência dos efeitos do provimento. Esse entendimento, inclusive, já era adotado pela teoria fazzalariana do processo (FAZZALARI, 2006, p. 121). Para Dierle Nunes e Lúcio Delfino, ainda que o juiz assuma uma postura ativista no iter procedimental, para garantir às partes oportunidades de exercício do contraditório, assegurando-as o direito de participação igualitária no debate sobre todas as questões surgidas, é inconcebível a figura do juiz contraditor. É que, na disposição de posições processuais, o juiz não se situa em posição paritária com as partes simplesmente por não ser ele destinatário dos atos decisórios (NUNES; ROSSI, 2013, p. 239).

¹¹⁷ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (BRASIL, 2018a).

procedimentais e graus de jurisdição, seja na prática de atos processuais, seja na prolação das decisões.¹¹⁸

Há muito Carlos Alberto Álvaro de Oliveira já percebia que o pronunciamento e a intervenção dos litigantes no processo impede a sujeição passiva à definição fático-jurídica da causa pelo juiz. Também, exclui o tratamento da parte como “objeto” do pronunciamento judicial, assegurando sua atuação crítica e construtiva sobre o andamento e resultado do processo, o que estaria vinculado ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana e aos valores intrínsecos da democracia (OLIVEIRA, 1998, p. 12).

Partindo-se das configurações dadas ao contraditório pela doutrina e legislação italianas, o direito processual germânico, buscando o planejamento de um contraditório ainda mais “isonômico”, propõe-no como uma “possibilidade de influência” (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o procedimento e o conteúdo dos provimentos, mas com inexistentes ou poucas possibilidades de “surpresa” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 70).

Por esse resgate da doutrina tedesca, impunha-se também ao magistrado regras de conduta que favorecessem o prévio debate entre os contendores, de maneira que todo e qualquer fundamento (*ratio decidendi*) da decisão esperada fosse obtido pela atividade desenvolvida no contraditório (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 122).

Nesse mesmo sentido era o entendimento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, acrescentando, ainda, que a vedação às decisões que se apoiem em fundamentos não percebidos pelos litigantes conecta-se, além do interesse das partes, com a própria noção de interesse público, na medida em que qualquer acontecimento inesperado geraria descrédito do cidadão na administração da justiça (OLIVEIRA, 1998, p. 15)

Assim sendo, ratificava-se, pois, o entendimento italiano do contraditório como um dever-ônus judicial, obrigando-se o juiz a fomentar, por iniciativa própria e prévia, o debate entre as partes, oportunizando-as a manifestação sobre questões de fato e direito que haveriam de influir no julgamento. Estaria o contraditório, dessa forma, ultrapassando o confronto entre as partes.

Logo, para Dierle Nunes, perfaz-se a noção de contraditório como elemento normativo e estrutural da participação, garantindo o policentrismo processual, ou

¹¹⁸ Daniel Amorim Assumpção Neves entende que, ainda que não esteja expressamente previsto pelo CPC/2015, a questão do “direito de influência” do “contraditório dinâmico” estaria abarcada pelo conteúdo do art. 7º do Código, cuja interpretação exige ao juiz o zelo pelo contraditório, que somente será efetivo se, além da informação e reação, puder de fato influenciar a formação da convicção judicial (NEVES, 2015, p.1). Dessa forma, diz o art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL, 2018a).

seja, a todos os sujeitos potencialmente alcançados pelos efeitos do provimento garante-se a colaboração (normativa) para sua construção (NUNES, 2008, p.213/214).

Nota-se que o contraditório também se presta à fiscalização dos atos judiciais, uma vez que, em razão de um dever de esclarecimento supostamente dele decorrente, obriga-se o juiz a informar as partes sobre quaisquer iniciativas procedimentais que pretenda ter, com vistas à formação de um espaço de discussão em contraditório para coibir a ocorrência de julgamentos surpresa (NERY JÚNIOR, 2016, p. 260/261). Vale dizer, o aumento de “poderes”, ou melhor, funções do juiz no processo não significa e nem justifica a redução das garantias de defesa das partes (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p. 128).

A partir daí, pode-se afirmar o dever de fundamentação das decisões, prescrito pelo art. 11 do CPC/2015 e outros¹¹⁹, como corolário do contraditório porque a formação de qualquer fundamento de sentença, ainda que lastreada no entendimento sumulado dos Tribunais Superiores ou em matéria de ordem pública, deve subordinar-se ao debate dos interessados, sob pena de nulidade da decisão.

Desse modo, o contraditório constituiria uma verdadeira obrigação impositiva e proibitiva ao órgão judicial, impedindo aplicações solipsistas do direito, mesmo que se trate de questões cuja lei permita a apreciação *ex officio* da norma pelo juiz. Já no que pertine às partes, aglomeraria um plexo de direitos decorrentes dele, os quais são sistematizados por Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes.

a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e e) direito de uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequadas e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões) (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 126 – grifos do autor).

¹¹⁹ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Essa exigência também se estende pelo Código nos arts. 984, § 2º, 1.029, § 2º, 1.038, § 3º, e 1.043, § 5º. Contudo, concentra-se no art. 489, §1º, ao elencar hipóteses onde não se considerará fundamentada a decisão, então passível de nulidade (BRASIL, 2018a).

No entanto, pelo entendimento de Nelson Nery Júnior, a proibição contra decisões surpresas não suprime a incidência do princípio da substanciação (*iura novit curia*)¹²⁰ como regente da causa de pedir (NERY JÚNIOR, 2016, p. 265). Por esse princípio, estaria o juiz, munido por um poder-dever de conhecer o direito, autorizado a prescindir das alegações das partes quando da determinação da norma a ser aplicada na situação concreta que lhe exige a decisão (NUNES; DELFINO, 2014, p. 207).

Com base nesse princípio é que o STJ já decidiu que, muito embora esteja a atividade jurisdicional limitada pelo pedido e causa de pedir formulados, o juiz pode aplicar o direito ao fato, sem qualquer vinculação aos fundamentos jurídicos trazidos na petição inicial. Isso demonstra o assentimento jurisprudencial a um entendimento que lesiona o princípio do contraditório.¹²¹

Para Nelson Nery, a razão da reminiscência do *iura novit curia* consiste na ocorrência do princípio apenas em relação à questões de direito, o que se deflui da própria semântica da expressão: “o juiz sabe o direito” (NERY JÚNIOR, 2016, p. 266). Dessa forma, ainda que os fundamentos fático-jurídicos das decisões judiciais devam ser submetidos ao debate das partes por exigência de um contraditório dito “material”, ao juiz ainda remanesce a condição de intérprete qualificado da norma, o que é o furo fazzalariano e evidente em Bülow.

O art. 357, IV¹²², do CPC/2015, determina que, não sendo caso de providências preliminares, o juiz saneará e organizará o processo, delimitando as questões de direito relevantes para a decisão do mérito, não havendo qualquer regramento que conduza o juiz nessa atividade. Ainda que, em respeito ao art. 10, deva ele possibilitar a manifestação das partes quanto a medida, remanesce a discricionariedade para controlar a matéria de direito relevante à decisão.

¹²⁰ Segundo a lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o *iura novit curia* impõe ao juiz, de ofício, o conhecimento e a investigação do direito, tornando-o independente na sua aplicação dos pedidos e alegações das partes, permitindo que ele extraia da atividade cognitiva desenvolvida conclusões jurídicas não levadas aos autos por elas (OLIVEIRA, 1998, p.14).

¹²¹ Sobre isso, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 281.594/SC*. Rel. Min. Luís Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=281594&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC>&p=true> Acesso em 12 fev. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 819.568/SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=819568&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC>&p=true> Acesso em 12 fev. 2018;

¹²² Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (BRASIL, 2018a).

Então, a afirmada democraticidade das decisões, obtida a partir de uma cooperação normativa possibilitada por um pretense “contraditório dinâmico”, que instala no processo uma comunidade de trabalho, começa a ser questionada porque se contradiz. Ora, enquanto se declara conduzida por um policentrismo processual onde não há focos de centralidade de poder, a aplicação final do direito continua a ser um ato de solitária onipotência do magistrado¹²³.

Nessa perspectiva, ainda que seja oportunizada às partes o conhecimento para consequente refutação de qualquer questão de fato ou de direito ventilada no procedimento, o material produzido no contraditório pode não necessariamente influenciar a decisão porque ela depende da subjetividade judicial, enquanto enunciador último da norma. Em outras palavras, pouco importa que se atribuam ao julgador deveres ônus de conduta na “direção” do procedimento; o juiz está “subordinado” à normas que ele próprio interpreta!

É nesse sentido que o presente trabalho já suscitou a hipótese do “contraditório dinâmico” como uma ilusão, ou seja, um agir estratégico que, em um primeiro momento, seduz as partes com uma garantia de participação dissimulada para obtenção de uma decisão construída de forma compartilhada para, ao final, render-se às certezas do juiz, que continua ocupando um lugar privilegiado no direito.

3.6 A previsão do contraditório no direito brasileiro: manifestações do “contraditório dinâmico” na lei e na jurisprudência

Pela análise de José Rogério Cruz e Tucci, o contraditório, pela sua importância ao direito de defesa, é considerado um princípio eterno e, mais do que qualquer outro, está presente em diversos ordenamentos jurídicos mundiais, em dois mil anos de história do direito processual (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 5).

No Brasil, a previsão constitucional do contraditório pode ser notada desde a Constituição do Império de 1824, subsistindo também nas Constituições subsequentes. O

¹²³ “Fala-se em solipsismo judicial para expressar um espaço de subjetividade blindado ao exercício pleno do contraditório, donde decisões judiciais nascem do labor solitário do juiz, ao arrepio do contraditório. O juiz solipsista é o arquétipo do decisor que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado. Atua isoladamente, compromissado com sua própria consciência, sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade e eficiência” (NUNES; DELFINO, 2014, p. 206). Para maiores aprofundamentos sobre o tema, ver: FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 5, n.5, p. 228/260, 2010.

princípio encontrava-se disciplinado na CI/1824, art. 179, VIII¹²⁴; CR/1891, art. 72, §16¹²⁵; CR/1934, art. 113, §24¹²⁶; CR/1937, art. 122, §11¹²⁷; CR/1946, art. 141, §25¹²⁸; CR/1967, art. 150, §15¹²⁹; EC/1969, art. 153, §15¹³⁰ e, atualmente, pela CRFB/88, art. 5º, LV¹³¹.

No que concerne ao processo civil, o CPC/2015 se diz alinhado à linha principiológica que se extrai do texto constitucional. Assim, em relação ao contraditório, a exposição de motivos do Código revela suas pretensões, ao destacar que

A necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República* fez com que se incluíssem no Código,

¹²⁴ CI/1824: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] VIII - Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.” (BRASIL, 2017a – sic).

