



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

**SISTEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: A RELAÇÃO ENTRE AS
PRINCIPAIS TEORIAS PROCESSUAIS (UMA REVISÃO DA DIDÁTICA
APLICADA AO ENSINO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL)**

Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do Mestrado em Direito.

Orientador: Professor Doutor Pedro Miranda de Oliveira

FLORIANÓPOLIS, SC

2024

Autor: Eduardo de Mello e Souza

Título: SISTEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: A RELAÇÃO ENTRE AS PRINCIPAIS TEORIAS PROCESSUAIS (UMA REVISÃO DA DIDÁTICA APLICADA AO ENSINO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL)

Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do Mestrado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

Florianópolis, 2024.

Mello e Souza, Eduardo

SISTEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL : A RELAÇÃO ENTRE AS PRINCIPAIS TEORIAS PROCESSUAIS (UMA REVISÃO DA DIDÁTICA APLICADA AO ENSINO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL) / Eduardo Mello e Souza ; orientador, Pedro Miranda de Oliveira, 2024.

95 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Processo Civil. I. Oliveira, Pedro Miranda de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Eduardo de Mello e Souza

SISTEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: A RELAÇÃO ENTRE AS PRINCIPAIS TEORIAS PROCESSUAIS (UMA REVISÃO DA DIDÁTICA APLICADA AO ENSINO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL)

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 21 de maio de 2024, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira, orientador – UFSC;

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy – UFSC;

Prof. Dr. Marcus Vincícius Motter Borges – UFSC;

Prof. Dr. Araken de Assis – PUC/RS.

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira, orientador

Florianópolis, 2024.

AGRADECIMENTOS

Impossível não agradecer em primeiro lugar ao Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira, meu orientador, amigo de tantos anos e muitos caminhos percorridos juntos, dentro e fora do Processo Civil. Claro e objetivo em tudo que fala e escreve, esta dissertação procurou homenageá-lo, em cada página, nessas suas grandes qualidades como professor e advogado.

O Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy, colega de vida, de academia, de advocacia, de OAB. Escritor pródigo, que transita com autoridade ímpar desde o Processo Civil à revolução do novo sistema de Conformidade. Referência como pessoa e mestre.

Gratidão também ao Prof. Dr. Marcus Vinícius Motter Borges, mente brilhante, multimídia, que milita confortavelmente por diversos ramos do Direito, desde o mais profundo estudo sobre medidas executivas, até Direito Imobiliário, onde se tornou referência nacional.

Por último, em ordem, mas não em importância, o Prof. Dr. Araken de Assis. A sua simples presença nesse ato me emociona. Alma leve, cultura enciclopédica, que inspira gerações. Não o conhecia pessoalmente no dia em que, pela primeira vez, li um texto seu, sobre insolvência civil, já lá se vão mais de trinta anos. Lembro de ter pensado que não era apenas um texto jurídico, mas sim uma partitura de Mozart. Não havia uma única palavra fora do lugar. Invejei-o. Humor afiado, nota da sua inteligência, o Prof. Dr. Araken é daquelas raras pessoas cuja conversa, por mais cotidiana que seja, sempre nos acrescenta algo.

E por falar em família, gratidão à minha mulher Sindy, pelo amor e cumplicidade; nossa filhota Olívia, razão de ser da minha existência; e meus filhos, Ricardo, Carlos Eduardo e minha enteada Érica, amores – verdadeiros – de minha vida.

“É necessário denunciar a funesta tendência a enxergar na entrada em vigor de uma norma o ponto final de sua história. Ao contrário, nesse momento é que ela começa verdadeiramente a viver; e é a partir daí que ela passa a merecer a nossa particular atenção. Já pouco interessam, agora, as intenções, por mais altas que fossem, do legislador, e as expectativas que ele acalentava. Interessa, sim, o que estará acontecendo no dia-a-dia forense; e é forçoso que mantenhamos o espírito aberto aos ensinamentos que a experiência possa nos dar. Se eles vierem a coroar nossas esperanças, tanto melhor; no caso contrário, renunciemos às ilusões e tenhamos a coragem de rever o que foi feito, e até desfazê-lo, se preciso for.”

José Carlos Barbosa Moreira

RESUMO

O presente estudo tem a pretensão de propor uma nova didática de abordagem do Direito Processual Civil, de forma a desmistificar a visão praxista que os operadores do direito detêm, quando no dia a dia forense, confundindo diferentes dimensões do processo civil, como ação (enquanto finalidade), processo (enquanto método) e procedimento (mero meio físico que empresta corpo aos anteriores). No mais das vezes, o operador enxerga apenas este último, turvando a visão tridimensional que a compreensão do processo exige, comprometendo a boa técnica, e, via de consequência, a higidez da prestação jurisdicional. Para a melhor compreensão desse conceito de tridimensionalidade, é indispensável o esboço histórico, como pano de fundo da didática ora proposta. Compreender a evolução dos institutos e a relação entre eles permite a respectiva aplicação adequada em cada caso concreto. Dos três elementos históricos, tem-se, num primeiro momento, o direito romano, e suas três eras distintas, desde os interditos até o dualismo *executio/cognitio* do direito tardio, culminando no *codex juris civilis*. Envereda-se pelo direito medieval, que absorveu o direito romano, em diferentes níveis, através de seu principal diploma: o *codex juris canonici*. E o direito moderno, a partir do século XIX, e suas contribuições definitivas na autonomia do processo civil em relação ao direito material. E a base dessa autonomia reside na diferenciação clara das três dimensões aqui propostas como epistemologia do processo, trazendo o procedimento e suas características essenciais; o processo enquanto método, e a ação/jurisdição, como finalidade. Por último, estabelecidos os critérios, histórico e epistemológico, proceder à análise crítica da evolução das técnicas de tutela no sistema processual civil brasileiro.

Palavras-chave: Processo civil. História do processo. Procedimento, processo e ação/jurisdição. Teorias processuais. CPC de 1973 e de 2015. Reformas. Crítica ao sistema de tutelas.

ABSTRACT

The present study aims to propose a new teaching approach to Civil Procedural Law, in order to demystify the praxist view that legal operators hold, when in day-to-day forensic practice, confusing different dimensions of the civil process, such as action (as purpose), process (as method) and procedure (mere physical means that lends body to the previous ones). Most of the time, the operator only sees the latter, blurring the three-dimensional vision that understanding the process requires, compromising good technique and, as a consequence, the soundness of the judicial provision. For a better understanding of this concept of three-dimensionality, historical foreshortening is essential, as a background to the teaching proposed here. Understanding the evolution of institutes and the relationship between them allows for their appropriate application in each specific case. Of the three historical elements, there is, firstly, Roman law, and its three distinct eras, from the interdicts to the executio/cognitio dualism of late law, culminating in the codex juris civilis. It embarks on medieval law, which absorbed Roman law, at different levels, through its main diploma: the codex juris canonici. And modern law, from the 19th century onwards, and its definitive contributions to the autonomy of the civil process in relation to substantive law. And the basis of this autonomy lies in the clear differentiation of the three dimensions proposed here as the epistemology of the process, bringing the procedure and its essential characteristics; the process as a method, and the action/jurisdiction as a purpose. Finally, having established the historical and epistemological criteria, proceed to a critical analysis of the evolution of guardianship techniques in the Brazilian civil procedural system.

Keywords: Civil Procedure. History of the process. Procedure, process and action/jurisdiction. Procedural theories. CPC of 1973 and 2015. Reforms. Criticism of the guardianship system.

SUMÁRIO

Introdução	10
I. Crise do Judiciário e a transformação do direito processual.....	18
1.1. Delimitação do problema: a crise do ensino jurídico (a falta de sintonia didática entre o processo legislado, ensinado e praticado);	18
1.2. A contaminação do pensamento processual pela visão procedimental (análise histórica) e a necessidade do distanciamento eficaz do direito material.	25
1.3. Premissa metodológica: a transformação do procedimento secular em método processual.....	31
II. Uma teoria geral para o ensino de processo civil (as três dimensões didáticas).....	38
2.1. A criação de um procedimento comum e a consequência sobre todo o sistema (criação e autonomia do direito material exigem epistemologia própria);.....	38
2.2. O processo como método e não como meio físico de solução de controvérsias (a segunda dimensão do sistema);.....	47
2.3. A teoria da ação e das tutelas como dimensão indispensável para a real compreensão da finalidade do sistema.....	52
III. Relações internas entre as principais teorias processuais e as técnicas de tutela no direito Brasileiro.....	65
3.1 Ensaio sobre uma teoria geral das tutelas, dentro da evolução recente das suas técnicas;.....	65
3.2 O eterno problema cognitivo entre cautelaridade e satisfatividade;	71
3.3 Crítica à abordagem apenas superficial do CPC sobre a teoria das tutelas.....	75
IV. Conclusões.....	85
Referências.....	90

Introdução

Cena no Tribunal. Um colegiado discute vigorosamente qual seria a ação adequada para determinada situação fática muito recorrente naquela corte, se usucapião ou reivindicatória. Qualquer escolha importará na extinção de centenas de processos. Todo o debate se resume a adotar um e excluir o outro procedimento. Muitos jurisdicionados serão, inevitavelmente, prejudicados. De repente, um desembargador chama a atenção para o fato que, sob o ponto de vista da eficácia, ambas as ações são constitutivas da propriedade; ambas buscam a mesma cognição, com documentos similares; tudo mediante procedimentos semelhantes. Assim, sob este ponto de vista, considerando os seus efeitos concretos e a compatibilidade de cognição e rito, todas aquelas ações eram muito próximas entre si, e que o nome dado a cada uma delas, seria de menor importância. Sob essa visão, ninguém sairia prejudicado. Perplexidade geral.

Corte cinematográfico. Um órgão colegiado cível se debruça sobre uma apelação cível que a parte denominou equivocadamente de “*ordinário*”. A discussão se restringe à nomenclatura. A tendência no debate é a de não se conhecer do recurso. Um magistrado pondera que, apesar do nome, o recurso tinha obedecido a todos os requisitos de um apelo: prazo, preparo, dialeticidade, apresentação das razões e capitulação adequada. Os demais rechaçam tal argumento, fortes na singela questão do nome e, esquecendo da substância, o tal recurso sequer é conhecido.

Pausa dramática. Um promotor de justiça nega uma proposta de acordo de não persecução penal, formulada já na fase de instrução do feito. O juiz indaga as razões de tal recusa. A explicação é simples, “confissão, só no início do processo”. Depois disso ela seria impossível. Com assombro, o magistrado indaga qual seria a base para tal conclusão, já que a parte pode confessar a qualquer tempo. Sem resposta.

Estes são exemplos comuns no dia a dia forense. As decisões judiciais, quando abordam questões processuais, em maior ou menor grau, se voltam para o procedimento. Há uma preocupação evidente com a literalidade da lei, a diferenciação dos ritos apenas pelos seus nomes e não por sua substância.

Enfim, uma submissão do conteúdo à forma, chamado de *praxismo*, que atinge indistintamente o processo civil e seu equivalente penal e, com frequência ainda maior, o administrativo. É a corrupção do processo. A alienação do raciocínio processual em detrimento de um apego quase religioso à liturgia, que perde seu sentido original.