¹²⁵ CR/1891: “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §16. Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.” (BRASIL, 2017b).

¹²⁶ CR/1934: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §24. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.” (BRASIL, 2017c).

¹²⁷ CR/1937: “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §11. À exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.” (BRASIL, 2017d).

¹²⁸ CR/1946: “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.” (BRASIL, 2018c).

¹²⁹ CR/1967: “Art.150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] §15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela Inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.” (BRASIL, 2018d).

¹³⁰ EC/1969: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §15. A lei assegurará ao acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.” (BRASIL, 2018e).

¹³¹ CRFB/1988: “Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 2018b).

expressamente, **princípios** constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com *contraditório* e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do **contraditório** (FUX, 2017, p.26 – grifos do autor).

A partir disso, pode-se encontrar a previsão da garantia constitucional do contraditório em diversos dispositivos do Código de 2015, dentre os quais se incluem: arts.135¹³², 329¹³³, 373, §1º¹³⁴, 364, caput e §2º¹³⁵, 487, parágrafo único¹³⁶, 489, §1º¹³⁷, 493, caput e parágrafo único¹³⁸, 973¹³⁹. Alguns deles, inclusive, como é o caso dos arts.

¹³² Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias (BRASIL, 2018a).

¹³³ Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir (BRASIL, 2018a).

¹³⁴ Art. 373, §1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (BRASIL, 2018a).

¹³⁵ Art. 364. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz. §2º. § 2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos (BRASIL, 2018a).

¹³⁶ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se (BRASIL, 2018a).

¹³⁷ Art. 489, §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2018a).

¹³⁸ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir (BRASIL, 2018a).

¹³⁹ Art. 973. Concluída a instrução, será aberta vista ao autor e ao réu para razões finais, sucessivamente, pelo prazo de 10 (dez) dias (BRASIL, 2018a).

9º e 10 demonstram expressamente a opção do legislador em adotar a concepção do “contraditório dinâmico”, razão pela qual serão destacados por esse trabalho.

Seguindo a topologia das normas processuais, os arts. 9º¹⁴⁰ e 10º¹⁴¹, sob o rol das “Normas Fundamentais do Processo Civil”, do Livro I, Capítulo I, do CPC/2015 (BRASIL, 2018a), encampam, na visão de autores da dogmática tradicional¹⁴², a noção “dinâmica/material/substancial” do princípio do contraditório.¹⁴³

Ambos os dispositivos não encontram correspondência no CPC/1973 e, quando interpretados conjuntamente, vedam a prolação de decisão surpresa, ou seja, sentença ou acórdão lastreados em fundamentos que não foram conhecidos pela parte prejudicada com aqueles provimentos.¹⁴⁴

Quanto às exceções ao caput do art. 9º, previstas pelos incisos de seu parágrafo único, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem que a concessão de medidas de urgência ou evidência sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*) é providência excepcional do magistrado, que só será utilizada em situações extremas (NERY JÚNIOR; NERY, 2016, p.222) – muito embora os autores não expressem quais

¹⁴⁰ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701 (BRASIL, 2018a).

¹⁴¹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (BRASIL, 2018a).

¹⁴² Nessa linha de pensamento estão: THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p.117/127; FRANCO, 2012, p.158; AMARAL; LACERDA, 2018, p.286; CASTRO, 2016, p.60; NERY JÚNIOR; NERY, 2016, p.221; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 161, dentre outros.

¹⁴³ Referente a esses dispositivos, são vários os enunciados da ENFAM e do FPPC. **ENUNCIADOS DA ENFAM:** *ENFAM 1:* “Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”; *ENFAM 3:* “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”; *ENFAM 4:* “Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”; *ENFAM 6:* “Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório” (ENFAM, 2018 – grifos nossos). **ENUNCIADOS DO FPPC:** *FPPC 2:* “Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório (arts. 10 e 927, §1º)”; *FPPC 235:* “Aplicam-se ao procedimento do mandado de segurança os arts. 7º, 9º e 10 do CPC (arts. 7º, 9º e 10, CPC; arts. 6º, 7º e 12 da Lei 12.016/2009)”; *FPPC 394:* “As partes podem opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo amicus curiae (art. 138, § 1º; art. 489, §1º, IV; art. 1022, II; art. 10)”; *FPPC 458:* “Para a aplicação, de ofício, de precedente vinculante, o órgão julgador deve intimar previamente as partes para que se manifestem sobre ele (arts. 926, 927, §1º, e 10)”; *FPPC 459:* “As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes (arts. 927, §1º, 489, §1º, V e VI, e 10)” (FPPC, 2018 – grifos nossos).

¹⁴⁴ Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery escrevem que “a proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrencia da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de “terceira via” (NERY JÚNIOR; NERY, 2016, p. 225 – grifos dos autores).

seriam esses casos atípicos, quiçá porque não dispõe o Código de uma “teoria da urgência”.

Esse raciocínio é completado por José Miguel Garcia Medina quando afirma conviver o contraditório com outro direito fundamental, qual seja, a necessidade de tempestividade da tutela, ou seja, que ela seja deferida para que se evite a consumação da lesão ou ameaça de lesão ao direito. Por essa perspectiva, estaria autorizada a concessão sem a oitiva do réu ou do executado todas as vezes que essa ciência prévia inviabilizasse a medida pleiteada (MEDINA, 2016, p. 64/65).

Na realidade, a partir da leitura do referido dispositivo, têm-se a falsa percepção de que a concessão de qualquer tutela de urgência legitimaria o contraditório diferido, o que, numa perspectiva democrática do direito, não deve ser prestigiado. Ao revés, não basta somente se tratar de tutela de urgência, deve haver o risco concreto de perecimento do direito ou ineficácia da medida para que se excepcione a regra absoluta do caput do artigo.

Em direção oposta e, ao que parece, filiando-se ao entendimento fazzalariano de contraditório como mera oportunidade de manifestação, Daniel Amorim Assumpção Neves discorda da redação dada ao caput do art. 9º, ao argumento de inexistir ofensa na prolação de decisão sem a oitiva da parte, já que o pronunciamento dela é um ônus processual. Em outras palavras,

A única compreensão possível do dispositivo legal é de que a decisão não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma oportunidade de manifestação. Afinal, a circunstância de poder ser ouvida, que não se confunde com efetivamente ser ouvida, já é o suficiente para se respeitar o princípio do contraditório (NEVES, 2015, p.1).

Especificamente com relação ao art. 10, observa-se haver a vinculação do juiz ou Tribunal à oportunização de manifestação da parte sobre as questões de ordem pública pertinentes aos autos. O repúdio às decisões surpresa retira do julgador a discricionariedade em possibilitar o debate sobre questões que possa decidir de ofício, de modo que os direitos provenientes do contraditório e referentes às partes não são meramente permissíveis, mas sim imperativos ao juiz.

Contudo, essas considerações não permitem a inferência de que o CPC/2015 tenha rompido com o princípio da substanciação da causa de pedir, que tem como máxima o brocardo *iura novit cúria*. Quer dizer, nessa noção “dinâmica” de contraditório, o juiz vincula-se tão somente ao dever de oportunizar a atividade dialética das partes, mas não

se compromete com os resultados por ela produzidos, estando totalmente isento para proferir seu julgamento.

Assim, a doutrina defensora de um contraditório dimensionado, dinâmico, afirmada e materialmente evoluído, e também o CPC/2015, porquanto adotante desta teoria, falham ao aceitar a satisfação superficial desta profunda garantia. Podem as partes falarem e fazerem o que quiserem, elas não estarão garantidas de que a decisão de fato influenciar-se-á pelas atividades desenvolvidas.

Basta que constem no texto decisório todas as teses e antíteses, mas o conteúdo imperativo do provimento depende unicamente da eleição normativa do juiz e não necessariamente deve guardar relação com o material fático e jurídico trazido pelas partes em contraditório. A decisão continua sendo um ato de vontade!

A incidência do art. 10 no caso concreto é exemplificada pela doutrina também a partir da utilização das cláusulas gerais pelo juiz.¹⁴⁵ São espécies delas a função do contrato, da propriedade, a boa fé objetiva. Nesse sentido, o art. 2035, parágrafo único¹⁴⁶, do CC/02, confere às cláusulas gerais a natureza jurídica de matéria de ordem pública, o que faz com que sua análise possa ser feita a qualquer tempo e grau de jurisdição, independente de provocação (NERY JÚNIOR; NERY, 2016, p. 228).

Entretanto, em obediência ao contraditório, o juiz deve ouvir previamente as partes, inclusive tendo o dever de informá-las sobre a possível utilização da cláusula geral para que haja a formação do debate endoprocedimental acerca dela, evitando que sobrevenha decisão surpresa em franca desobediência à norma positivada do art. 10 do CPC/2015.

A teoria do “contraditório dinâmico” não encontra amparo somente na doutrina e legislação brasileiras. A jurisprudência dos Tribunais expressamente a menciona em seus julgados, como pode-se perceber pela transcrição de algumas ementas de acórdãos do TJMG e do STJ.

¹⁴⁵ Sobre o tema, ver: LANNA, Vitor Germano Piscitelli Alvarenga. *A repercussão das cláusulas gerais no processo civil*. 2013. 100f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde – FCH, Universidade Fumec, Belo Horizonte - MG, 2013;

¹⁴⁶ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (BRASIL, 2018c).

A primeira decisão colacionada se refere ao julgamento de uma apelação cível do Município de Barbacena – MG contra sentença que reconheceu, de ofício, a nulidade do objeto de execução fiscal movida pelo ente federativo em desfavor de Resende Leandro da Costa – ME. A partir disso, têm-se a ementa do acórdão.

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. PRELIMINAR. NULIDADE PROCESSUAL. GARANTIA DA NÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. PRELIMINAR ACOLHIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. Mostra-se nulo o feito em virtude da ausência de oportunidade para que a parte não fosse surpreendida com os fundamentos da decisão, mormente diante das garantias de influência e participação dos litigantes nas decisões judiciais asseguradas pela nova sistemática processual. O desatendimento à garantia da não surpresa autoriza a desconstituição da sentença, para que seja oportunizado ao ente público exequente manifestar sobre o argumento utilizado na decisão - ausência de notificação do contribuinte - que resultou na extinção do feito. (MINAS GERAIS, 2018 – grifos nossos).

Com esse recurso, o apelante pleiteou a anulação da sentença que teria desrespeitado a norma do art. 10 do CPC/2015, o qual garante o direito de manifestação da parte a respeito de fundamento que conste na decisão, anteriormente à sua prolação.

O processo de execução fiscal de que versa o recurso julgado pelo acórdão referente à ementa ora analisada foi ajuizado em 25 de novembro de 2015, em decorrência do não recolhimento de determinado imposto municipal referente ao exercício de 2010. Diante da ausência de demonstração da regularidade da notificação do contribuinte por parte do fisco, a sentença reconheceu a nulidade da execução fiscal.

O entendimento do desembargador relator, corroborado por seus pares, fora no sentido de haver nulidade processual, em razão da não oportunização de manifestação da parte envolvida, a fim de que ela não se surpreendesse com os fundamentos da decisão, diante das garantias de influência e participação dos litigantes nas decisões judiciais.

O acórdão, portanto, expressamente assumiu o entendimento de contraditório como “garantia de influência e não surpresa”, ressaltando a necessidade de oferecer às partes a possibilidade de debater previamente todas as questões processuais que surgirem no curso do procedimento, facultando-lhes a produção probatória de suas alegações.

Nessa mesma linha de pensamento, está o Superior Tribunal de Justiça, intérprete constitucional da lei federal¹⁴⁷ que, através da ementa seguinte, adota e defende a noção do “contraditório dinâmico”, bem como o afirma como opção teórica do CPC/2015.

¹⁴⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO SECUNDUM EVENTUMPROBATIONIS. APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CPC/2015. PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE.

1. Acórdão do TRF da 4ª Região extinguiu o processo sem julgamento do mérito por insuficiência de provas sem que o fundamento adotado tenha sido previamente debatido pelas partes ou objeto de contraditório preventivo. 2. O art. 10 do CPC/2015 estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. 3. Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu. 4. A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial. 5. O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC. 6. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador. 7. O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código. 8. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. 9. Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória. 10. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo. Tal necessidade de abrir oitiva das partes previamente à prolação da decisão judicial, mesmo quando passível de atuação de ofício, não é nova no direito processual brasileiro. Colhem-se exemplos no art. 40, §4º, da LEF,

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (BRASIL, 2018b).

e nos Embargos de Declaração com efeitos infringentes. 11. Nada há de heterodoxo ou atípico no contraditório dinâmico e preventivo exigido pelo CPC/2015. Na eventual hipótese de adoção de fundamento ignorado e imprevisível, a decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica *error in procedendo* e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada (BRASIL, 2018d – grifos nossos).

Trata-se de recurso especial impetrado, com base na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CRFB/88, contra acórdão oriundo do TRF da 4ª Região, que extinguiu o processo sem resolução de mérito por ausência de provas. Alega o impetrante que a decisão combatida adotou fundamento sobre o qual não fora dada às partes possibilidade de manifestação e, mesmo diante da oposição de Embargos de Declaração, o Tribunal recorrido não reconheceu a omissão.

Dessa maneira, teria o acórdão recorrido inobservado a exigência do art. 10¹⁴⁸ do CPC/2015, bem como negado vigência aos arts. 487, I¹⁴⁹, 502¹⁵⁰ e 503¹⁵¹ da mesma lei, razão pela qual pleiteava-se a reforma da decisão, para que houvesse julgamento de mérito e, posterior e conseqüentemente, formação da coisa julgada material, garantindo às partes a intimação dos atos processuais para manifestações.

Para o Min. Rel. Herman Benjamin, o art. 10 do CPC/2015 veda “decisões inovadoras” do litígio, que adotem fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunização do contraditório, mesmo naquelas matérias cuja lei dispensa a provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação prévia dos interessados podem ser utilizados pelo julgador na deliberação judicial.

Por sua análise, é a proibição de “decisões surpresa” ou “decisões de terceira via”, contra provimentos que não coadunem com o modelo de “processo cooperativo”

¹⁴⁸ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (BRASIL, 2018a).

¹⁴⁹ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção (BRASIL, 2018a).

¹⁵⁰ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso (BRASIL, 2018a).

¹⁵¹ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial (BRASIL, 2018a).

instituído pelo “novel Códex Instrumental”. Diz ainda que o “novo sistema processual” impõe à todos os sujeitos do processo um “procedimento interacional e dialético”, em que a comparticipação é a pedra de toque do CPC.

Assim, a negativa ao aludido art. 10 configuraria erro in procedendo e nulidade da decisão, devendo a intimação antecedente ser procedida nas instâncias originárias, para não só permitir a participação das partes na formação do convencimento judicial, mas também, e principalmente, assegurar a correlação necessária entre o diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada.

Assim sendo, fora o julgado hostilizado (TRF 4ª Região) anulado, com conseqüente retorno dos autos à origem, determinando lá a intimação das partes para se manifestarem sobre a possibilidade aventada pelo juízo no prazo de 05 dias.

Com essa ementa transcrita e comentada, resta demonstrado a adoção da teoria do “contraditório dinâmico” pelo STJ, que também, enquanto responsável pela interpretação final da legislação federal, afirma-a presente no CPC/2015.

A despeito daqueles que dizem ter o CPC/2015 provocado mudanças nas configurações do processo, por nele ratificar a noção do “contraditório material”, pautado por regras de cooperação, que privilegiem a formação de uma comunidade de trabalho para obtenção de uma decisão policêntrica, pelo que se fala até mesmo em um “novo sistema processual civil”, têm-se um entendimento mais simplificado e diferente.

Sabe-se que o contraditório deve ser entendido como o caminho único para obtenção de uma decisão legítima, a partir da percepção de que as funções do juiz no processo não são absolutas, seja por sua falibilidade, seja porque uma decisão se torna mais aceitável se dela participarem os afetados.

A partir dessa convicção, na perspectiva de um direito democrático, a teoria neoinstitucionalista propõe o estabelecimento do princípio do contraditório, em conjunto com os princípios constitucionais da ampla defesa e isonomia (princípios institutivos do processo), como referente da legitimidade das decisões, de modo que aquilo que por ele se produzir orientará a decisão vindoura, razão pela qual nega o contraditório como mero atributo do processo.

4. A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO: uma proposta para a construção de um direito processual democrático

Ressaltando a importância de uma teoria processualizante da democracia que interprete a Constituição, ou seja, uma teoria que compreenda os direitos fundamentais a partir de uma “discursividade jurídico-processual”, e não por uma atividade jurisdicional ancorada em subjetividades controladoras do direito, Rosemiro Pereira Leal considera um “desastre normativo”

[...] colocar o **ESTADO** como círculo mítico-protetor da **SOCIEDADE** ou conceber esta como fundadora histórica do Estado, porque o **paradigma** construtivo de ambos é o **PROCESSO** na constitucionalidade democrática, sendo que a **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL** só poderia considerar-se adequada a este **ESTADO** ou **SOCIEDADE** se construída pela **principiologia do processo** como teoria discursiva criticamente escolhida no nível instituinte e constituinte do direito. Com efeito, a compreensão adequada da Constituição brasileira, ainda que passe pelas conjecturas argumentativas de filósofos ou juristas estrangeiros ou brasileiros, não pode, em qualquer hipótese, perder seu eixo temático-hermenêutico numa **teoria do processo** que ofereça compatibilidade com a imediata efetivação (realização) dos direitos **líquidos, certos** e prontamente **exigíveis** e com a sustentação continuada e incessante dos direitos fundamentais do **PROCESSO** ali assegurados. [...] O que se busca adequar é uma **TEORIA DO PROCESSO** a reger a operacionalidade constitucional brasileira (*teoria processual da constituição*) e não uma *teoria do discurso* retirada de linguagens naturais que nada exibem sobre estudos e delineamentos teóricos de **PROCESSO** como **paradigma** de Estado Democrático (LEAL, 2008, p. 297/298 – grifos do autor).

Em outras palavras, no escólio de Andréa Alves de Almeida, ainda que Rosemiro Pereira Leal aceite que a existência jurídica do processo advenha originariamente da Constituição, entende o processo referente da própria concepção da constitucionalidade democrática do direito (ALMEIDA, 2012, p. 33)

Assim, abordar a teoria neoinstitucionalista do processo é importante porque, a partir dela, tornou-se possível uma (re)interpretação processualizada da Constituição, em níveis crítico-científicos, voltada à implantação do projeto do Estado Democrático de Direito.

4.1 Os fundamentos da teoria neoinstitucionalista do processo

Para Rosemiro Pereira Leal, com advento do texto constitucional de 1988 e, com ele, do Estado Democrático de Direito, tornou-se indispensável a modificação da pesquisa e teorização nos estudos jurídicos, para que a Constituição passasse a ser interpretada por uma teoria “linguístico-autocrítico-jurídica”, o processo – o que contrapõe a teoria neoinstitucionalista do processo à ciência dogmática alinhada ao “abolido” Estado Social (LEAL, 2013, p.3).

É que, segundo Rosemiro Leal, os juristas brasileiros, a partir de 1988, falam em democracia, mas enaltecem um “Estado Democrático de Direito” compreendido por uma perspectiva dogmática do direito, o que, no entendimento do referido autor, nada mais é do que uma manobra de *experts* e autoridades para manterem a noção de um direito dotado de fins sociais (LEAL, 2013, p. 14).

Essa postura pode ser observada pela manutenção do Dec.-Lei n. 4.657, de quatro de setembro de 1942¹⁵², ratificado pela Lei n. 12.356, de 30 de dezembro de 2010¹⁵³, como matriz hermenêutica de todo o direito brasileiro, o que é incompatível com a proposta paradigmática democrática de Estado. Isso porque a Lei de 2010 insistiu na vigência dos arts. 4º¹⁵⁴ e 5º¹⁵⁵ do anterior Decreto-Lei, que permitem interpretação discricionária dos juízes, quando o discurso normativo não for específico e completo.¹⁵⁶

Segundo Rosemiro Pereira Leal, este foi o “mais grave vandalismo sistêmico sofrido pelo país”, após a Constituição de 1988 (LEAL, 2013, p. 15). Quer dizer, utiliza-se o rótulo do “Estado Democrático de Direito” para “democratizar” aplicações e interpretações assistencialistas do direito (Estado Social) e, assim, revesti-las de um suposto alinhamento à constitucionalidade.

Nessa mesma linha de incoerência está o CPC/2015 que se diz harmonizado com o Estado Democrático (FUX, 2018, p. 24), mas reserva aos juízes uma irrestrita liberdade interpretativa do direito, que continua abandonado às convicções do julgador, aos moldes de seus arts. 140¹⁵⁷, 371¹⁵⁸ e 493¹⁵⁹.

Sobre isso,

¹⁵² BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Introdz as normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 03 mar. 2018.

¹⁵³ BRASIL. *Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Altera o Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Acesso em 03 mar. 2018.

¹⁵⁴ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 2018d).

¹⁵⁵ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 2018d).

¹⁵⁶ No dia 30 de setembro de 2010, aprovou-se no Congresso Nacional a Lei 12.376 que alterava o Dec.-Lei 4.657, de quatro de setembro de 1942, estendendo sua aplicação a todo o direito brasileiro, antes restrita ao Código Civil, preservando a integralidade de seus conteúdos.

¹⁵⁷ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei (BRASIL, 2018a).

¹⁵⁸ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2018a).

¹⁵⁹ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir (BRASIL, 2018a).