Este não é um estudo de processo civil. É sobre o ensino dele. Resume mais de trinta anos de magistério superior na área. E os motivos dessa triste realidade são multifatoriais. Mais do que isso, aqui se tratará da (falta de) didática no ensino do processo, a fim de propor uma abordagem mais intuitiva e histórica, que permita àquele que estuda uma compreensão sistêmica e menos dependente da redação dos artigos de lei.

Os equívocos didáticos são muitos. Utiliza-se, sem qualquer pudor, a lei como plano de ensino, como se o legislador estivesse preocupado com a coerência entre os institutos. A cena é conhecida: um professor lendo artigos para em seguida parafraseá-los aos alunos que, perplexos, não comunicam um artigo com o próximo. Perdidos, eles decoram, passam nas provas, para logo em seguida esquecer o conteúdo. No semestre seguinte, a história se repete.

A doutrina também não colabora. Com raríssimas exceções, os cursos de processo civil seguem a mesma ordem da lei, a mesma paráfrase, e acabam privando o estudante de uma visão do todo, da interconexão dos institutos. Sem uma bússola que os oriente, os alunos se refugiam nos ritos, perdendo de vista a perspectiva do processo.

Some-se a isso tudo um equívoco de nomenclatura. O Código de Processo Civil não é de processo, é de procedimentos. A imensa maioria de seus

dispositivos não aborda as teorias e suas ligações intrínsecas. Eles tratam da estrutura dos atos, dos mandados, dos leilões, dos preparos recursais, dos prazos, da estrutura das petições e decisões, mas apenas tangenciam o processo, e mesmo assim de forma tão sutil, que só um olhar de anos de estudo permite enxergar.

Talvez fosse o caso do Brasil adotar a denominação já consagrada por vários países, alguns deles nossas matrizes doutrinárias, usando o título mais coerente e simples de Código de Procedimentos. Assim o é na França (*Code de Procedure*), na Itália (*Codice de Procedura*) e até mesmo nos países vizinhos como o Chile (*Codigo de Procedimientos*) e algumas províncias Argentinas, que, como o Brasil do início do século XX, ainda adotam Códigos Provinciais.

Essa questão do equívoco didático na abordagem acadêmica do Processo Civil, não é propriamente nova. Há quase trinta anos, Sergio BERMUDEZ¹, com fina ironia, já criticava um sistema de ensino voltado para informações herméticas e de difícil percepção pelos estudantes:

“A verdade é um todo posicional teórico’. Juro que ouvi isso, na primeiríssima aula do meu curso jurídico. O enigma me tornou arrependido de haver deixado Cachoeiro do Itapemirim para estudar Direito no Rio. Faço essas observações para dizer que nós, professores, muitas vezes nos descuidamos de ministrar aos alunos as noções elementares, indispensáveis à boa compreensão da matéria. Enfiemos os infelizes num cipóal, de onde eles se desvencilharão por sua conta, na medida de seus esforços, do seu talento e das múltiplas circunstâncias que tecem o destino de cada um.”

Joel Dias FIGUEIRA JR.² chegou a vaticinar que na origem da chamada *Crise do Judiciário*, existe uma *Crise de Ensino Jurídico*:

¹ Introdução ao Direito Processual Civil, Forense, 1985, 1ª ed., p. 7.

² Autocomposição e o Projeto Legislativo de Novo Código de Processo Civil – Expectativas e Frustrações; 100 anos – Revista dos Tribunais, 2012, 1ª Ed., p. 367.

“O tema da ‘crise do processo’, como bem sabemos, está umbilicalmente ligada à ‘crise da prestação da tutela jurisdicional estatal’ e da formação de profissionais/operadores de direito, portanto do falido ensino jurídico.”

E é exatamente este o debate que o presente trabalho pretende propor. Uma visão mais cartesiana que busque um retorno atualizado daquilo que René DESCARTES³ chamou de *“longas cadeias de razões simples e fáceis, das quais usam os geômetras para atingir as suas mais difíceis demonstrações”*, e *“desde que se consiga conservar sempre a ordem necessária para fazer a dedução uma das outras, não existirão tão distantes que não sejam alcançadas, nem tão escondidas que não sejam descobertas”*.

Tudo inserido dentro de um raciocínio dedutivo, onde o ponto de partida para qualquer ensino específico é, acima de tudo, a visualização do plano geral, principiológico e histórico daquele tema.

Em seu primeiro capítulo, esta dissertação irá abordar o diagnóstico do atual estágio do ensino de processo, que remonta, sem muitas modificações substanciais, à Faculdade de Bolonha, há quase mil anos. Com raras exceções, poucas novidades foram implementadas desde então⁴.

A este quase milenar distanciamento acadêmico, onde o professor se afasta não apenas do aluno, mas também da ideia de processo, apegando-se às formas, some-se o peso da tradição procedimentalista, que remonta ao período pré-clássico romano, e que foi determinante para a atual compreensão do processo civil enquanto método, quando surgiu no século XIX.

Aqui, impossível não se reportar à abordagem mais completa sobre o formalismo em língua portuguesa. O Prof. Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA trouxe o conceito de *“formalismo excessivo de corte racional”* e a análise dos problemas dele decorrentes advindos do Direito Romano-Canônico ou

³ *Discurso do Método*, Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 67.

⁴ PEREIRA, Cássia; *As Origens Medievais do Ensino do Direito em Bolonha*, Belo Horizonte, 2021.

Italiano-Medieval⁵:

Resistia-se a adotar tanto a oralidade quanto a concentração dos atos. Dominava o sistema escrito, proibidas as partes e seus representantes de se dirigir oralmente ao tribunal: alegações, provas, objeções e arrazoados deviam ser sempre documentados. (...). Tudo contribuía para submeter o mérito da causa a um formalismo exagerado.

Sem muita discrepância, Ovídio BAPTISTA DA SILVA⁶ e José Rogério CRUZ E TUCCI⁷ abordam a mesma questão, sob cores diferentes, como marcos teóricos que se completam.

Necessário acrescentar que a narrativa histórica necessita do testemunho da literatura. A crônica contemporânea aos fatos é elemento primordial para fixar a informação no imaginário de quem estuda Direito. Não é difícil encontrar o direito (e a moral) como pano de fundo dos escritos universais. Shakespeare, Dostoiévski, Tolstói, Dickens, Machado de Assis, Victor Hugo, dentre outros muitos, foram, indiretamente, cronistas do direito de sua época. E, atualmente, não é incomum a cadeira de Direito e Literatura no ensino jurídico, como apoio didático fundamental⁸.

No segundo capítulo, há a análise do posterior exaurimento do sistema romano e medieval, tratado na primeira parte deste trabalho, e que levou à crise original do judiciário moderno, em meados do século XIX, não pelo excesso de processos (até por que não existiam tantos), mas, justamente, pelo excesso de procedimentos e, muito pior, por uma visão procedimental, que gerou um emaranhado burocrático, onde a forma dominava o conteúdo, retardando a solução das lides.

⁵ *Do Formalismo no Processo Civil*, Saraiva, São Paulo., 1997, p. 27

⁶ *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1997.

⁷ *Lições de História do Processo Civil Romano*, 1ª Ed., RT, 1996.

⁸ CANCELLIER, Luiz Carlos, *Sistematização do Estudo e da Pesquisa em Direito e Literatura*, in *Novas Contribuições à Pesquisa em Direito e Literatura*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2010, p. 9.

A observação do momento histórico (revolução industrial) e sua influência na busca por um procedimento único e comum a todas as causas, cuja consequência maior foi a necessidade de criação de uma nova metodologia que transcendesse o procedimento: o processo enquanto relação jurídica autônoma em relação ao direito material debatido nos autos.

Em 1868, Oskar BÜLLOW⁹ traduziu, ainda que de forma simples, o salto que se avizinhava. A necessidade de uma nova fórmula de relação judicial, distinta do procedimento e afastada do direito material:

Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e deveres que colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal. Mas, dessa maneira, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica.”

Isto é, o divórcio entre os procedimentos (tanto o comum quando aqueles ainda vinculados ao direito material – e que permanecem em nossos códigos processuais até hoje) e o processo (enquanto ramo autônomo de direito e também método de solução de conflitos), que, por sua vez, trará consigo uma a definição de ação. Com isso, advieram consequências para a própria linguagem do ensino jurídico e a transformação das cadeiras de prática forense e direito da jurisprudência (*diritto della giurisprudenzia*) nas atuais cátedras de processo civil.

Essa questão da herança procedimentalista a comprometer o próprio conceito de processo, tem repercussão até mesmo para o elemento de legitimidade de uma decisão judicial. Niklas LUHMANN¹⁰ ensina que, muitas vezes, a persuasão e valoração normativa, típicas do processo, não serão o elemento de apoio da decisão, mas sim nos mecanismos extralegais, como, por exemplo, uma longa dialética e o chamado *sistema de contato*, todos típicos do procedimento judicial.

⁹ *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, 2ª Ed., LZN, Campinas, 2003.

¹⁰ *Legitimação pelo Procedimento*, 1ª ed., Editora UnB, Brasília, 1980, pp 67 e 68.

Mas há marcos teóricos contemporâneos à análise de LUHMANN, e que almejam resolver os problemas da segunda grande crise do Judiciário, a crise do acesso à justiça. Conceitos novos como *instrumentalidade* (Cândido Rangel DINAMARCO¹¹) e a própria reunião e simplificação dos procedimentos (José Carlos BARBOSA MOREIRA¹²) ou o advento das técnicas de mediação, conciliação e arbitragem (Mauro CAPPELLETTI¹³)

No terceiro e último capítulo se abordará a relação entre essas três dimensões do novo ramo (processo civil), que surge da transformação descrita na segunda parte: procedimento, processo e ação, que reflete a visão cartesiana para absolutamente todos os atos do processo, qualquer processo.

No presente ensaio, optou-se pela aplicação deste sistema histórico-dimensional ao trato da Tutela Provisória, cadeira ministrada pelo autor junto à UFSC. Mas que poderia ser aplicado a qualquer outro elemento fundamental do processo (cognição e fundamentação das decisões, execução forçada e recursos).

Afinal, dentro do parâmetro das três dimensões (procedimento/meio físico, o processo/método, ambos instrumentalizando a ação/satisfação), o que seriam as Tutelas Provisórias, senão cargas de eficácia da própria ação, vinculadas à cognição, mediante procedimento próprio.

Pela simples menção ao conceito de *cargas de eficácia*, como base do vínculo das Tutelas Provisórias ao sistema tridimensional, já se desdobram os marcos teóricos que perpassam por Araken de ASSIS¹⁴, PONTES DE MIRANDA¹⁵ que prestigiam o efeito concreto das tutelas no mundo real como critério de classificação, bem como Egas Dirceu MONIZ DE ARAGÃO¹⁶ que trabalha raciocínio semelhante, mas não pela perspectiva da ação, e sim pela da decisão.

¹¹ *Instrumentalidade do Processo*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993.

¹² *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1984.

¹³ *Acesso à Justiça*, 1ª ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.

¹⁴ *Manual da Execução*, 18ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

¹⁵ *Tratado das Ações*, Vol. 1, 1ª Ed., Bookseller, São Paulo, 2016.

¹⁶ *Sentença e Coisa Julgada*, 4ª Ed., Aíde, Rio de Janeiro, 1992.