É certo que o **caráter oculto do sentido normativo** é preservado pelo Judiciário nos Estados Liberal e Social de Direito como forma de reafirmar um *saber interpretar* que, extrapolando o sujeito da enunciação de norma (o legislador), só adquire *inteligibilidade fora* do próprio discurso normativo (LEI) que é o lugar extrareceptivo (estudo textual de exceção) no qual a *auctoritas* interdita o sentido da lei por consentimento da própria lei. Esse é o artifício (simulacro) acolhido pela Ciência Dogmática do Direito que, ao tempo em que coloca o **princípio da reserva legal** como garantia de uma interpretação democrática (pressuposto do embuste), dele simultaneamente se utiliza para, **por lei**, dispensar a existência de lei nas hipóteses em que não haja normas escritas específicas à compulsória resolução judicial de conflito (LEAL, 2013, p. 19 – grifos do autor).

No entanto, um paradigma estatal que se pretenda democrático não pode ser interpretado por compreensões autoritárias do direito. A incompatibilidade entre a ciência jurídica dogmática e a teoria do processo constitucionalizante reside no fato de que aquela ainda tem como fundamento decisório a subjetividade do julgador que se ancora em um saber pressuposto por um poder de decidir que lhe é conferido.

Por outro lado, a proposta neoinstitucionalista não considera que o direito possa ser proveniente de fontes indiscriminadas (usos e costumes, consciência do juiz, princípios e cláusulas gerais), como parecem aceitar a LINDB e o CPC/2015. Ao revés, a Lei a que se refere o art. 5º, II, da CRFB/88, é aquela que proveniente de um procedimento legislativo regido pelo devido processo, entendido como “instituição constitucionalizante” e executora de direitos fundamentais, consoante o raciocínio de Rosemiro Pereira Leal (2013, p. 17/18).

Assim, Francisco Rabelo Dourado de Andrade entende que a proposição neoinstitucionalista possibilita um inédito campo de demarcação teórica, que provoca a reanálise crítica de conteúdos jurídicos que persuadirão os níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito (ANDRADE, 2015, p. 290), além de conceber o processo a partir de uma teoria “linguístico-jurídico-autocrítica”, cuja base é a epistemologia do conhecimento do filósofo austríaco Karl Popper (LEAL, 2013, p. 6).¹⁶⁰

Segundo anotação de Ana Flávia Sales (2018, p. 18), o nível *instituinte* se refere ao momento anterior à produção da lei, em que se fazem testes para escolha da teoria mais resistente a erros, a fim de orientar o processo legislativo, sendo a do devido

¹⁶⁰ Para Rosemiro Pereira Leal, “a originalidade da teoria neoinstitucionalista do processo tem locus no nível instituinte da Lei, porque o direito vem sendo estudado e repetido por milênios com esquecimento (propositada opacidade?) dos fundamentos teóricos de sua construção, ao relegarem às ideologias dos legisladores (saber aristotélico-platônico) e ao tempo taumaturgo os anseios dos destinatários normativos, atribuindo a estes uma fantasiosa coautoria dos direitos legislados (Habermas) sem qualquer compreensão da gênese teórica do direito instituído e constituído” (LEAL, 2013, p. 5/6).

processo, na perspectiva do neoinstitucionalismo, a mais adequada. Já o plano *constituente* se liga à produção com base nos princípios integrantes (autocríticos) do devido processo (contraditório, ampla defesa, isonomia). Quanto ao nível *constituído*, diz da norma publicada, que obedece aos planos anteriores, razão da liquidez e certeza dos direitos fundamentais (LEAL, 2005, p. 23/32).¹⁶¹

Dessa forma, Rosemiro Leal compromete-se com a teorização constitucional democrática do direito, objetivando a construção de critério lógico-jurídico para testificar teorias, que se pretendam democráticas (ALMEIDA, 2005, p. 66). Por essa razão, submete a testes as várias proposições de processo – desde a arbitragem romana aos inúmeros discípulos do relacionismo processual –, pelo que conclui que a teoria neoinstitucionalista em nada se assemelha às demais, que apenas instrumentalizam as formas de solução de conflito (LEAL, 2012, p.91).

Para tanto, a teoria neoinstitucionalista do processo tem como base a epistemologia do conhecimento em Popper e dá seguimento às conjecturas do autor, realizando a interlocução entre o direito e a proposta popperiana de evolução do conhecimento, “principalmente o seu método de encaminhar o conhecimento científico: o falseacionismo (falseabilidade)” (LEAL, 2013, p.1).¹⁶²

Karl Raimund Popper foi um filósofo austríaco que se dedicou à epistemologia. Suas inferências são aproveitadas pela teoria de Rosemiro Leal, que as utiliza para a obtenção de critérios que conduzam à racionalidade decisória.

A ideia popperiana parte da distinção entre o saber científico (objetivo) e metafísico (subjetivo), através de um critério de demarcação por ele proposto, qual seja,

¹⁶¹ É importante a distinção feita por Leal entre direito e lei. Enquanto a lei é criadora do discurso normativo, o direito é o próprio discurso normativo (SALES, 2018, p. 18). Sobre isso, o autor se posiciona: “Em poucas palavras, resumindo a longa digressão que fizemos, em direito democrático não paideico, na perspectiva da minha teoria neoinstitucionalista, a lei é criadora do texto normativo que é o direito. Com efeito, nessa concepção, a lei há de ter origem, em nível instituinte, numa teoria linguístico-jurídico-normativa pré-definida (entre teorias do processo) a co-institucionalizar (constitucionalizar), em nível constituente, direitos, deveres, faculdades, vedações, permissões e suas estruturas (proposições) lógico-fundantes e respectivas instrumentalidades operacionais e organizacionais (procedimentos e funções) a se explicitarem, no nível constituído, com a publicação do provimento legislativo (LEI). Extingue-se, assim, a secular confusão entre lei, direito e norma, não se sabendo onde teria começo a existência jurídica: se no 'direito', se na 'lei', se na 'norma', em acepções stricto e lato sensu, a gerarem a polissemia de sentidos normativos só estabilizáveis pela inteligência solitária e supostamente iluminada do intérprete-aplicador do direito. (LEAL, 2010, p. 167).

¹⁶² Nesse ponto, é importante a ressalva feita por André Cordeiro Leal, em apresentação da obra “Teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural”, sobre o fato de: “[...] as conjecturas da teoria neoinstitucionalista do processo, embora partam da epistemologia popperiana, não reproduzem as teses do pensador austríaco, mas as aproveitam e as reconstróem para inéditas reflexões sobre o direito democrático” (LEAL, 2013, p.7).

o da falseabilidade (POPPER, 1994, p.41/42).¹⁶³ Pelo que o autor denomina “método de eliminação de erros”, a evolução do conhecimento sempre partirá de um problema para cuja resolução se elaborará uma teoria experimental a ser testada (POPPER, 2009, p. 26/27).

As refutações das teorias apontam suas falhas em resolver os problemas para os quais foram pensadas, de modo que quanto mais resistentes forem aos testes, ou seja, à falseabilidade, mais apta será a hipótese. O método de eliminação de erros, portanto, é um procedimento sequencial, ou seja, que se reinicia todas as vezes que surgirem novos problemas não solucionados por aquela proposição teórica.

Portanto, para que a teoria seja revestida da racionalidade e objetividade necessárias, deve ser ela possível de submetida a críticas baseadas em argumentação não valorativa ou subjetiva, isto é, ela deve resistir aos questionamentos que visem o seu descarte. Assim, a racionalidade de uma proposição reside na sua capacidade de resistência às críticas ou, até mesmo, na mera possibilidade de se submeter a elas (LEAL; LANNA, 2018, p.11).

Muito embora Popper não seja um autor que se deteve ao direito direito, suas reflexões são assimiladas pela teoria neoinstitucionalista do processo, como se percebe pela interpretação da transcrição de Rosemiro Leal a seguir

A instituição constitucionalizada do **processo**, por sua eidética principiologia, há de ser referencial de decidibilidade desde a criação da lei até a sua incidência, aplicação, extinção, e transformação. A minha **teoria neoinstitucionalista do processo** é uma **teoria** da processualização testificante da validade normativo-democrática, porque propõe e atua um pensar jurídico na racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito. Essa **teoria** torna o sistema jurídico uma instância de problematização dos enunciados resolutivos dos conflitos acessíveis a todos (LEAL, 2012, p.92/93 – grifos do autor).

Portanto, é com base na metodologia popperiana que a teoria neoinstitucionalista, como observam André Cordeiro Leal e Vítor Lanna, reconstrói os pressupostos das atividades judicantes, a partir da necessária submissão da decisão e de seus fundamentos fático-jurídicos ao falibilismo, que se dará por meio de argumentos jurídicos não dogmáticos (científicos/objetivos), ou seja, jamais sustentados pelo subjetivismo da autoridade (LEAL; LANNA, 2018, p. 3/4).

¹⁶³ Segundo Popper, o conhecimento objetivo consiste “em suposições, hipóteses ou teorias, habitualmente publicadas sob a forma de livros, revistas ou palestras. Consiste também em problemas não resolvidos e em argumentos pró ou contra diversas teorias rivais” (POPPER, 2009, p. 25).

Assim parece ser porque, para Rosemiro Leal, a falibilidade de seus conteúdos jurídicos é que caracteriza a normatividade condutora de um direito democrático estabilizado, reconstruído a partir da discursividade possibilitada pelo devido processo, entendido esse como “referente lógico-jurídico regencial da procedimentalidade” que legitima as pretensões de validade do ordenamento jurídico (LEAL, 2002, p. 181), com o que concorda Andréa Alves de Almeida (2005, p. 67).

Então, a teoria neoinstitucionalista dá ao processo uma importância muito distinta daquela que é a ele atribuída pelas demais teorias, tendo-o como imprescindível ao direito, inclusive para a construção e interpretação da Constituição, razão pela qual é imperiosa a sua teorização a partir de um direito democrático, onde são assegurados os princípios autocríticos do devido processo.

4.2 O processo como teoria da lei democrática na proposta neoinstitucionalista

Para a perspectiva democrática neoinstitucionalista, a figura do decisor não é mais relevante do que o modo e as condições pelas quais se obteve a decisão. Vale dizer, “a pergunta sobre quem decide assume importância secundária. Como se decide é a resposta que precisa ser obtida” (LEAL; ARAÚJO, 2018, p. 145). Isso porque no Estado “não dogmático” não é a autoridade que confere legitimidade a decisão.¹⁶⁴

Assim, para sair do dogmatismo da jurisdição dos juízes como núcleo da decisão, a teoria de Rosemiro Leal propõe o processo como interpretante do direito democrático (LEAL, 2010, p. 276/277).¹⁶⁵ O neoinstitucionalismo vem com proposta de construção de uma teoria jurídico-constitucional que encontra suas bases não na austeridade estatal, mas entende o processo como direito fundamental.

¹⁶⁴ Sobre isso, importante é o posicionamento de Rosemiro Leal, para quem “na pós-modernidade, o cometimento teórico de um discurso não mais se afirma pela autoridade de seu autor. A individualidade atualmente não é mais impositiva de conteúdos (relato) da justificação das Ciências Política, Econômica e Jurídica” (LEAL, 2012, p.92).

¹⁶⁵ Nesse sentido, sobre a (re) leitura democrática do direito possibilitada através do processo, Rosemiro Leal preleciona que: “Na minha teoria neoinstitucionalista da linguagem, o devido processo não é um ‘metanível descritivo’ que possa pretender estar dotado da ‘propriedade de zerar a ideologia’, mas é um núcleo inaugurador de um referente (interpretante) linguístico na metalinguagem do texto e do discurso que codifica a formação de um vínculo auto-crítico-intradiscursivo (intradiscussivo) para todos os implicados de uma comunidade juridicamente (normativamente) constitucionalizada (co-institucionalizada) e candidata à autoria de uma sociedade jurídico-política em que destinatários e destinatários normativos estejam em simétrica paridade isomênica” (LEAL, 2010, p.276/277).

Para que assim seja, o processo não pode se estabelecer como consequência de uma “sociedade complexa em evolução” e nem em decorrência da existência de um “poder judicante soberano”. Pelo contrário, se impõe a partir da “conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitucionalmente assegurada, que torna o **princípio da reserva legal do processo** [...] o eixo fundamental da **previsibilidade das decisões**” (LEAL, 2012, p.91 – grifos do autor).

Acolhe o processo como uma instituição constitucionalizada que, em conexão a princípios e institutos jurídicos previstos pela Constituição, permite a instalação de condições para produção, reprodução e interpretação democráticas do direito. É nesse sentido que Rosemiro Leal pensa o processo como teoria da lei democrática (LEAL, 2010).

A teoria neoinstitucionalista admite a soberania popular como única fonte legítima de poder capaz de, pelo processo, conjecturar, concretizar e recriar o discurso da Constituição. Para tanto, segundo os direitos e garantias fundamentais constitucionais, nem mesmo a ignorância social e ou intelectual do povo, quanto aos direitos inerentes ao devido processo, impede a sua participação nas instituições democráticas, sendo necessário torna-lo apto a fazê-lo, em respeito, inclusive, a uma conquista histórico-jurídica¹⁶⁶.

Tal entendimento permite a inferência de que os direitos processuais do contraditório, ampla defesa, isonomia, acesso ao advogado e a gratuidade procedimental compõem o devido processo, enquanto instituição constitucionalizada fundamentada na cidadania e democracia, razão esta de não se alinhar a teoria de Rosemiro aos paradigmas liberal e social de Estado, conforme Francisco Rabelo Dourado de Andrade (2015, p. 290).

Essa compreensão é explicada por Rosemiro Leal ao advertir que a congoscibilidade da proposta neoinstitucionalista parte de uma teoria constitucional de direito democrático que se legitima pela soberania popular. Em razão disso, a estruturação procedimental deve se dar pelo processo como seu referente jurídico-discursivo, para que assim as decisões sejam fruto do compartilhamento dialógico-processual e não resultem do poder da autoridade legislativa ou judiciária do Estado (LEAL, 2012, p.90).

¹⁶⁶ Andréa Alves de Almeida esclarece que a partir da teoria fazzalariana do processo (estruturalista) passou-se a compreender o processo como conquista teórica do cidadão em dado momento histórico e como instituto de direitos fundamentais que disciplinam a atividade do Estado (ALMEIDA, 2005, p. 67).

Andréa Alves de Almeida esclarece que, por uma visão epistemológica popperiana, que admite falibilidades sistêmicas, na sociedade democrática, os provimentos são desdobramentos de um espaço procedimental argumentativo com fundamentos processualmente assegurados, tornando-se imperioso o acolhimento do *non-liquet* (recusa de decidir à falta de norma) já constitucionalizado¹⁶⁷ (ALMEIDA, 2005, p.67), no que concordam Leandro José Ferreira e Magno Federici Gomes (2017, p.636).

É por essa razão que se rechaçam compreensões que admitam e privilegiem atividades de livre iniciativa judicial, como aceitam a LINDB e o CPC/2015, conforme já demonstrado. A legitimidade das decisões não depende de poderes autoritários sistêmicos ou de uma capacidade especial e subjetivista, mas de sua construção crítico-discursiva no espaço procedimental argumentativo regido pelo devido processo como referente jurídico, democrático e autocrítico.

A partir das conjecturas neoinstitucionalistas, André Cordeiro Leal entende ter se tornado possível questionar a jurisdição sob a ótica do constitucionalismo que orienta o paradigma do Estado Democrático de Direito e a noção de decisão judicial processualizada (LEAL, 2008, p.139).

Em compreensões teóricas anteriores à teoria neoinstitucionalista se percebe a proeminência e sobreposição de um poder subordinante, de fundo bülowiano¹⁶⁸, que se utiliza da jurisdição para afirmar a legitimidade do Estado. Dessa maneira, muito embora se digam processualistas, centram-se na jurisdição como instância de solução de conflitos (LEAL; ARAÚJO, 2018, p.144).¹⁶⁹

¹⁶⁷A presença do *non-liquet* no texto constitucional pode ser identificada a partir dos seguintes dispositivos: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais; Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: 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 (BRASIL, 2018b).

¹⁶⁸Bülow, com a obra de 1868, destaca o processo como ato de três personagens e estabelece pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. No entanto, nenhum desses pressupostos bülowianos, que são admitidos pela sistemática do direito processual brasileiro, legislação e doutrina, preocupam-se com a instalação da discursividade jurídica democrática, porque ao invés de garantir condições às partes de criação, aplicação e fiscalização da lei, ratifica a noção subjetivista do Estado, que tem seus poderes ampliados na decisão (ALMEIDA, 2005, p. 72).

¹⁶⁹ Sobre as várias teorias do processo, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.77/129.

Sobre isso, André Leal esclarece que os autores que se baseiam na antiga ciência do processo fundada por Bülow, ainda que não mais o adotem como marco teórico de suas conclusões, não conseguem se desvencilhar do “núcleo judicialista da jurisdição” porque, na verdade, o que Bülow criou não é o que atualmente se conhece por “ciência do processo”, mas sim uma “tecnologia da jurisdição”, ou seja, o relacionismo processual se preocupa com técnicas de concretização do poder estatal e, por isso, não reflete sobre as balizas democráticas de legitimação do direito (LEAL, 2008, p. 130).

Aliás, essa posição jurisdicionalista é expressamente assumida por Cândido Rangel Dinamarco, defensor da compreensão relacionista de processo adotada pelo CPC/2015, em obra que se dedica a explicar a instrumentalidade do processo, colocando a jurisdição como centro da ciência processual (DINAMARCO, 2003).

A teoria neoinstitucionalista refuta a escola instrumentalista porque esta, ao se apropriar do discurso bülowiano e atribuir ao processo escopos metajurídicos, encaminha uma leitura que torna indiscerníveis normas e valores, quando permite, na ausência da lei, que a fundamentação decisória se baseie em conceitos indeterminados, como analogia, costume, princípios gerais do direito e equidade (art. 4º da LINDB e 140 do CPC/2015¹⁷⁰).

Portanto, a teoria relacionista de Bülow, bem como o instrumentalismo dela decorrente, quando testificados pela teoria de Rosemiro Leal, não se alinham ao direito democrático, porque conservam restos republicanos (Estado Social) quando admitem a produção e a aplicação do direito por ações estratégicas, que desconsideram o necessário entretimento dos princípios processuais e o princípio do discurso para a maturação do direito democrático (ALMEIDA, 2005, p. 75).

Esse princípio do discurso é referido pela teoria sociológica habermasiana do discurso democrático, explicitada pela obra “Direito e democracia: facticidade e validade” (HABERMAS, 1997) e pressupõe uma “neutralidade deontológica para discussão e institucionalização (concretização) de decisões pelo melhor argumento, localizando-se no espaço do processo instituinte” (ALMEIDA, 2005, p. 73/75).¹⁷¹

Consoante André Cordeiro Leal, Habermas apresenta uma reflexão procedimental sobre aspectos da racionalidade do Direito e temas afetos, como legitimidade, certeza e segurança jurídica. Sua teoria exige, quando da criação e aplicação

¹⁷⁰ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei (BRASIL, 2018a).

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

do direito, que as decisões atendam critério de aceitabilidade racional e segurança jurídica (LEAL, 2002, p.73 e 76).

Dentre outros aspectos, a ideia de Habermas era a de que o princípio do discurso se transformaria em princípio da democracia (ALMEIDA, 2005, p.76), o que, para Rosemiro Leal, só pode se dar por meio dos princípios institutivos do processo (ampla defesa, contraditório e isonomia), sob pena de os argumentos produzidos fora dessa estrutura se alinharem aos Estados Liberal e Social, para o que não se atentara Habermas (LEAL, 2002, p. 178).

A teoria neoinstitucionalista, então, propõe a construção de uma proposição da democracia a partir de uma teoria do processo que compreenda os princípios jurídico-constitucionais institutivos. a compreensão desses princípios jurídico-constitucionais institutivos. Busca, assim, processualizar o princípio do discurso para, através do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, possibilitar um espaço crítico-discursivo isonômico a fim de obter decisões pelo melhor argumento, ou seja, àquele que mais resistir à atividade falseadora criticista desenvolvida no procedimento regido pelo devido processo e sua principiologia autocrítica.

Portanto, é essencial que se faça uma abordagem adequada do princípio do contraditório e com isso se preocupa a teoria neoinstitucionalista do processo, tendo em vista que ele, assim como outros princípios e institutos jurídicos, é importante à democraticidade das decisões.

4.3 A teoria neoinstitucionalista do processo: o contraditório como princípio constitutivo condutor da processualidade democrática

Aroldo Plínio Gonçalves, ainda baseado na teoria fazzalariana do processo, define o contraditório como garantia de simétrica paridade de participação no procedimento. Assim, separa-o de seus conteúdos (dizer e contradizer), mas propõe que ele seja entendido a partir de sua “essência”: a igualdade de oportunidades no processo, dada a liberdade de todos perante a lei (GONÇALVES, 2012, p. 109).

Essa é uma noção que, sob a ótica de Rosemiro Leal, já pressupõe uma teoria avançada de processo, que supera os escopos metajurídicos e, assim, rompe com a escola instrumentalista que difunde a instrumentalidade do processo como meio de atuação da jurisdição do Estado. Não obstante, ainda permanecem expressões enigmáticas na proposta de Fazzalari, como “essência do contraditório” (LEAL, 2013, p. 47).