O objetivo do tema abordado nesse trabalho, ainda que com abrangência epistemológica muito ampla, se restringe a uma análise histórico-evolutiva dos institutos, para facilitar a compreensão (e o senso crítico) das novidades técnicas e viabilizar (visualizar) a sua localização dentro de um sistema processual, comunicando-o com as demais cadeiras de processo civil, com ênfase na sua aplicação no mundo real, sempre se baseando nos entendimentos (ainda que contraditórios e vacilantes) dos tribunais.

Com isso se afasta a impressão dominante de que as cadeiras de processo civil tratam de assuntos muito diferentes entre si, onde o aluno não visualiza uma continuidade lógica, como se fossem autônomas, estanques, tanto internamente como em relação às demais cadeiras da área jurídica. Atualmente, há uma opinião corrente de que as cadeiras de processo civil I, II, III ou IV tratam de questões tão diferentes entre si, quanto de contratos, obrigações, empresarial ou tributário.

Esse é, afinal, o objetivo dessa dissertação. Encontrar um ponto em comum entre as diferentes dimensões do processo civil brasileiro a fim de viabilizar uma compreensão sistêmica que permita ao magistério ensinar melhor o processo civil e em menos tempo. Tudo isso temperado por uma bibliografia acessível, sem perder a referência dos clássicos. Mas, reafirme-se a advertência inicial desta introdução: o objeto do presente estudo é menos sobre os conceitos processuais, meras ferramentas que são, e mais sobre raciocínio e didática de ensino processual.

CAPÍTULO I: CRISE DO JUDICIÁRIO E A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

1.1 Delimitação do problema: origens da crise do ensino jurídico (a falta de sintonia didática entre o processo legislado, ensinado e praticado);

“Digo que a carne que estou exigindo, comprei-a caro, é minha e eu a quero: se ma negais, adeus às vossas leis! Veneza não garante seus decretos! Quero a sentença – vamos! Ela é minha? (William Shakespeare, O Mercador de Veneza, ato IV, cena I)¹⁷.

Existe o Código de Processo Civil, centro do universo do ensino processual, com seus 1072 artigos e quase o triplo disso em parágrafos, incisos e alíneas. Existe o professor em sala de aula, que busca em vão esgotar essa matéria quase infinita, com ênfase na *praxis*, afogando os alunos em conceitos desconectados de um plano geral. E existem os Tribunais, cientes de sua função uniformizadora do direito processual, mas que, contraditoriamente, não zelam pela sua própria jurisprudência, onde cada caso acaba sendo somente um caso mesmo, diferente dos demais, solucionando um e confundindo os demais.

Para superar essa desconexão entre lei, ensino e prática, é preciso primeiro estabelecer a premissa que deverá cercar o ensino do processo: a contextualização histórica, e a consequente análise das origens dos institutos a

¹⁷ In *Comédias e Romances (Teatro Completo)*, Vol. 2, ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2009.

serem ensinados, e que traduzem as tendências comuns que agrupam os sistemas, como ocorre, por exemplo, na separação da *Civil Law* (de índole Romano-Germânica) em relação à *Common Law* (vinculado às origens saxônicas), ali nos idos do século XV. Daí surge o conceito de “*famílias jurídicas*” preconizado por René DAVID¹⁸.

Segundo GILISSEN¹⁹, existem duas formas de se analisar o Direito sob a perspectiva histórica. Localizá-lo dentro de seu próprio país, com um enorme ganho de especialidade dos estudos (v.g. Direito Espanhol, Direito Francês ou Alemão); ou inseri-lo em um contexto “*geográfico e cronológico mais vasto, como, por exemplo, quadro europeu ou mesmo o quadro universal*”, perdendo em profundidade mas ganhando em abrangência.

Contudo, ainda que importante, a análise histórica também mereceria uma ressalva epistemológica, um acordo semântico acerca da expressão “*sistemas*”, de origem matemática, mas que não possui o mesmo sentido em ciências humanas. O direito, como se sabe, não é matéria exata, ou possui parâmetros previsíveis como as ciências da natureza. Ele é, como a sociedade na qual ele se insere, verdadeiro organismo vivo, onde o parâmetro fundamental reside na compreensão do fenômeno humano:

É indispensável, no entanto, ter presente que essas tentativas de formação de sistemas, no que diz respeito ao direito, devem ser recebidas com certas reservas, pois o fenômeno jurídico, como se dá em todas as expressões culturais formadoras das ciências do espírito, é um ramo do saber humano que não se harmoniza com o conhecimento sistemático, próprio das ciências da natureza.”²⁰.

Assim, para os fins deste trabalho, o mais importante é ter em mente

¹⁸ *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporâneos*, trad. da 2ª ed. francesa, Madrid, 1968, p. 10 e ss.

¹⁹ GILISSEN, John: *Introdução Histórica ao Direito*, 2 ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995, p. 9.

²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio: *Teoria Geral do Processo*, 5ª ed., 2009, p. 11.

uma sequência histórica objetiva (já que se trata, aqui, de didática), voltada para a compreensão das origens do processo civil moderno.

Para GILISSEN²¹, o processo civil moderno encontra sua base histórica no eixo evolutivo do direito romano (especialmente sua fase final, com o *Codex Juris Civilis*), do direito medieval (especialmente o das monarquias germânicas com o *Codex Juris Canonici*), e a sua posterior separação com o sistema da *common law*.

Essa linha básica do tempo do Direito, aplicada ao ensino jurídico, se inicia com as três fases do direito romano (respetivamente séculos VII ac, II ac e III dc), encontrando seu auge no Código Justinianeus (séc. V), sua gradativa imbricação com o Direito Canônico (séc. XII), a separação entre o direito continental e a *common law* (séc. XV) e a perda da influência religiosa, rumo à laicização dos Estados, a partir do século XVI, tendo a revolução francesa como seu marco mais ilustrativo, ali no séc. XVIII²².

Ao abordar uma das maiores criações da alta idade média, as faculdades de direito, a Profa. Cássia PEREIRA corrobora esse conceito²³:

Portanto, adentrar nos acontecimentos dos séculos XII, XIII e XIV para se fazer um estudo dos motivos que levaram a sociedade medieval, a ansiar pelo espírito da liberdade e pela estruturação de suas instituições políticas, religiosas e educacionais nos séculos seguintes, se faz necessário entender que nos séculos anteriores, este movimento já vinha ganhando força e que de várias formas, resultou nas grandes modificações vividas por esta sociedade medieval.

Assim, o primeiro fator a ser considerado para identificar a história do processo é, recuando às suas origens, compreender a influência do direito

²¹ *Op. cit.*, p. 17.

²² TUCCI, *op. cit.*, p. 39.

²³ *AS Origens Medievais do Ensino do Direito em Bolonha (século XIII)*, Dialética Editora, São Paulo, 2020, p.8.

romano, que encontrou seu fim formal no século V, mas sobreviveu quase simbioticamente com outras influências a partir da queda de Bizâncio, encontrando um eixo de ensino comum: a Igreja como elemento catalisador da preservação do aprendizado romano, com a influência medieval, permitindo a unificação de um único padrão mesmo em povos tão diferentes:

Gilson explica que o império romano, ao ruir frente às incursões nômades, sofreu o impacto da devastação em sua política e cultura, e os reflexos em toda a Europa se fizeram presentes. Podemos citar a Grã-Bretanha, por exemplo, que por sua própria condição geográfica, ficou isolada e vulnerável a toda sorte de ataques bárbaros, o que resultou em prejuízo para seu desenvolvimento intelectual, por conta da presença bárbara que era desprovida de conhecimentos teóricos. Só que a Igreja, enquanto instituição que permaneceu neste cenário preservou em algumas dessas regiões a cultura latina, o que garantiu, apesar das destruições, a preservação e a produção de reflexões. Por isso, a história dos séculos XII, XIII e XIV não começou com base no legado do feudalismo, mas antes disso o processo educacional já tinha alcançado uma considerável produção e um saber existente e a Igreja conseguiu assim educar povos distintos²⁴.

Ele foi o pilar principal de sustentação da educação jurídica em toda a idade média, através dessa troca de influências, lenta e paulatina, do *Codex Juris Civilis*, do século V e o *Codex Juris Canonici*, do século XII, onde se identificam a presença de um no outro, seja na estrutura do processo (que da *executio* passou a ter sua *cognitio*), como consequência da ética religiosa que buscava soluções mais brandas.

²⁴ *Op. cit.*, p. 9.

Dotado de uma profunda praticidade, intuitivo e, por isso, facilmente assimilável, o Direito Romano entremeou o Direito Medieval e, dentro deste último, a moral cristã, permitindo aos magistrados ir além da letra fria da lei, como interpretou SHAKESPEARE, na obra *O Mercador de Veneza*.

A citação que emoldura o pórtico deste capítulo narra a exigência do judeu Shylock pela carne de Antônio, o mercador, por conta de dívida pecuniária. O juiz trata a lei antiga (romana) que alguns autores tratam como a estatização da vingança privada, adaptando-a às modernidades da alta idade média, com grande influência cristã que, impõe uma interpretação voltada para a misericórdia.

TUCCI²⁵ esclarece que o direito romano, especialmente na *Ordo Privatorum*, não conheceu a plena responsabilidade patrimonial. De fato, havia grande liberdade para contratar, podendo as partes comprometer, inclusive, a sua própria existência física. O conceito de penhora privada viria no direito germânico, mas não menos agressivo. A execução, tanto física, quanto patrimonial, eram sempre a cargo do credor, influência da *lei antiga*, tão bem captada por SHAKESPEARE.

Por isso, já no Direito Medieval, o magistrado não se limitava a aplicar o dispositivo legal (“*a lei antiga*”), por vezes injusto. Ele supria as lacunas, corrigia as injustiças, abrandava a sua cruel rigidez (nova moral canônica). Daí a solução encontrada por SHAKESPEARE no julgamento de Antonio, o *mercador de veneza*:

“Esta caução não lhe concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: ‘uma libra de carne’. Toma, pois, o que te concede o documento, pega tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza,

²⁵ *Lições de História do Processo Civil Romano*, ed. RT, São Paulo, 1996, p. 42.

serão confiscados em benefício do Estado.” (ato IV, cena I)²⁶.

A solução encontrada pelo Doge de Veneza ao julgar a controvérsia, demonstra claramente a influência do Direito Canônico, mais preocupado com a salvação das almas (e também visivelmente cristão e anti semita), do que a literalidade do Direito Romano (*medida por medida*). Ao final, a unicidade legislativa romana foi diluída na diversidade dos direitos nacionais das realezas germânicas²⁷.

Mas se na aplicação do direito material havia liberdade, por influência do direito pretoriano romano, o mesmo não acontecia nas formas. E, neste ponto, o Direito Canônico, litúrgico por definição, implementou ritos ainda mais complexos.

Moacyr AMARAL SANTOS, citando GAIO, narra a conhecida história do pretor romano que negou à parte o direito, em função da declamação negligente da peroração inicial, na qual o advogado (*ad vocatus*) citou as videiras (*vites*), objeto do processo, deixando de mencionar o termo literal da Lei das XII Tábuas, que se referia genericamente a *arbor*²⁸.

De qualquer forma, encontram-se tais características e influências muito claras no romance SHAKESPEARE. Quando ele se refere à *lei antiga*, trata da primeira fase do Direito Romano: a da *legis actiones*, onde o procedimento se dividia em duas fases distintas, a *in iure*, perante o pretor no momento da execução, chamada de *apud judicem*, de natureza privada²⁹.

Não que a *ordo privatorum*, que se seguiu à *legis actiones*, tenha alterado substancialmente este procedimento. Foi na última fase, a da *cognitio extra ordinem*, quando se oficializou a jurisdição como um todo, é que ambas as fases do procedimento se tornaram encargo exclusivamente estatal.

²⁶ *In Comédias e Romances (Teatro Completo)*, Vol. 2, ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2009.

²⁷ *Op. cit.*, p. 87

²⁸ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1, 25ª ed., p.39.

²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz, *Op. cit.*, p. 42

Três fases distintas, portanto, a do período antigo (*legis acciones*, dos primórdios de Roma até o século II a.c.); a *ordo privatorum* (formular, que avançou até o séc. III d.c.); e a da cognição extraordinária (*cognitio extra ordinem*), que avançou até o *Codex Juris Civilis* (o Código de Justiniano, que tudo sistematizou e compilou), já no século V, contemporâneo do fim de Roma, pelo menos enquanto civilização ocidental.

Mas naquilo que importa à ilustração shakesperiana acima, é que essas três fases romanas construíram - e o direito medieval preservou - todas as características essenciais do originário procedimento dividido em duas partes claras, uma de índole cognitiva (*jurisdictio*), outra, de natureza executiva (*imperium*).

Nasciam neste momento, dois elementos primordiais para a compreensão do direito processual civil: a divisão entre cognição e execução (ambas estatais), e, de forma mais sutil, uma jurisdição que se formalizava através de duas ações, a declaratória e a condenatória.

O próprio Código de Justiniano concebeu esse direito à declaração como *potestativo*, e, portanto, autônomo em relação ao direito material. Vale dizer, tal código concebeu o moderno conceito de ação processual, em contraposição à antiga ação de direito material³⁰. Uma evolução processual em plena era procedimental, tal Código influenciou as Ordenações do Reino e as modernas codificações do processo português, tudo advindo de um dos mais improváveis imperadores romanos³¹.

No entender do ilustre professor da Universidade de Coimbra, Antunes VARELLA, foi somente nos idos de 1876, quando o movimento

³⁰ *Institutas do Imperador Justiniano*, ed. RT, trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, SP, 2000, p. 326.

³¹ Abram-se parênteses para uma observação exclusivamente histórica, sem abordagem processual, mas que por si só já despertaria interesse no chamado Código de Justiniano, um dos diplomas mais citados e menos estudados ao longo dos cursos jurídicos. Flavius Petrus Sabbatius Justinianus, talvez o mais improvável dos imperadores romanos, era adotado, inculto, nascido fora de Roma, casado com Teodora, de baixa extração social, e quis o destino que, sob seu império, houvesse um grande ressurgimento intelectual e artístico, a reconquista do norte da África, da Espanha e até da península itálica assombrada pelos Ostrogodos, e terminou seus dias como o grande sistematizador do Direito Romano. *Op. Cit.*, p.6.

codificador (de natureza liberal) prevaleceu sobre a resistência da escola *histórica*, que o livro 3º das ordenações, de inspiração medieval, cedeu espaço aos novos valores processuais³², conforme se verá, com maior abrangência, no item seguinte.

Observe-se atentamente o pano de fundo do presente capítulo: narrativa histórica emoldurada por literatura e ilustrada pela humanização dos personagens. Elementos didáticos indispensáveis para o ensino do direito processual.

1.2 A contaminação do pensamento processual pela visão procedimental (análise histórica) e a necessidade do distanciamento eficaz do direito material;

“Esta é a corte de justiça que tem casas decadentes e terras estéreis em cada condado; que tem seus malucos alquebrados em cada hospício e seus mortos em cada cemitério; que tem seus demandantes arruinados; que dá aos poderosos endinheirados os meios abundantes de fatigar o direito; que entre os seus profissionais não exista homem honrado que não dê o seguinte conselho: ‘Suporte toda e qualquer injustiça que lhe hajam feito, ao invés de vir pedir justiça aqui!’” (Charles Dickens)³³

A citação que serve de pórtico a este capítulo não é recente. São

³² *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 29.

³³ *A Casa Soturna*, ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, trad. Oscar Mendes, 1985, p. 9.

mais de 170 anos desde que Dickens publicou *A Casa Soturna*, reconhecido como seu melhor romance, crônica fiel de uma Inglaterra vitoriana. Os súditos de Sua Majestade vivendo sua revolução industrial a pleno vapor, senhores de um império colonial “*onde o sol nunca se punha*”³⁴, tal sua vastidão. Uma potência sem igual, mesmo para os padrões atuais.

Mas é perceptível que antes, como hoje, o Judiciário sofria das mesmas mazelas e uma crise em comum com os tempos atuais, o excesso de tempo processual. Mas por causas diferentes. A Inglaterra do início do século XIX possuía quase 50% de analfabetismo³⁵, e uma taxa de pobreza e miséria que beirava 70% da população³⁶. Com tão poucos jurisdicionados com bens, dinheiro e aptos a contratar e litigar, como o Judiciário inglês poderia ter problemas em relação ao tempo processual?

E não era um fenômeno exclusivo do Reino Unido. Victor Hugo, em 1840, descreveu situação idêntica na França, iguais em tudo e por tudo. Sua obra *Os Miseráveis*, equipara, em seu pano de fundo, o perfil judicial semelhante nos dois lados do Canal da Mancha. Elitista, segregador, o sistema judicial permitia poucas pessoas aptas para o litígio dentro de tribunais lentos. Uma equação que só encontra um resultado claro quando se insere neste quadro o enorme cipoal de ritos e procedimentos:

“Era um camponês rude. Assustado. Negava ser Jean Valjean. Garantia não ser ladrão. Encontrara o galho da árvore já arrancado e aproveitara para ficar com as maçãs. Não havia invadido o pomar de ninguém. O advogado de defesa mal tinha o que fazer. O promotor falou de sua vida passada. Do roubo da moeda de prata de um menino. O acusado quis se

³⁴ Da expressão inglesa *the sun never sets on the British Empire*, da era Vitoriana, que tornou popular uma referência antiga e que remonta ao império persa, citada por Heródoto, e repetida em relação aos reinados de Carlos V (Habsburgo) e Felipe II de Espanha.

³⁵ VINCENT, David. *Alfabetização e Desenvolvimento*, in Revista Brasileira de Educação, v. 19, n. 58, jul-set 2014, p. 543.

³⁶ BRESCIANI, Maria Estella M., *Londres e Paris no Século XIX: o Espetáculo da Pobreza*, ed. Brasiliense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1996, p. 26.

*defender. Garantiu ter sido carpinteiro em Paris. Teve uma filha lavadeira que morreu. O juiz lembrou que seu suposto empregador havia falido e não fora encontrado. Além disso, já fora reconhecido, inclusive pelo inspetor de polícia Javert. (...). O juiz ia terminar o julgamento.*³⁷

Não se trata de mera ilustração. É crônica de um observador privilegiado do século XIX, mais especificamente dos procedimentos junto à justiça daquele quadro de tempo. Os trechos citados de Dickens e Hugo se completam no tempo e espaço. Mas para compreender essa crise do Judiciário no século XIX, é fundamental que se faça uma ressalva: a influência, no direito processual brasileiro, da fusão do direito romano clássico com o direito medieval.

Várias outras referências literárias à Justiça no século XIX, algumas contemporâneas, como em BEAUDELAIRE³⁸, outras sob a perspectiva do tempo, como Walter BENJAMIN³⁹ e, mais recentemente, HOBSBAWN⁴⁰.

Mesmo observador mais desatento encontraria facilmente no direito processual os elementos que o ligam diretamente ao Direito Romano. E não estaria equivocado. Existe realmente uma ligação dentro das *familias* preconizadas por René DAVID⁴¹, mas seria impossível compreender o fenômeno histórico por completo, sem observar adequadamente a influência do Direito Medieval.

Como já se disse, a sequência histórica entre o *Codex Juris Civilis* romano (séc. V) e o *Codex Judex Cacnonici* (século XII), não se traduz por momentos estanques entre si, divorciados completamente, como se se tratassem de civilizações diferentes. Há que se observar o quanto um está imbricado no outro.

³⁷ HUGO, Victor, *Os Miseráveis*, trad. Walcyr Carrasco, ed. FTD, p.35.

³⁸ *Les Fleurs du Mal*, Paris, Librairie Générale Française, 1972.

³⁹ *Paris, A Capital do Século XIX*, São Paulo, ed. L&PM, 2016.

⁴⁰ *A Era dos Impérios*, ed. Paz e Terra, São Paulo, 2019.

⁴¹ *Apud* Baptista, Ovídio, *et ali*, Teoria Geral do Processo, 5ª ed., 2009, p. 11.

É preciso ter claras as transformações sociológicas que conduziram o direito romano ao longo de suas três fases, de uma sociedade politeísta a um império essencialmente católico, em seus últimos dias.

Isto é, houve uma transição lógica entre a família do direito romano e seu último suspiro, o *codex juris civilis*, já derivado de compilações anteriores ordenadas por imperadores que já eram católicos, como Teodósio e Constantino; e a nova família do Direito Medieval, através de seu *codex canonici*, que, baseado nas premissas romanas já católicas, através daquilo que Ovídio BAPTISTA chamou de *revolução silenciosa*⁴²:

“É indispensável, portanto, considerar, quando se busca determinar as raízes romanas de nosso processo civil, que a herança que nos foi legada corresponde ao direito dos imperadores católicos do Imperio Romano, a partir de Constantino. Trata-se, com efeito, de uma revolução silenciosa, impercetível à primeira vista, uma vez que os legisladores romanos, ao invés de repudiarem as instituições e os princípios peculiares ao genuíno direito romano clássico, conservaram-nos como se o novo direito, mesmo se valendo de categorias e instituições próprias do direito romano clássico, transformava-lhes profundamente o sentido.”

Por isso, alguns autores chamam o período medieval de *romano-canônico* e não apenas de *canônico*.

Respaldado em Biondo BIONDI, romanista contemporâneo, ele conjuga três fatores mais antigos do que se imaginaria nos livros de história, e que influenciaram o direito por toda a idade média: a) a afirmação do poder monárquico absoluto, desde os imperadores romanos do oriente; b) a decadência da ciência e da cultura em geral pela desagregação do Império Romano,

⁴² *Op. cit.*, p. 17.

especialmente na Europa, o que evidentemente refletiu sobre a formação do direito; e c) a crescente influência da moral cristã, o grande elemento catalisador da transição entre o direito romano e o medieval⁴³.

Essas novas premissas religiosas produziram outras categorias processuais, harmônicas com a moral (SHAKESPERARE), dentre elas, v.g., o chamado *favor debitoris*, como premissa de análise judicial segundo a qual o devedor sempre se encontrava em situação de inferioridade. Segundo JHERING, com fina ironia, “*a história da culpa é uma abolição constante*”⁴⁴.

Assim, este abandono das antigas formas de execução pessoal e da própria escravidão por dívidas, em favor da execução puramente patrimonial, que, antes, eram mais vantajosas ao credor, provocou substanciais alterações na estrutura do processo civil, ditando tendências que permanecem até hoje, sob a nova denominação de *garantismo*⁴⁵.

Sob a lente da História, tudo se comunica.