Fazzalari tem como “essência do contraditório” a simétrica oportunidade de participação no processo, que é, justamente, a sua definição para o princípio. Porém, essa é uma compreensão que torna indissociável o contraditório e a isonomia, além de desconsiderar a complexidade da “simétrica paridade”, entendida aí por mera participação igualitária dos interessados (LEAL, 2013, p.47).

Essa mescla de contraditório e isonomia só poderia acontecer se a “igualdade perante a lei” garantisse capacitação técnica e científica, por meio de teorias jurídicas, para possibilitar a falseabilidade de ambos os sujeitos processuais quanto aos conteúdos argumentativos decorrentes da hermenêutica das leis, valendo-se do contraditório como princípio fundamental do direito ao processo, consoante explicação de Rosemiro Leal (2013, p.48).

Dessas conclusões depreende-se um aspecto importante do contraditório para a teoria neoinstitucionalista. Conforme observado por Francisco Rabelo Dourado de Andrade, não é suficiente dar as partes oportunidades de pronunciamento no processo sem que elas tenham condições de fazê-lo efetivamente, por ignorância social ou cognitiva. É preciso torna-las aptas, ou seja, muni-las de uma capacidade técnica e científica que as permita participar efetivamente nas instituições democráticas, por si ou por um representante legal (ANDRADE, 2015, p. 290), no que concordam Leandro Ferreira e Magno Gomes (FERREIRA; GOMES, 2017, p. 636).

É nesse sentido que Rosemiro Leal pensa a lucidez (teorização) do contraditório como direito fundamental de exercício (lúcido) da discursividade formalizada (LEAL, 2013, p.48). É, pois, um princípio institutivo do processo que, nessa condição, rege a procedimentalidade democrática como desdobramento do Estado Democrático Direito, conforme sistematizado por André Leal (2008, p. 138/139).

A condição de princípio institutivo decorre da dimensão que o contraditório (e também a ampla defesa e a isonomia) ocupa no direito brasileiro, comportando inúmeros desdobramentos em seu âmbito jurídico, aos moldes de um verdadeiro instituto. Assim sendo, é elemento essencial do processo, enquanto referente lógico-jurídico de sua democraticidade (LEAL, 2012, p. 98).

Do capítulo antecedente restou demonstrado que as teorias da bilateralidade de audiência (contraditório como direito natural), da simétrica paridade (Fazzalari) e do “contraditório dinâmico” (Dierle Nunes e Humberto Theodoro Júnior) apresentam perspectivas pretensamente diferentes sobre o contraditório, mas que, no fundo, ou se

alinham ao Estado Liberal ou ao Estado Social e, portanto, são compreensões refutadas pelo direito democrático.

Por outro lado, a teoria neoinstitucionalista, pensando um contraditório condutor da processualidade democrática, amplia o seu conceito, quando Rosemiro Leal conclui que o princípio

[...] é referente lógico-jurídico do **processo** constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercerem a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo **direito-garantia** de se manifestarem. Daí o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, que, limitada pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida. Conclui-se que o **processo**, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes (LEAL, 2012, p. 99 – grifos do autor).

O contraditório como princípio constitucional, assegurado pelo artigo 5º, LV, da CRFB/88, encontra na teoria do processo constitucionalizado uma definição mais consistente, qual seja, de direito de argumentar, contra argumentar, silenciar, expor teorias fático-normativas e refutá-las na construção de uma decisão objetiva conjunta, impedindo que o contraditório se dê em um espaço nu, ou seja, sem referencialidade teórica.

O direito ao contraditório é assegurado às partes, que o exercem não para influenciar o juiz (“contraditório dinâmico”) ou por simples ritualidade do procedimento (“contraditório estático”), mas sim por ser direito fundamental que, quando efetivo, contribui para a produção de uma decisão mais resistente a críticas e democrática e que, por esta razão, não pode ser reduzido ou negado para que não se retorne ao arbítrio judicial como fonte de legitimação do direito, conforme já ocorrido em tempos de Estado Social.

As propostas de leitura do contraditório, vistas no capítulo antecedente (FAZZALARI, 2006; NUNES, 2008), quando testificadas pela teoria neoinstitucionalista, mostram-se insuficientes à democraticidade jurídica, porque ainda associam o contraditório à “intersubjetividade da prática comunicacional”, ao passo que Rosemiro Leal aproxima a “internormatividade do contraditório” da teoria falibilista de Karl Popper, demonstrando que essa “internormatividade” é regente de uma sociedade que se pretenda democrática (ALMEIDA, 2012, p. 31).

Nesse sentido, Rosemiro Leal esclarece que

[...] em Popper, os testes de validação se fazem por via de possibilidades argumentativas (asserções) a serem levantadas teoricamente em face de atos, fatos, situações, apreensões e compreensões de mundo ou mundos conjecturais. As inferências lógicas não se confrontam diretamente com as coisas, mas as teorizam (arriscam-se a conjecturar como as coisas são, poderiam ou deveriam ser) (LEAL, 2010, p. 156).

E continua explicando que para a proposta neoinstitucionalista do processo como teoria da lei democrática

Não é a “intersubjetividade” (práxis linguística ou *lexis* persuasiva), como êmulo gerador de símbolos e condutas de modo cultural e axiologicamente, que cria sentidos (juízos performativos invioláveis) para entendimentos e consensos sociais, mas a interenunciatividade (confronto de enunciados) é que decide o melhor sentido a adotar ante aos problemas (situações) numa concepção construtiva de sociedade aberta (LEAL, 2010, p. 186).

A partir disso, firma-se o entendimento neoinstitucionalista do contraditório como princípio institutivo do processo constitucionalizante que, por seus conteúdos, visa a apuração do melhor argumento, a ser obtido através da atividade argumentativa crítico-falseadora de teorias contrapostas, consolidando-se assim a proposta de Rosemiro Leal: concretizar o processo em paradigma linguístico-jurídico autocrítico para recriar o direito (ALMEIDA, 2012, p.32).

Como bem observado por André Leal, já que do processo depende a legitimidade dos pronunciamentos jurisdicionais e o acertamento de direitos pelo, “claro que o contraditório há de permear tanto a reconstrução dos fatos quanto a escolha e interpretação da norma material aplicável ao caso concreto” (LEAL, 2002, p. 103).

É nesse aspecto também que se destaca a inabilidade das compreensões de contraditório da ciência dogmática do direito. Os autores tradicionais¹⁷² do direito processual até teorizam a participação como núcleo do contraditório, mas não conseguem romper ou ultrapassar o dogma do *iura novit curia*, que não permite a falseabilidade de argumentos jurídicos e, como se viu, continua regendo a causa de pedir no CPC/2015.

Assim, mais uma vez se recorre às lições de André Cordeiro Leal para explicar que não é suficiente a oportunização isonômica de pronunciamento às partes, sem que esse pronunciamento seja de fato considerado quando da prolação das decisões, porque,

¹⁷² Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2016); Marcelo Veiga Franco (2013); Guglielmo de Castro (2016); Júlio César Amaral e Emanuela Cristina Andrade Lacerda (2018); Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012); Daniel Amorim Assumpção Neves (2014); Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (2016); Fredie Didier Júnior (2014), Alexandre Freitas Câmara (2018).

do contrário, estar-se-á negando vigência aos princípios do processo (LEAL, 2002, p.104).

A leitura do contraditório como garantia de influência e não surpresa nas decisões até privilegia, em um primeiro momento, a participação das partes na tentativa de influenciar o conteúdo decisório, mas não esclarece como isso se dará, ou melhor, não garante que os provimentos considerarão as teorias produzidas pelo contraditório.

Vale dizer, mesmo que as teses fáticas devam ser contraditadas pela decisão judicial, o acertamento do direito ainda é uma atividade solitária do juiz como condutor do processo. Não obstante deva ele ouvir as partes (art. 10), ele não se subordina àquilo que por elas dito.

É nesse sentido que outrora já se afirmou a fragilidade democrática do “contraditório dinâmico”, um agir estratégico que, em uma primeira oportunidade, permite a participação dos interessados nos atos procedimentais para, ao final, se render à capacidade especial e subjetivista do julgador como aquele que sabe o direito e cuja decisão se torna “aceitável” e “legítima” por uma “contribuição” pressuposta dos interessados.

Esse “poder” judicial, que não é questionado em propostas anteriores, é declaradamente combatido pela teoria neoinstitucionalista do processo, através, também, do fortalecimento da compreensão do contraditório como espaço discursivo isonômico de argumentação jurídica irrestrita, para que haja incessantemente a aplicação e fiscalização da constitucionalidade do direito (ALMEIDA, 2005, p. 75).

CONCLUSÃO: a fragilidade democrática do contraditório como garantia de influência e não surpresa

O estudo inicial que se fez nesse trabalho permite a divisão histórica do direito processual civil brasileiro em dois grandes períodos. O primeiro e maior deles compreende o momento pós independência política do Brasil, época de pouca produção legislativa no campo do processo civil, já que as Ordenações Filipinas aqui ainda vigoraram por décadas e os interesses e preocupações do país eram muito mais de ordem penal e comercial do que civil.

O segundo grande momento da processualística civil brasileira tem início em 1934 e se refere à fase recente das codificações, quando a CR/1934 unificou a competência para legislar sobre processo civil na pessoa da União Federal. Desde então, a ordem jurídica brasileira conviveu com três códigos processuais civis, o de 1939, elaborado por

Francisco Campos; o de 1973, assinado por Alfredo Buzaid e o atual, de 2015, por Luiz Fux.

Por esse corte epistemológico se pode ainda perceber que o direito processual civil brasileiro sempre esteve ligado a concepções autoritárias do direito ou, em outros termos, já nasce compromissado com o Estado Social, seja pela ideologia de seus mentores, seja pelo momento histórico da codificação, seja pela compreensão teórico-paradigmática que assume.

O movimento de socialização processual iniciado no mundo por Anton Menger e Franz Klein, com concepções radicais da jurisdição como expressão da soberania e de estatalização do processo, chegou ao Brasil e inspirou o CPC/1939, as reformas do CPC/1973 e a profusão de teorias socializantes do processo.

A dita “teoria instrumentalista do processo” de Cândido Rangel Dinamarco, gestada no âmago da Escola Processual Paulista, inspirada em Liebman, e expressamente assimilada pelo Código Fux, absorve as propostas de Klein, permitindo aplicações solipsistas do direito a partir da centralização da jurisdição como técnica decisória de solução compulsória de conflitos, ponto em que repete o paradoxo bülowiano.

Por isso, ainda que gestado em um regime constitucional democrático, o CPC/2015 nega vigência aos princípios do Estado Democrático de Direito, porque não rompe com o paradigma do Estado Social. Assim, qualquer mudança que se faça na interpretação de institutos jurídicos a fim de democratizá-los (como tentaram fazer com o contraditório) será insuficiente, porque o direito que está por trás de sua estrutura permanece ligado a compreensões obsoletas incompatíveis com a teorização democrática.

Em capítulo seguinte se contextualizou o contraditório no direito brasileiro e demonstrou que a sua normatização pelo CPC/2015 foi, segundo a dogmática jurídica tradicional, um compromisso de mudança em favor da evolução do direito processual civil brasileiro democrático. Não obstante, através dele legitimam a jurisdição por uma “cooperação normativa” que envolve todos os sujeitos processuais no diálogo processual, que se estrutura a partir de estratégias que visem a influência e a não surpresa nas decisões.

É nesse sentido que os autores afirmaram a opção do Código vigente por um processo participativo, que é alcançado por meio do “contraditório substancial” com a formação de uma comunidade de trabalho que conduza o procedimento através de um policentrismo dos sujeitos processuais, ou seja, do empreendimento comum de esforços

para a construção de uma decisão pré-anunciada (não surpresa) e motivada por fundamentos discutidos no procedimento (influência).

A partir disso, restou demonstrado que a ideia do “contraditório dinâmico” se sustenta em deveres de conduta (boa fé) dos sujeitos do processo. Assim, a cooperação exigida para a sua configuração é que justificou a reinterpretação dos conteúdos do contraditório para nele inserir o órgão jurisdicional no diálogo processual que, por ser supostamente policêntrico, não privilegiaria focos de destaque.

No entanto, essa é uma perspectiva que padece de incoerências teóricas que afastam da democraticidade pretendida quando, por exemplo, potencializa práticas judiciais ativistas. Inferiu-se da noção de comparticipação (art. 6º, CPC/2015) que a obtenção de decisões justas, efetivas e tempestivas não seria propriamente um direito dos cidadãos, mas também um dever a eles imposto. Vale dizer que, cooperar com o juiz é uma obrigação para a parte e condição para que ela alcance decisões nessas configurações.

Ademais, a compreensão do “contraditório dinâmico” desconsidera os limites semânticos do art. 5º, LV, da CRFB/88. Não há permissão constitucional para a inserção do juiz no contraditório já que o exercício dele e da ampla defesa em processo judicial ou administrativo é garantido apenas e tão somente aos litigantes, até mesmo porque são direitos fundamentais das partes e não requisitos da jurisdição.

Além disso, a ideia da influência e não surpresa, quando parte de uma transposição livre de conteúdos do contraditório, não observa os referenciais constitucionais limitativos a isso. Igualmente, não esclarece em qual medida se dá a redimensão que ela afirma ter sofrido o contraditório, por ser inconcebível que o instituto infraconstitucional da cooperação tenha forças alterativas sobre um princípio constitucional processual que é também um direito fundamental e, nessa condição, integrante das cláusulas pétreas constitucionais.

Dessa maneira, a teoria do “contraditório dinâmico” apresenta uma construção teórica também alinhada à concepção estatal social, quando se propõe a reinterpretar o contraditório para indiretamente inserir a figura do juiz dentre os contraditores, tornando-o paritário no diálogo processual, não obstante mantenha a assimetria do momento decisório, não se desvencilhando do dogmatismo do *iura novit curia*.

Portanto, esta é uma teoria que testifica o contraditório como mero dever de boa fé, sustentado por uma falsa percepção de cooperação que, na verdade, mascara um neoprotagonismo. É nesse sentido que o presente trabalho já afirmou e aqui ratifica as

fragilidades democráticas do “contraditório dinâmico” que encobre, no final das contas, apenas um agir judicial estratégico que, inicialmente, autoriza a participação das partes, mas que, ao final, reafirma a consciência do juiz como lugar privilegiado da interpretação fático-normativa.

O último capítulo evidenciou o comprometimento da teoria neoinstitucionalista com a testificação do direito democrático. Valendo-se da epistemologia do conhecimento objetivo de Karl Popper, propôs-se a construção de um critério lógico-jurídico que vise o falseamento de teorias que se pretendam democráticas, o que resultou na refutação da escola instrumentalista como referencial teórico processual democrático, ante a centralidade que a jurisdição ocupa como técnica decisória de solução compulsória de conflitos em suas conjecturas.

Também se demonstrou que a proposta de Rosemiro Leal destaca o contraditório como princípio constitucional institutivo do processo e o propõe como teoria do melhor argumento, a partir da perspectiva popperiana de teorias concorrentes, sendo, pois, referente lógico-jurídico de legitimidade das decisões, uma vez que o que dele se produzir, por uma atividade crítico-discursivo-argumentativa das partes no procedimento, necessariamente constará no provimento.

Por isso é que uma noção de comparticipação condutora de uma comunidade de trabalho que seja harmônica, como quer a ideologia do “contraditório dinâmico”, é incompatível com a proposição neoinstitucionalista do contraditório, não somente por estarem as partes em posições contrárias, o que já é óbice a um ambiente equilibrado, mas sobretudo porque havendo harmonia não há testificação.

Como se viu, o falseamento de teorias é importante, pois por ele se alcança a evolução do conhecimento. De igual modo, através do contraditório torna-se possível a apuração do melhor argumento porque a partir dele é que se instaura a atividade crítica necessária à obtenção da objetividade imprescindível aos exigentes critérios de legitimidade das decisões no Estado Democrático de Direito.

Portanto, diante da submissão da teoria do “contraditório dinâmico” ao método popperiano de “eliminação de erros”, refuta-se a definição do contraditório como garantia de influência e não surpresa porque evidentes as suas fragilidades democráticas quando comparada à proposta neoinstitucionalista, que é reafirmada como aquela que, até então, é mais resistente a críticas.

REFERÊNCIAS:

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

AMARAL, Júlio César Angioletti; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. O princípio do contraditório como condição inerente ao Estado Democrático de Direito e as “inovações” trazidas pelo novo Código de Processo Civil. In: LACERDA, Emanuela Cristina Andrade; GOULART, Fernanda Sell Souto (coords.). In: *Congresso Catarinense de Direito Processual Civil*, 2. 2016, Itajaí/SC. Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil, Itajaí: UNIVALI, 2016. ISSN: 2526-4524. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10189>> Acesso em 21 jan. 2018;

ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, vol. IV, p. 81-103;

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: CRV, 2012;

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005;

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010. 329f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010;

ALVES, Isabella Fonseca. A cooperação processual no novo Código de Processo Civil: teoria normativa da comparticipação e sua função contra-fática do direito. In: LEAL, André Cordeiro; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (coords.). In: *Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II* [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/DHC. Florianópolis: Conpedi, 2015. ISBN: 978-85-5505-133-3. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/Dq84dV3qQrW6SJQV.pdf>>. Acesso em: 12 fev., 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. *Processo constitucional: o processo como espaço democrático-discursivo da legitimação de aplicação do direito*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, p. 281/296, 2015;

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. *Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017;

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p.61/96, 2010;

BECKHER, L.A. *Contratos bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.13/51

BERALDO, Leonardo de Faria. *Comentários às inovações do código de processo civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015;

BIANCHINI, Marco Paulo Andrade. *A interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e a sindicabilidade judicial sob a ótica da teoria neoinstitucionalista do processo*. 2017. 158f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Instituições Sociais, Direito e Democracia, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde – FCH, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2017;

BORBA, Alderico Kleber de. *O direito de influência no novo Código de Processo Civil: contraditório tridimensional*. 2017. 105f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Instituições Sociais, Direito e Democracia, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde – FCH, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2017;

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 18 out. 2017b;

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em 18 out. 2017c;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em 21 jan. 2018d;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 jan. 2018b;

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em 18 out. 2017d;

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 21 jan. 2018c;

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 18 out. 2017a;

BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm> Acesso em 18 out. 2017e;

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Introduz as normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 03 mar. 2018d;

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm> Acesso em 21 jan. 2018e;

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03//LEIS/L5869impressao.htm> Acesso em 18 out. 2017f;

BRASIL. *Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 21 jan. 2018c;

BRASIL. *Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Altera o Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Acesso em 03 mar. 2018e;

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em 01 jan. 2018a;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Extinção do processo por insuficiência de provas e decisões surpresa. Recurso Especial 1676027/PR. Rel.: Min. Herman Benjamin – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 11 out., 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=contraditorio+dinamico&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>> Acesso em 12 fev. 2018d;

BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção*. São Paulo: Leya, 2010;

BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2003;

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do CPC/1973*. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?f?sequence=4>> Acesso em 17 out. 2017;

BUZAID, Alfredo. *Grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982;

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Lavallo, 1956;

CAMACHO, Luciana da Silva Paggiatto. *O princípio da razoável duração do processo nas reformas processuais e as garantias do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa*. 2015. 147f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2015;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo CPC, o contraditório e a fundamentação das decisões no processo administrativo*. Disponível em:
<<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2017/08/04.pdf>> Acesso em 12 fev. 2018;

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do CPC/1939*. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>> Acesso em 17 out. 2017;

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988;

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004;

CASTRO, Flavia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

CASTRO, Guglielmo Marconi Soares de. A garantia constitucional do contraditório no novo Código de Processo Civil. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, PPGD UFRN, n.1, p. 52/72, 2016;

CASTRO, João Antônio Lima; FERREIRA, Juliana Maria Matos (orgs.). *Direito processual e o constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Puc Minas, Instituto de Educação Continuada, 2009;

CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. *Contornos da fundamentação: diante de um contraditório forte e a aproximação com o sistema de precedentes no contexto do Estado Constitucional*. 2013. 131f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Instituições Sociais, Direito e Democracia, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde – FCH, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2013;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

CHAVES, Jéssica Galvão; TEIXEIRA, Welington Luzia. Normas fundamentais e o processo jurisdicional democrático: inovações e desafios. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christina Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna (orgs.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte, Del Rey, 2017, p.33/46;

CHAVES, Valéria da Conceição. *O Estado Novo entre textos e imagens*. 2006. 159f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, Juiz de Fora, 2006;

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009;

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970;

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.7, n.38, p.5/33, 2010;

DELFINO, Lucio. *Cooperação processual no novo CPC pode incrementar o ativismo judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial>> Acesso em 21 jan. 2018;

DELFINO, Lucio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, n. 82, p. 229/254, 2013;

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Salvador: JusPODIVM, 2014, vol. 1;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, n.127, p.75-79, 2005;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 29, 2003;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003b;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

ENFAM. *O poder judiciário e o novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados*. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em 12 fev. 2018;

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010;

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006;

FERREIRA, Jussara S. A. B. N; RIBEIRO JÚNIOR, Aguinaldo. O princípio do contraditório: alcance e prospecções. In: LEITE, Rosimeire Ventura; FIGUEIREDO CRU, Luana Pedrosa de; PIMENTEL, Alexandre Freire (coords.). In: *Processo e jurisdição I* [recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UFPB. João Pessoa: CONPEDI, 2014. ISBN: 978-85-5505-026-8. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=dd7d646241a0fb88>> Acesso em 21 jan. 2018;

FERREIRA, Leandro José; GOMES, Magno Federici. A teoria neoinstitucionalista do processo e a possibilidade de concessão de tutela provisória liminar para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente. *Revista Argumentum*, Marília, São Paulo, v. 18, n.3, p. 625/643, 2017;

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v.5, n.5, p. 228/260, 2010.