Pode-se dizer que o direito medieval também influenciou o direito moderno, na medida em que trouxe, em segurança, os conceitos da *actio* do direito romano (que por sua vez já havia substituído os interditos), adicionando a ou procedimento outros conceitos hoje renascidos como “*modernos*”: a oralidade e a execução de título extrajudicial que, pela natureza do título, dispensava a cognição prévia (fruto da fusão de uma Roma decadente, com o comércio ascendente).

LIEBMAN relembra, em seu *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, que o Direito Germânico concebeu uma única *actio*, incidental à execução, hoje denominada de embargos, na qual – outra novidade germânica – era o juiz quem distribuía o ônus probatório⁴⁶.

⁴³ *Idem*, p. 18.

⁴⁴ GILISSEN, John, *Op. cit.*, p.35.

⁴⁵ BAPTISTA, Ovídio, *op.cit.*, p. 20.

⁴⁶ Bestbook Editora, 2004, SP, p. 48.

Mas o direito medieval não era homogêneo por toda a Europa. Se a oralidade, a precedência da execução sobre a cognição e até mesmo uma eventual inversão do ônus da prova, eram preceitos firmes nos povos germânicos, é importante frisar que em outras paragens o direito romano ainda se sobrepunha aos conceitos canônicos.

Ocorreu que o édito do *codex canonici*, no século XII, é contemporâneo à formação do primeiro estado absoluto, Portugal, em 1112, onde a influência do *codex civilis* de Justiniano prevaleceu, impondo seus conceitos originários de um processo predominantemente escrito, a cognição precedendo à execução, e o ônus da prova totalmente voltado para o autor.

Segundo Ovídio, o procedimento português não previa qualquer forma de julgamento antecipado, “*outorgando ao autor algum benefício processual, relativo à demanda, sob forma de liminar, já que este tipo de tutela, por si só, quebraria a ordinariade*”⁴⁷.

A conclusão é que o direito medieval ibérico, pela sua unificação política antes de qualquer outro estado europeu, enquanto estados absolutos, somada à sua distância física do direito germânico, criou uma nuance diferente no espectro de influência do *codex canonici*.

O mesmo Ovídio BATISTA, em outra obra magistral⁴⁸, resume esse conceito e suas consequências práticas no direito português:

“Pode-se dizer, então, resumidamente, que o direito processual civil português formou-se, em suas origens, de algum parco material germânico consuetudinário, associado ao direito romano tardio, das compilações de Justiniano, que, como se disse, era já um direito romano-cristão, profundamente diverso, em seus princípios, do direito romano

⁴⁷ *Op. Cit.*, p. 26.

⁴⁸ *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, 2ª ed., RT, SP, 1997, p. 28.

clássico.”

Toda a legislação portuguesa, compilada posteriormente em *ordenações*, chegou ao direito brasileiro através de um primeiro arremedo de código, o *Livro das Leis e Posturas*, em 1211, firmadas por D. Afonso II, totalmente baseado em fontes romanas. Situação posteriormente consolidada, a partir do século XV com a edição das *Ordenações Afonsinas* (1447), seguida das *Manuelinas* (de 1521) e a mais importante, as *Filipinas*, editadas em 1603, quando Portugal e Espanha se encontravam unificados sob o pálio da *União Ibérica*.

E não é mero detalhe esclarecer a enorme influência desta última sobre o direito brasileiro, já que vigeram no Brasil por nada menos que três séculos, sendo revogadas somente com a promulgação do Código Civil de 1916(!).

Apesar de promulgado já no século XX, o Código Civil exprimia uma realidade totalmente oitocentista. É, portanto, o século XIX que merecerá mais atenção.

1.3 Premissa metodológica: a transformação do procedimento secular em método processual.

“BONASERA: Estou a pedir Justiça.

DON CORLEONE: O Tribunal já te deu justiça.

BONASERA: Olho por olho!

DON CORLEONE: Mas a tua filha ainda está viva.

BONASERA: Então faça-os sofrer como ela sofre.

DON CORLEONE: (...). Muito bem, a Polícia protege-te, há Tribunais, por isso não precisas de um amigo como eu. Mas agora vens até mim e dizes Don Corleone, tem de me fazer justiça. E não pedes com respeito, ou amizade. (...).

BONASERA: A América tem sido boa para mim...

DON CORLEONE: Então aceita a justiça do juiz, o amargo com o doce. Mas se vens até mim com a tua amizade, com a tua lealdade, então os teus inimigos tornam-se os meus inimigos, e então, acredita-me, eles vão temer-te...

BONASERA: Seja meu amigo.

DON CORLEONE: Muito bem. De mim terás Justiça.”

(Mario PUZZO e Francis Ford COPPOLA)⁴⁹.

Não eram apenas os cronistas oitocentistas que criticavam o judiciário. Já na segunda metade do século XX, a insatisfação prosseguia na literatura e até na sétima arte, o cinema. A magistral cena de abertura do filme homônimo do roteiro de Mario PUZZO, que serve de pórtico ao presente capítulo, ilustra uma segunda crise do Judiciário, com motivações diferentes daquela do século anterior.

Aqui, o diagnóstico era outro. O filme *The Godfather* é contemporâneo do estudo levado a cabo por Mauro CAPELLETTI e Bryan GARTH⁵⁰, que compilaram um enorme esforço estatístico da Justiça Italiana, denominado *Projeto Florença*. Os enormes saltos de qualidade de vida no período pós-guerra, as políticas sociais mais eficientes no trato da pobreza e um gigantesco salto educacional, geraram uma explosão de consciência e cidadania que atulharam os tribunais, imobilizando-os. Algo similar ocorreria no Brasil, quase duas décadas depois, com a Constituição de 1988.

Mas lá, no século XIX, a crise não era de excesso de processos. Era de administração de centenas de ritos, com diferentes prazos, atos e cognições.

Cândido DINAMARCO⁵¹, baseado em LIEBMAN, revela que “o

⁴⁹ Tradução livre do roteiro do filme *The Godfather*, baseado na novela de Mario Puzo, 1969, cena I, cujo original pode ser encontrado em https://socreate.cdn.prismic.io/socreate/e31ef32f-26ee-4de0-9957-712a7d64db8b_Godfather.pdf

⁵⁰ *Acesso à Justiça*, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, Porto Alegre.

⁵¹ *A Instrumentalidade do Processo*, 4ª ed., SP, 1994, p. 17.

influxo racionalista do 'século das luzes' haveria de permitir, também nesse campo, a visão de fenômenos que durante todo o curso da história das instituições permaneceram ocultos à percepção dos juristas". Vale dizer, as transformações na economia (a revolução industrial já tratada acima) e na política, desde a Revolução Francesa, haviam estabelecido terreno fértil para a alteração da fórmula das relações entre o jurisdicionado e o Estado.

Ele mesmo trata o ensino no século XIX, com cadeiras denominadas de *direito judiciário* como “*mera 'procédure'*”, utilizando-se do vocábulo francês para exprimir um *minus* daquela visão praxista em relação às necessidades impostas pelas carências da estrutura jurisdicional.

E foi neste clima de sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual, que gerou a crítica ao conceito civilista da ação:

“Primeiro questionou-se o tradicional conceito civilista da ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da 'actio' romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.⁵²”

Trata-se da primeira revolução que culminaria na própria autonomia da relação processual face ao direito material, baseada em Bernhard WINDSCHEID, que defendia essa evolução do material para o exclusivamente processual como uma necessidade epistemológica de inestimável repercussão prática.

Esse debate (polemizado com Theodor MUTHER), é que irá introduzir, em 1856, o seu livro *A ação do direito civil romano do ponto de vista moderno*. Divergiu dos civilistas, em especial de Friederich SAVIGNY, segundo

⁵² *Op. cit.*, p. 18.

o qual a ação era tão somente o resultado de uma lesão a direito material.

James GOLDSCHMIDT relembra que, antes, o direito processual era chamado de *judicial (Justizrecht)*, o que o vinculava (e ainda vincula) ao direito público, muito distante do direito civil que, justamente, visa atuar. Daí nasce a base teórica da autonomia entre direito processual e material. Para os alemães, o processo é essencialmente uma relação entre partes e Tribunal, referindo-se a BÜLLOW; ou bilateral, apenas entre as partes, citando KOHLER.⁵³

Ao desvincular o conceito de ação do direito civil, e torná-la abstrata, proclamou sua autonomia e permitiu enriquecer o novo ramo que surgia, com o estudo de fatos e situações exclusivas do processo que não encontrariam explicação pelo direito material, mas pelo novo direito processual.

MUTHER aceitava que havia diferenças entre as ações romana e germânica (*klage*), mas insuficiente para divorciar tais conceitos, dada a relação entre ação e lesão ao direito material⁵⁴.

Mas o importante para o presente trabalho, voltado mais para a didática do que para conceitos processuais, as divergências entre WINDSCHEID e MUTHER se focavam na observação do fenômeno da *actio*, revelando duas perspectivas diferentes de um mesmo conceito. De qualquer forma, ambos divergiam dos civilistas (como Savigny), concebendo um direito à jurisdição interligado a um procedimento, significando a ação como direito à jurisdição mediante procedimento, ambos de caráter público e autônomo.

Desta polêmica resultam os estudos de Oskar BÜLLOW e Adolf WACH que, apesar de não terem criado a ideia de uma relação jurídica autônoma, ambos a racionalizaram e desenvolveram. Esta inovação racionalizadora teve por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico, a partir da visão de duas realidades distintas, entre a relação jurídica processual e a

⁵³ *Direito Processual Civil*, trad. Ricardo Rodrigues Gama, Juruá Editora, SP, 2003, p. 16.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Malheiros, SP, 1999, p. 20.

relação de direito privado⁵⁵.

Existe, ainda, influenciando o nosso código, uma fase procedimentalista, que é tão importante, tão arraigada no inconsciente coletivo de um estudante de direito, que geralmente não se consegue visualizar de outra forma.

A ênfase no fluxo procedimental é mais didática por que se compreende essa lógica rapidamente, mas essa lógica é tão simples que não serve para atingir passos mais profundos, e ao não permitir o acesso ao sistema, isso provoca acomodação. Você tem de parar de olhar para o direito material e começar a enxergar o direito processual; e dentro do direito processual, deve parar de olhar o procedimento e olhar o processo.

Essas conclusões dos mestres alemães e austríacos que, com uma ou outra discrepância, convergiram para a cultura do processo em detrimento dos procedimentos milenares, com a conseqüente autonomia entre direito processual e material (especialmente o civil), influenciaram decisivamente o direito brasileiro.

Isto porque o sistema processual brasileiro do século XIX, vinculado às Ordenações Filipinas, seguia à risca o modelo europeu, herdado do Direito Canônico-Medieval e Romano. Vale dizer, um processo vinculado ao direito material, excessivamente procedimental, com previsões de ações no bojo das leis que regulavam as relações civis.

Foi um comando contido no art. 179, XVIII, da Constituição de 1824 que impôs, inclusive, uma urgência à tramitação do novo Código Civil (*“organizar-se-á quanto antes um Código Civil...”*), que ainda traria, em sua estrutura as ações processuais então existentes. Nem se cogitava de um código de processo.

Era o tempo das ações vinculadas ao direito material, com farta utilização do sufixo *“ória”*. Direito (material) à uma quitação? Consignatória.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido. *Op. cit.*, p. 18.

Direito ao cumprimento de obrigação contratual? Cominatória. Direito a adjudicar um bem? Ação de Adjudicação Compulsória (adjudicatória). Posse? Possessória. Propriedade? Reivindicatória. Indenização? Indenizatória. Um costume antigo que ainda assombra o ensino moderno do direito processual civil⁵⁶.

Mesmo aprovado já no século XX, o Código Civil incorporou a influência oitocentista, especialmente o liberalismo jurídico e burguês do Código de Napoleão, de 1804 (!).

Vigia, então, o sistema chamado posteriormente de *immanentista*. Onde o direito processual estava inseparavelmente contido no material. Isto ficou muito claro no texto do do art. 75 do Código Civil de 1916, segundo o qual “*A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.*” O artigo retrata essa vinculação direta em um direito - qualquer direito -, e uma ação respectiva e a ele vinculada.

Este código, apesar de aprovado somente em 1916, com vigência a partir de 1917, começou a tramitar em 1855 (através da compilação legislativa de Teixeira de Freitas), pouco depois da vigência do Código Comercial, aprovado após 15 anos (o Civil demoraria 66 anos para a sua vigência), o que retrata, portanto, uma era pré-processual enquanto ramo autônomo do direito.

Não existia código de processo; existia um mero código de material que previa em capítulos apartados o procedimento judicial respectivo (imaneante). Isso se refletia até mesmo no ensino. Não havia cadeiras de processo civil, mas de Prática Forense ou seu conseqüente teórico, o direito judiciário (na Itália, o direito jurisprudencial).

Apenas para exemplificar a era immanentista, basta citar o art. 501 daquele Código:

⁵⁶ Até a entrada em vigor do Código Civil em 1917, reinava grande confusão no âmbito do direito privado brasileiro – para muitos um emaranhado caótico em que vigiam institutos do direito romano e canônico, as Ordenações Filipinas, compilação feita em 1603, durante a União Ibérica, inúmeras leis extravagantes, muitas das quais contraditórias e, ainda, o direito de outros países, subsidiariamente aplicado no Brasil pelos dispositivos da Lei da Boa Razão. In JUNQUEIRA, Eduardo, FGV, cpdoc.fgv.br.

“O possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito.”

Poderá “*impetrar*”, convenha-se, não seria o tratamento legislativo compatível com o direito material. Revela o processo por trás dele. Até o final do século XIX, havia um direito material e dentro desse direito material, regras procedimentais.

Observe-se, ainda, o art. 972, do mesmo Código de 1916: *“Considera-se pagamento, e extingue a obrigação o depósito judicial da coisa devida, nos casos e forma legais.”* Este Depósito “*judicial*” revela mais um aspecto processual por trás do direito material, concebendo a ação de consignação em pagamento para fins de realizar o direito material à quitação de obrigação pecuniária. Mais normas processuais no corpo do direito material.

É natural, portanto, que o código de processo civil hoje ainda traga um livro dessa época: o Capítulo III do Livro I (parte especial), de Procedimentos Especiais. Por isso eles não são propriamente processo – esse capítulo está à margem do sistema, porque ele reflete uma realidade pré-processual.

Ainda que procedimentalmente a ele se apliquem regras, mas não se aplicam as regras do sistema. Tome-se como exemplo a questão possessória suscitada mais acima: *“É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.”*

Exemplo claro de influência, na *actio*, do sinalagma típico da relação de direito material. Hoje já é possível demandar em contestação pelo procedimento comum. Mas em 1916, o jurisdicionado teria que formular a reconvenção. Mas isso será objeto de estudo em seguida.

CAPÍTULO II – UMA TEORIA GERAL PARA O ENSINO DE PROCESSO CIVIL (AS TRÊS DIMENSÕES DIDÁTICAS).

2.1 A criação de um procedimento comum e a consequência sobre todo o sistema (criação e autonomia do direito material exigem epistemologia própria);

Toda a narrativa histórica do capítulo anterior convergiu para o ponto de inflexão do processo civil no século XIX. Neste momento o processo ainda era uma concepção teórica, algo que, em tese, retiraria o sistema judicial do cipoal de procedimentos, prazos e ritos desnecessários, a ponto dos primeiros estudiosos que se debruçaram sobre o problema serem civilistas (polêmica MÜTHER/WINDSHEID)⁵⁷.

Não era um raciocínio simples ou intuitivo. Era uma construção teórica praticamente do zero. Após dois mil anos de um profundo apego às formas e ritos, com alguns toques de oralidade, o Poder Judiciário estava afogado nos mais diversos procedimentos e prazos, de tal forma que simples adaptações já não mais seriam suficientes. Seria necessária uma concepção inteiramente nova para os padrões da época.

Já existiam, há muito, alguns conceitos exclusivamente processuais, com o da *actio*. Em realidade, desde o Código Justiniano (aliás, desde as Institutas de Gaio), já existia essa previsão que foi objeto de profundos estudos no direito germânico (*klage*)⁵⁸. Aliás, conceito advindo do direito romano (*judicium est actum trium personarum*), completamente distinto da bilateralidade típica do

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo*, Malheiros, SP, 1994, p. 18.

⁵⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 238.

direito material. As Ordenações do Reino expandiam esse conceito quando definiam: “*três pessoas são por Direito necessárias em qualquer juízo, Juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda (L. III, XXX, paragrafo)*”⁵⁹. Mas não era o suficiente para emprestar uma epistemologia própria a ponto de, por si só, criar um novo ramo de direito, o processual civil.

O próprio Código Civil de 1916 trazia em seu art. 76 aquela que talvez seja a mais processual das então normas materiais: “*Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral*”.

Era, portanto, necessária a criação de mais elementos exclusivamente processuais que apoiassem essa epistemologia, como o procedimento comum em detrimento dos especiais, a visualização do processo como método, em todas as suas nuances, da cognição à execução. Miguel REALE completa esse raciocínio e define “*método como processo ordenatório da razão*”⁶⁰; e a racionalização do uso do conceito de ação.

Dessa época de transição surgem alguns vícios e mitos que cercaram – e ainda cercam – a didática do direito processual civil: ainda hoje se ensina como no século XIX, sem visualizar essa autonomia, prestigiando apenas procedimentos e o direito material. O *praxismo* e o *materialismo*.

Esse primeiro vício é ancestral, atávico, romanista, e que observa apenas o procedimento, o corpo, sem constatar a existência de uma alma; olhar o globo ocular e não perceber o brilho nos olhos; ver a rosa, mas não sentir o perfume; enfim, boa parte da didática atual foca na receita e esquece o sabor.

Já o *materialismo* é mais sutil, sub-reptício. Ele preenche as lacunas do *praxismo*. Onde o procedimento não explica um fenômeno, busca-se o auxílio do direito material. O nome dado às ações pelos praxistas são o sintoma mais visível desse vício. Utilizam-se os mais variados verbos, como *ação de reconhecimento*, *ação de perdas e danos*, ou *revisional*. O recurso ao direito

⁵⁹ DINAMARCO, *op. Cit.*, p. 19.

⁶⁰ *Filosofia do Direito*, vol. I, 3 ed., Forense, RJ, p. 72.

material em detrimento do processual aparece até mesmo na finalidade da ação, voltando ao tempo das Ordenações Portuguesas, de índole imanentista, onde “*a todo direito corresponde uma ação que o assegura*”.⁶¹

É uma decorrência do praxismo. Como não se consegue atingir (enxergar) o fenômeno processual, o conhecimento fica repleto de lacunas, as quais se preenchem com o direito material, como sempre ocorreu. O processo civil fica, portanto, em um segundo plano, difícil de ser visualizado.

Há que se reconhecer que este pensamento não está equivocado, apenas deslocado no tempo e espaço. Não se pode perder de vista que a história do processo está intimamente ligada ao desenvolvimento das necessidades civilizatórias.

Da antiga vingança privada, vieram as primeiras disciplinas estatais para regular a *executio*, ainda que voltadas para os castigos corporais, cujo cumprimento ainda era pelo particular (*manus injectio*); posteriormente assumidas pelo Estado e abrandadas pela ética cristã; substituindo-se, após, a responsabilidade pessoal, pela patrimonial; abrindo-se gradativamente exceções (*exceptio*); que, por sua vez, cresceram a tal ponto de gerar a cognição prévia à execução; cognição esta que se espalhou pelos inúmeros direitos que acompanharam o constante desenvolvimento das sociedades, gerando o tal emaranhado de ações vinculadas a cada direito material no século XIX⁶².

Essa simples linha do tempo reflete mais de três mil anos onde o processo seguiu uma linha quase intuitiva entre as necessidades dos jurisdicionados, a vida em sociedade e a legislação processual. Quando esse sistema pautado pela constatação da realidade social como alavanca da evolução legislativa atinge o século XIX, o sistema se esgota sem soluções possíveis, devendo ser substituído, pela primeira vez, por um padrão não intuitivo.

Tal miopia impede o estudante de visualizar o processo em

⁶¹ Código Civil de 1916, art. 75.

⁶² MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. Cit.*, pp. 225 a 248.

detrimento de aspectos meramente procedimentais, desfocando, por exemplo, da capitulação de ações/sentenças, natureza e eficácia das tutelas, avaliação de provas (processo puro e aplicado) para se voltar para a estrutura dos atos, dos mandados, dos prazos.

Para piorar esse quadro, todas as codificações processuais brasileiras também focaram todos seus esforços no procedimento. Raríssimas são as referências legislativas a institutos e classificações processuais. E tudo se agrava quando, nas Faculdades de Direito brasileiras, nos concursos públicos e até no exame de ordem, a lei é o plano de ensino, como se o legislador estivesse comprometido coma didática.

LIEBMAN, já radicado no Brasil (lecionaria, em São Paulo, para Buzaid e Ada Grinover, dentre outros), dizia que procedimento é corpo, processo é alma⁶³. Essa frase reúne concisão, precisão, e uma impressionante licença poética.

Esse conceito não é mero detalhe, porque confundir processo com procedimento é como confundir altura e largura. Imagine-se um marceneiro contratado para construir um móvel, e ele ignore a diferença entre essas duas dimensões. É preciso, portanto, enxergar a evolução do processo civil, que é relação jurídica específica e possui uma formatação e regras próprias, diferentes do direito material e dos procedimentos.

Não se pode cogitar a teoria imanentista no atual estado do processo civil (direito processual imanente ao direito material), que dizia que a cada direito corresponderia uma ação. Havia um direito e uma ação – que só podia pedir aquele direito. Isso é característica do antigo Livro IV do CPC de 1973, onde se segregavam os procedimentos especiais (processos especiais no CPC de 1939) – um eco oitocentista no CPC.

Na virada do século XIX para o século XX havia os códigos

⁶³ BUZAID, Alfredo. *A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro*, in *Revistas da USP*, 1979, www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/6940588187

judiciários provinciais – hoje seriam estaduais. Neles existiam claras referências puramente processuais. Nos códigos do Pará (1904), São Paulo (1930) e Paraíba (1930) já se sentiam os avanços das Escolas, especialmente a de Recife, incluindo inovações radicais como o advento das ações declaratórias.