FPPC. Enunciados do Fórum Permanente dos Processualistas Civis. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>> Acesso em 12 fev. 2018;

FRANCO, Marcelo Veiga. A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v.22, n.24, p.165/193, 2012;

FRANCO, Marcelo Veiga. Devido processo legal x indevido processo sentimental: o controle da função jurisdicional pelo contraditório e o modelo participativo de processo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n.1, p. 39/62, 2013;

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. 2014. 210f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Belo Horizonte, 2014;

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no direito processual civil. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v.3, n.2, p.33/60, 2008;

FUX, Luiz. *Exposição de motivos do CPC/2015*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>> Acesso em 07 nov. 2017;

GOBBATO, Ana Maria Borralho. *Princípios processuais constitucionais norteadores da jurisdição à luz da teoria dos direitos fundamentais*. 2009. 123f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2009;

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001;

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: BARRETO, Vicente Paulo (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009;

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

JAYME, Fernando Gonzaga. O devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, 2000;

KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958;

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008;

LEAL, André Cordeiro. Apresentação. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013;

LEAL, André Cordeiro; ARAÚJO, Bruno Amazan Avelar de. Democraticidade jurídica e contraditório nas teorias fazzalariana e neoinstitucionalista do processo. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; CARDOSO, Henrique Ribeiro (coords.). In: *Constituição e democracia II* [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: Conpedi, 2016. ISBN: 978-85-5505-268-2. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/7Mocx4A7hqIrUgW6.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

LEAL, André Cordeiro. Inconsistências do direito ao recurso como meio de acesso ao duplo grau de jurisdição. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (coords.). *Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídico constitucionalizada*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012;

LEAL, André Cordeiro; LANNA, Vitor Germano Piscitelli Alvarenga. *Fundamentação das decisões na constitucionalidade democrática sob a perspectiva da teoria da objetividade de Karl Popper*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6098ed616e715171>> Acesso em 12 fev. 2018;

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Belo Horizonte, 2006;

LEAL, André Cordeiro. Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: retrocessos teórico-paradigmáticos do direito processual coletivo. *Revista de Direito do Izabela Hendrix*, v.1, n.1, 2003;

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. *Prova e jurisdicionalismo no novo CPC brasileiro*. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/02/DIR-28-10.pdf>> Acesso em 01 jan. 2018;

LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andrea Alves de. *Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos & Cruz, 2011;

LEAL, Rosemiro Pereira. *A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista*. Disponível em:

<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em 20 fev. 2018;

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, vol. 7;

LEAL, Rosemiro Pereira. *Comentários à reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora de Direito LTDA., 1996;

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e os direitos fundamentais líquidos e certos. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Minas Gerais, n. 53, p. 295/316, 2008;

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010;

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

LEVATE, Luiz Gustavo. *A processualização democrática administrativa na contribuição das multas ambientais*. 2012. 281f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Escola Superior Dom Helder Camara, Belo Horizonte, 2012;

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947;

LINHARES, Maria Yedda (org.) *et al. História geral do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990;

LOPES, Bráulio Lisboa. *Uma visão do direito processual segundo a teoria neo-institucionalista do processo*. Disponível em:
<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18863-18864-1-PB.pdf>> Acesso em 12 fev. 2018;

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODIVM, 2015;

MACHADO, Antônio Claudio da Costa. *Pontos autoritários do novo CPC*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/452470-OAB-SP-CRITICA-%E2%80%9CPONTOS-AUTORITARIOS%E2%80%9D-DO-NOVO-CPC.html>> Acesso em 01 jan. 2018;

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. *Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro - SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 41, p. 69/84, 2014;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um renovado direito processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio; GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 125/146;

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. *Comentários críticos à exposição de motivos do novo Código de Processo Civil (cpc): notas sobre o novo CPC e sua ideologia a partir da análise de sua exposição de motivos*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/z6072K44AgwUc835.pdf>> Acesso em 17 out. 2017;

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

MENGER, Anton. *El derecho civil e los pobres*. Atalaya: Buenos Aires, 1947;

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Execução fiscal para cobrança de ISSQN e decisões surpresas. Processo: AC – 0199646-58.2015.8.13.0056. Relator: Des. Moacyr Lobato. Belo Horizonte, 22 nov., 201. Disponível em: <[MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958;](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=7&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=direito%20influ%EAncia%20e%20n%E3o%20surpresa&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em 12 fev. 2018;</p>
</div>
<div data-bbox=)

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, 2010, p. 165-194;

MOLLICA, Rogério. *Os processos repetitivos e a celeridade processual*. 2010. 56f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.

MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o Poder Judiciário e observatório da justiça brasileira*. 2014. 228f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2014;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*.

Disponível em:

<<http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2017;

NAVES, Candido. *Impulso processual e poderes do juiz*. Belo Horizonte: Santa Maria S.A., 1949;

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

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*. 6.e. São Paulo: Método, 2014;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC: código de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Método, 2015;

NUNES, Dierle. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 2008. 219f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Belo Horizonte, 2008b;

NUNES, Dierle; DELFINO, Lucio. *Juízes reunidos contra o contraditório no novo cpc?* Disponível em: <<http://www.luciodelfino.com.br/enviados/2016419215830.pdf>> Acesso em 21 jan. 2018;

NUNES, Dierle; DELFINO, Lucio. Novo CPC, o “Caballo de Tróya” Iura Novit Curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v.22, n. 87, p.205/210, 2014;

NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008;

NUNES, Elpidio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007;

NUNES, Elpidio Donizetti. *Reflexões de um juiz cristão – sobre os meandros da comissão do novo CPC*. Disponível em: <http://files.dellore.com/200000186-6eee570d7b/reflexoes_de_um_juiz.pdf> Acesso em 01 jan. 2018;

OAB/SP. *Manifesto e crítica ao projeto do CPC*. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/indaiatuba/noticias/oab-sp-divulga-manifesto-e-critica-novo-projeto-do>> Acesso em 01 jan. 2018;

OLIANI, José Alexandre M; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.); TALAMINI, Eduardo (coord.). *Sentença no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.15, p. 7/20, 1998;
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003;
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.9, p.178/184, 1993;
- OLIVEIRA, Cristiano. *Direitos fundamentais do processo: a propósito do juízo de admissibilidade de recursos extraordinário e especial repetitivos por via eletrônica*. 2015. 213f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, Itaúna, Minas Gerais, 2015;
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013;
- PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972;
- PARENTONI, Leonardo Netto. *A celeridade no projeto do novo CPC*. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/152-281-1-SM%20(1).pdf> Acesso em 01 jan. 2018;
- PASSOS, Fábio Presoti. Processo constitucional e jurisdição no Estado Democrático de Direito. *E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, n.1, v. VI, 2013;
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro – das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002;
- PEDRON, Flávio Quinaud. As normas fundamentais do CPC/2015 como chaves de compreensão adequada da nova legislação. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christina Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO,

Helena Lanna (orgs.). *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte, Del Rey, 2017, p.21/30;

PICARDI, Nicola. Apresentação. In: NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008;

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. *O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma*. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242945>> Acesso em 17 out. 2017;

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1;

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira de Mota. São Paulo: Cultrix, 2007;

POPPER, Karl. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Lisboa: Edições 70, 2009;

RAATZ, Igor. *A reconstrução do processo civil no Estado Democrático de Direito: possibilidades a partir da teoria do direito, do Estado e da Constituição*. 2011. 194f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2011;

RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. *Elementos da história do processo civil brasileiro: do Código de 1939 ao Código de 1973*. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf> Acesso em 17 out. 2017;

RABELLO, Bruno Resende. *Novas perspectivas e potencialidades para o contraditório*. 2011. 171f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2011;

RABELO, Cesar Leandro de Almeida. *O ativismo judicial e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito*. 2012. 145f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Instituições Sociais, Direito e Democracia, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde – FCH, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2012;

RUBIN, Fernando. *Do Código Buzaid ao projeto para um novo Código de Processo Civil: uma avaliação do itinerário de construções/alterações e das perspectivas do atual movimento de retificação*. Disponível em:

<<https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943631/do-codigo-buzaid-ao-projeto-para-um-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em 07 nov. 2017;

SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica do processo como teoria da lei democrática, de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal*. Disponível em:

<<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1122/R%20DJ%20Primeiros%20delineamentos%20-%20Ana%20Flavia.pdf?sequence=1>> Acesso em 12 fev. 2018;

SANTOS JÚNIOR, Sândalo Vianna dos. *A relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões no processo civil do Estado Democrático de Direito*. 2013. 232f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013;

SILVA, Francislene Rodrigues; NEVES, Lucas Cruz. Contraditório e fundamentação como condições de validade das decisões jurídicas no Estado de Direito Democrático. *Revista Sinapse Múltipla da Pontifícia Universidade Católica de Betim*, n. 4, p. 135-145, 2015;

SILVA, Luís Fernando Alves; DEL NEGRI, André. *Direito processual constitucional e considerações críticas sobre a súmula vinculante n. 5*. Disponível em:

<www.revistas.uniube.br/index.php/ddc/article/download/177/176> Acesso em 12 fev., 2018;

SILVA, Ovídio Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Getúlio a Castelo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996;

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 138/149, 1980;

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lucio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>> Acesso em 21 jan. 2018;

STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>> Acesso em 01 jan. 2018;

STRECK, Lenio Luiz. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003;

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo: por uno studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente codice italiano di procedura civile. IN: GUASTINI, R.; REBUFFA. G.; *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989;

TEIXEIRA, Salvio Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n.122, 1994;

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista Magister de direito civil e processual civil*, São Paulo, n.11, p.5/32, 2006;

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013;

THEODORO JUNIOR, Humberto. Normas fundamentais. In: THEODORO JUNIOR, Humberto (coord.). *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 19/36;

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/4776-15561-1-SM.pdf> Acesso em 12 fev., 2018;

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9201-9200-1-PB.pdf>> Acesso em 17 out. 2017;

VIEIRA, Simone Bastos (org.). *A Constituição que não foi: história da Emenda Constitucional n. 1, de 1969*. Brasília: Senado Federal, 2002;

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Alguns impactos do CPC/2015 na advocacia*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230807,61044>
Alguns+dos+impactos+do+CPC2015+na+advocacia> Acesso em 07 nov. 2017;

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Cognição jurisdicional*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação da sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p.53/65, 2009.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;