A primeira constituição republicana, de 1891, de nítida influência norte-americana, descentralizada, portanto, concedeu aos então Estados Unidos do Brasil, autonomia para legislar em processo através dos códigos judiciários. Apesar dos avanços, tais codificações ainda eram predominantes nas ações petórias e outros procedimentos.

O Brasil vivia uma dupla contradição. De um lado, um único Código Civil (1916), de outro, códigos provinciais, cada um com sua influência processual. O mais grave era ter um único código civil pleno de matérias processuais dentro deste de codificações fragmentadas.

Com o advento da constituição de 1932 e depois na de 1937, houve profundas alterações no pacto federativo, centralizando na União todos os poderes. Os códigos estaduais deram lugar ao primeiro CPC, em 1939. Um código encomendado por Francisco Campos, e de tramitação conturbada, que, de uma comissão de juristas, terminou com o solitário trabalho de Pedro Baptista Martins⁶⁴.

Sob evidente influência do Projeto de Chiovenda (1919), o anteprojeto daquele código buscava, justamente, a “*restauração da autoridade no processo*”⁶⁵. Ali começou a segregação dos procedimentos oitocentistas em um único livro próprio (Livro IV), estanque em relação ao procedimento comum, que corporificaria o processo dentro daquela codificação.

O magistrado Alexandre Delfino de AMORIM LIMA⁶⁶ atesta esse

⁶⁴ NUNES, Dierle *et al*, in SENADO FEDERAL, in Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, tomo 2, 2011, p. 93.

⁶⁵ PROCESSO ORAL, 1ª série, Rio de Janeiro, Forense, 1940, p. 230.

⁶⁶ *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*, Saraiva, São Paulo, 1941, 2º vol., p. 1.

caráter *excepcional* que o CPC/39 emprestou aos procedimentos:

Abandonou o Código a velha tricotomia das ações ordinárias, sumárias e sumaríssimas, adotando um só procedimento para todas as ações não reguladas expressamente. É o que ele denomina processo ordinário, rito comum para todas as causas em geral, ainda as de mais ínfimo valor. Os processos especiais são criados excepcionalmente, tendo-se em vista, não o valor da causa, mas a natureza da matéria em debate.

Note-se a intenção do legislador em deixar o século XIX para trás, instrumentalizando o processo, enquanto método, através do procedimento comum (*para todas as causas em geral*). O que era regra, virou exceção.

À medida que o processo civil brasileiro evolui, segue absorvendo procedimentos especiais, especialmente no CPC de 1973, sob a condução de Alfredo BUZAID, sempre com a mesma tendência de fazê-lo através do procedimento comum. Se o livro de procedimentos especiais ainda é imanentista (onde cada ação serve a um único direito material), isso significa uma dependência em relação ao direito material, que compromete a visão do operador e que termina por contaminar todo o sistema.

Em 1973, aliás, há outra alteração, sutil, mas muito importante: ao contrário do anterior, que segregou as ações oitocentistas em um Livro denominado *processos especiais*, o Prof. Alfredo BUZAID, mais preciso na técnica, batizou o novo Livro IV com a denominação correta: *procedimentos especiais*.

Assim, a primeira grande reforma processual empreendida pelos códigos de 1939 e 1973, foi a necessidade de criar regras próprias ao processo, criando um sistema próprio, divorciado do século XIX, mediante uma principiologia própria.

Hoje, até mesmo a Constituição Federal traz mais princípios de

direito processual que de direito material: duplo grau de jurisdição, contraditório, ampla defesa, nulidade de provas, juiz natural, juiz competentes, mas, acima de tudo a diferença entre processo e procedimento, outorgando diferentes competências para legislar tais matérias (CF, arts. 22, I e 24, XI).

Mas é importante salientar que os procedimentos especiais seguem convivendo com o direito processual. Mas sempre mantendo suas características herdadas do direito material. Neles ainda há aquele eixo único a ligar um único direito possível a ambas as partes com igual incidência, pois como há um único direito, ou ele pertencerá ao autor, ou ao réu.

Esse conceito estava no art. 922 do CPC de 1973, como ainda está no art. 556 do CPC/2015: “*É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.*”⁶⁷

É lícito ao réu na contestação “*demandar*”. Essa regra de direito material, que é imanentista, vale no direito processual. É possível, na contestação formular pedido contraposto? Nem será necessário. O nome disso é *actio duplex*. Não é reconvenção, não é pedido contraposto; é *judicia duplicia* – é uma regra típica da teoria imanentista ainda vinculada ao direito material.

Por isso que quando o demandado está contestando, já estará reconvindo. Na reintegração de posse, ao pedir a improcedência, estará pedindo a posse para si. É o que se chama de *actio duplex*.

Reconvenção e pedido contraposto são institutos de direito processual e possuem requisitos diferentes. A *actio duplex* é consequência do sinalagma bilateral típico do direito material. A reconvenção é um contra-ataque dentro de um mesmo eixo processual. E a *actio* é o mesmo eixo material. Na *actio duplex* há apenas a negação do direito do autor, o que, por si só, já constituirá, em

⁶⁷ No CPC de 1939 existe a mesma ideia, mas embutida dentre outros conceitos no corpo dos arts. 373 e 374.

tese, o direito do réu⁶⁸.

Se a teoria imanentista define apenas uma única ação para aquele direito, então a ela ainda se aplicam as regras do século XIX, de direito material. Como naqueles autos só se discute um único direito, ou ele é do autor ou ele será do réu; a simples contestação já implicará num pedido (*é lícito ao réu demandar...*). Esse é o caráter dúplice das ações possessórias⁶⁹.

O pedido contraposto se restringiu ao antigo sumário (art. 278, § 1º, CPC/73), posteriormente absorvido pelo conceito de reconvenção é em procedimento comum (art. 343, CPC/2015).

Existe *actio duplex* possível no direito processual? Não. Ou formula pedido contraposto ou reconvenção, no caso de procedimento comum. Por quê? Quando se transforma algo numa relação jurídica autônoma, ele ganha em complexidade, internamente. No século XIX havia milhares de ações simples, mas por serem várias, atulhavam o poder judiciário.

Quando BÜLLOW, em 1868, publicou a *Teoria das Exceções e as Defesas Processuais*, deitou a primeira dimensão a essa autonomia da relação processual e, quando fez isso, disse: para que eu possa acumular os procedimentos eu preciso criar um procedimento que seja comum⁷⁰:

Porém, nossa ciência processual deu demasiada transcendência a esse caráter evolutivo. Não se conformou em ver nele somente uma qualidade importante do processo, mas desatendeu precisamente outra não menos transcendente ao processo como uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes, destacou sempre, unicamente, aquele

⁶⁸ É importante lembrar que o CPC/2015, em seu art. 343, § 6º, permite a propositura de reconvenção independente da contestação, mas sem confundir os institutos, pois a hipótese se coaduna apenas nas situações em que a matéria da defesa do réu se resume à uma prejudicialidade entre diferentes pedidos de prestação jurisdicional.

⁶⁹ MARCATO, Antonio Carlos, *Procedimentos Especiais*, 12ª ed., ed. Atlas, São Paulo, 2006, p. 61.

⁷⁰ *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, LZN, Campinas, 2003, p. 7.

aspecto da noção de processo que salta aos olhos da maioria: sua marcha ou adiantamente gradual, o procedimento.

Por isso, historicamente, o primeiro artigo que se deve ter em mente quando se aborda o CPC é, justamente o art. 318, do CPC/2015: “*Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial.*”

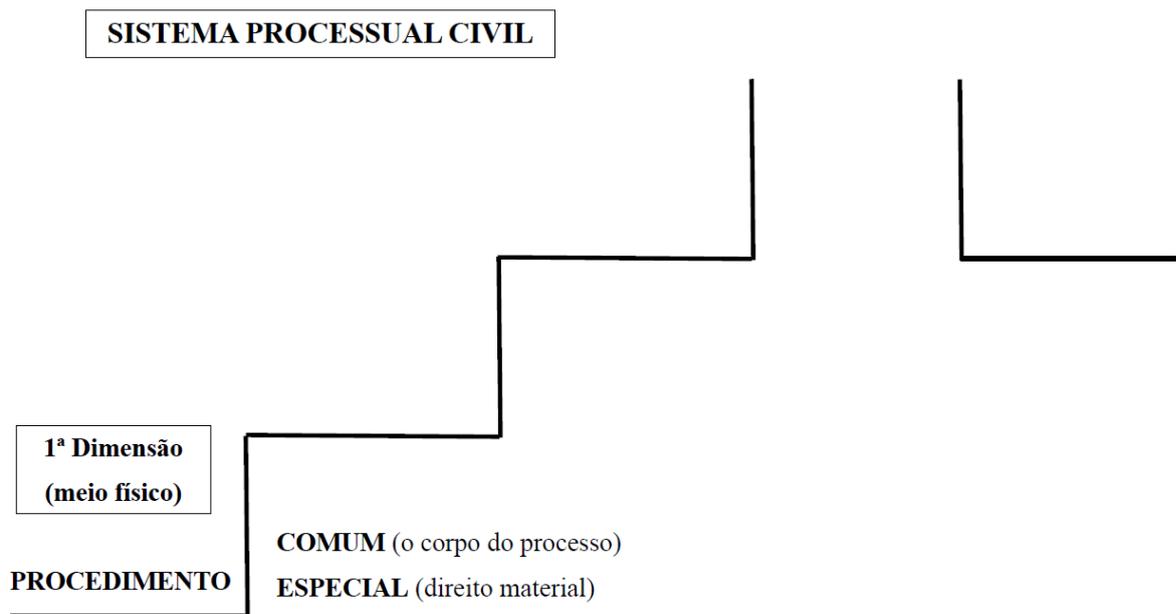
BÜLLOW visualizou um sistema único para melhorar o fluxo. Ao criar o procedimento comum a todas as causas, estava criando a base de um ramo científico.

E o que é a tal causa citada no dispositivo acima? É exatamente o ato ou fato jurídico que irradiou a lide. A *causa de pedir* é exatamente o fenômeno que irradia não o direito material, mas o direito processual e transforma o *Ius est facultas agendi* – o direito é uma faculdade de agir (o direito material é exatamente a faculdade de fruir, por exemplo, de um bem), em *ius est facultas exigendi*. Quando se tem o fenômeno da causa de pedir, que irradia luz ao direito processual, passa a ter um outro direito subjetivo, que é de exigir – porque se pode dele desistir. Esse direito também é material (o prazo para a ação rescisória, por exemplo, de dois anos, é decadencial, porque propor uma ação é um direito – por isso decai e não prescreve).

Assim, o *ius* passa a ser *facultas exigendi*. Da relação de direito material para a relação de direito processual através da causa de pedir. Por isso, aplica-se o procedimento comum a todas as causas de pedir.

BÜLLOW criou uma primeira dimensão processual: um procedimento comum. Na ideia do autor, você tem o procedimento comum para as relações processuais. Mas como esse procedimento comum não resolveu todos os problemas, continuaram a existir ainda os procedimentos especiais (como ocorre no inventário, onde não há a dialética processual impossível de se encaixar

no figurino do procedimento comum).



Há procedimentos que nunca serão processualizados. O máximo que se pode fazer é torná-los extrajudiciais – o que se está fazendo no inventário ou usucapião e até mesmo com o divórcio.

Essa primeira dimensão é muito mais importante do que se imagina, mas ainda não é o processo.

Há, portanto, o procedimento comum e o especial, que continua vinculado ao direito material. É como se fosse uma divisória entre o direito material e o direito processual.

2.2 O processo como método e não como meio físico de solução de controvérsias (a segunda dimensão do sistema);

Se o procedimento é um caminho, processo é uma segunda dimensão, é um método de resolução. Então há o procedimento (corpo), o processo (método) e a ação (satisfação). Há meio físico, método e satisfação ou objetivo. São três dimensões completamente diferentes e essa é a grande beleza da

teoria de BÜLLOW. Criar um procedimento comum e agilizar o sistema, nos moldes das linhas de produção industriais tão comuns no século XIX. Sobre este procedimento comum, estabeleceram-se dois métodos processuais: cognição e execução⁷¹.

BÜLLOW estabeleceu, portanto, um novo sistema processual: o procedimento comum (atualmente deixou de ser sumário ou ordinário, de acordo com o nível de complexidade da causa, sendo denominado apenas de *comum*). Esse é o fluxo. O conhecimento e a execução, por sua vez, servem à terceira dimensão, que é a ação⁷².

Como preconizou René DESCARTES em seu *Discurso sobre o método*, existe um *meio físico* (procedimento), um *método* (processo), rumo a uma *satisfação* (ação). Em uma palavra, é um sistema, o sistema processual.

Os procedimentos especiais são muito simples e só discutem um direito, então basta o simples fato de você contestar (não há necessidade de reconvir, de formular um pedido contraposto) porque a negativa do seu direito implicará na afirmação do meu direito. Os três tipos de resposta do réu são: contestação, reconvenção, exceção.

BÜLLOW e Adolf WACH observaram que se cada direito material tivesse um procedimento distinto e respectivo, o sistema deveria prestigiar a criação de um procedimento que fosse comum a todas as causas.

BÜLLOW uniformizou, na medida do possível, o procedimento. Mas há uma consequência: para poder uniformizar, tem que sistematizá-los antes e, na realidade, o processo já sofria uma dicotomia de dois mil anos, cognição e execução (que existia desde o direito romano). Bullock estabeleceu o procedimento comum aos processos cognitivos e um procedimento comum dos processos de execução e tentou enfeixar. Claro que ele não conseguiu. Para ele, só as ações de cunho pecuniário tinham procedimento comum, conhecido como

⁷¹ *Op. Cit.*, p. 15.

⁷² *Op. Cit.*, p. 17.

execução por quantia certa contra devedor solvente.

O que ele estabeleceu foram os primeiros passos, os primeiros rudimentos para um novo sistema não mais vinculados ao direito material e sim com um regramento, uma principiologia própria porque o que autonomiza um sistema é a existência de princípios próprios, diferentes dos outros.

Então o princípio segundo o qual “o acessório segue o principal” pertence ao direito civil. No direito processual, como é outra relação jurídica, vinculada a outro ramo do direito, há princípios próprios.

Você não pode emprestar para o direito o conceito epistemológico das ciências exatas. Nas ciências humanas a questão é muito mais fluida.

Parte Geral, Livro II, do CPC, “*Da Ação*”, no singular. Por conta dessa primeira montagem, por tradição, *o Código não trata das ações, mas só da primeira, a ação declaratória.*, por que quase tudo na tradição romana tardia era declaração.

BÜLLOW conseguiu enxergar a declaração como única ação, e conseguiu acabar com todas ações, antes procedimentos especiais, que tinham finalidade declaratória: paternidade, anulatória, etc. É claro que ele não conseguiu resolver todos os problemas do processo civil no livro dele. A sua teoria demorou décadas para poder vencer, para poder ir se implementando aos poucos.

Ninguém tinha a noção do processo como ramo científico, que ainda não tinha florescido. Na época, não tinham noção do que estava acontecendo. O Código Civil de 1916 retratava claramente aquela era oitocentista; é claro que nessa época já existiam os primeiros procedimentos processuais. Essa é uma conclusão que você só chega estudando a evolução histórica.

Cognição (cognitio)

Execução (executio)

No século XIX, através da Ordenações Filipinas, havia dezenas de

ações, uma diferente da outra. BÜLLOW criou um sistema muito mais complexo que enfeixava todas essas ações, procedimentos e todos os métodos que elas revelavam num procedimento. Agora as ações são em menor número, mas são mais complexas – claro, porque tem que absorver o depósito da consignação em pagamento, a questão da paternidade, dos alimentos, em várias técnicas de tutela, e é uma nova relação jurídica (é óbvio, portanto, que intrinsecamente tornar-se-á cada vez mais complexa).

No procedimento comum, é óbvio, especialmente no direito brasileiro, você não pode aplicar um mesmo critério dialético para uma cobrança de condomínio ou para uma ação de erro médico – que é condenatória. Você tem um procedimento que, por convenção, estabeleceu-se uma via mais ampla (ordinário) e outro, sumário.

O processo de conhecimento surgiu depois do processo de execução. Para melhor visualizar, basta regredir ao direito natural. Do direito natural, até o direito pré-clássico romano, só havia o conceito de execução. Havia um procedimento de admissibilidade da ação executiva, e Roma nunca conheceu a responsabilidade patrimonial; sempre a responsabilidade pessoal do devedor. Então existiam várias formas de execução pessoal: humilhar publicamente o devedor, “das quebras” (quebrava todo o estabelecimento comercial do devedor).

Por exemplo, *O Mercador de Veneza*, um livro do século XVI que reflete essa responsabilidade pessoal na execução. Por incrível que pareça, quem trouxe a responsabilidade patrimonial foram os visigodos e dessa miscigenação é que nasceu o sistema romano-germânico.

Vê-se, portanto, que a cognição não existia; só existia execução. A cognição nasce da costela da execução. Um dia, o devedor, admoestado pelo pretor romano a pagar a dívida, queria mostrar que não era o devedor – havia condição da ação, era parte legítima e a outra parte não tinha interesse. Então na admissibilidade da execução você poderia ter certo contraditório – quem mandou isso foi o César, porque o devedor recorreu ao César, que, mesmo ciente da rigidez

da lei antiga, pediu que o pretor abrisse uma exceção (por isso até hoje a exceção é uma matéria de defesa, desde que ela seja preliminar).

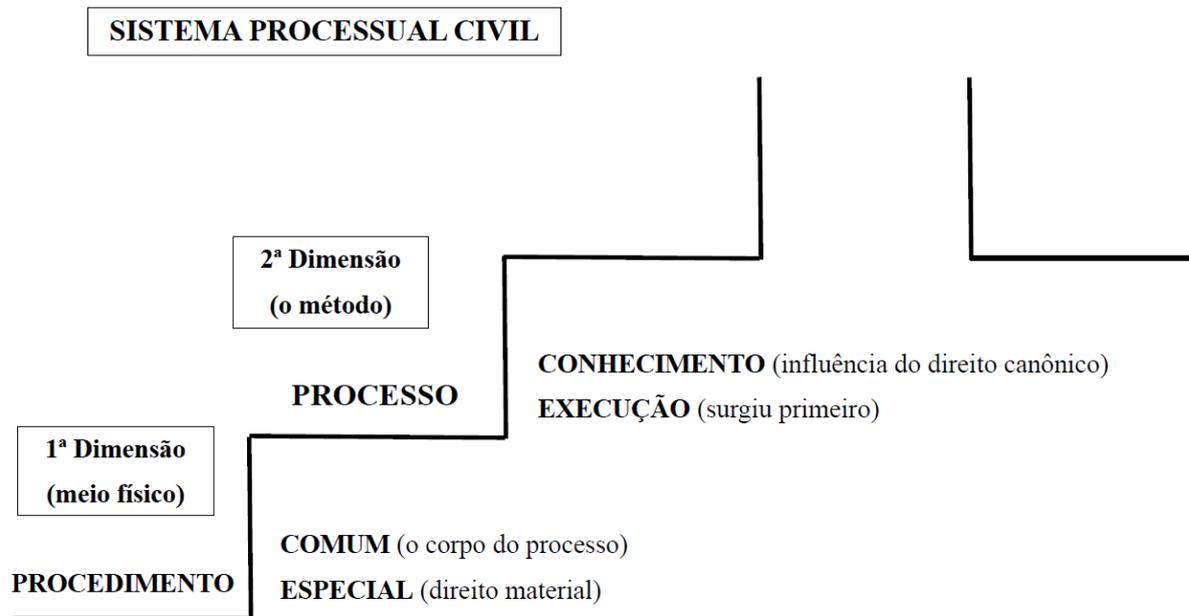
As Institutas de Gaio foram as primeiras compilações processuais que surgiram. Com a decadência do império romano, viu-se o direito canônico, extremamente litúrgico, influenciando o processo de conhecimento que cresceu até ficar absolutamente inadministrável no século XX, de maneira que foi ganhando, ao longo dos séculos, uma estrutura dialética cada vez mais complexa (inclusive de recursos, que fez com que ele, antes apenas uma admissibilidade da execução, se tornasse o que é hoje).

Processo de execução por quantia certa contra devedor solvente: se observarmos, não há espaço para defesa; há três capítulos: a) da penhora; b) da avaliação; e c) da expropriação. Defender-se-á através de ação autônoma – embargos do devedor. A execução no atual CPC é, em essência, a que havia em Roma.

Desde o direito romano, você tem a constrição sem o contraditório. Ninguém nunca alegou que a execução por quantia certa fosse inconstitucional. Mas por que ela é constitucional se há uma norma constitucional impedindo que seja um devedor seja privado de seus bens sem o devido processo legal? O conceito de privação não é só expropriação; por que a penhora pode ser feita antes de qualquer defesa?

Não se pode confundir *cognitio* com *executio*; na *cognitio* há uma pretensão resistida, as pessoas estão em igualdade de condição processual; na *executio*, trata-se de pretensão insatisfeita. Logo, a execução tem um segundo nome. O CPC deixa claro que a execução é força, não é cognição. Isso é um eco do direito romano. Já houve a cognição em momento anterior, seja através do processo, seja através da constituição de título extrajudicial, nos termos da lei.

Insera-se, dessa forma, uma segunda dimensão ao sistema processual: o processo.



Por isso há o adjetivo no art. 755, CPC: “*Podem promover a execução forçada*”. Relembre-se que os títulos extrajudiciais travestem uma manifestação de vontade do devedor. Se o devedor já se manifestou pela liquidez, certeza e exigibilidade do título, não há porque haver a cognição. De qualquer forma, título só será executivo extrajudicial se houver a participação do devedor.

2.3 A teoria da ação (e jurisdição) e das tutelas como dimensão indispensável para a real compreensão da finalidade do sistema.

Onde estavam as tutelas de urgência no século XIX, no século XVIII? Elas já existiam e estavam dentro das ações, sejam elas quais fossem. A possessória tinha a sua própria tutela, bem como a consignação em pagamento “*Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.*”

Porque se o próprio autor da ação, que é devedor, reconhece que ao menos aquilo é devido, isso se chama *parcela incontroversa*, e desde já ele pode

levantar. Isso é uma tutela. O Prof. Alfredo BUZAID observou que *a tutela de urgência, quando não tem a ver com a sentença, isto é, ela não é **antecipatória**, mas apenas **acautelatória da eficácia da sentença**, essa tutela merecia uma autonomia que a outra não pode ter.*

É óbvio que isso é a sentença antecipada. *Essa tutela é nitidamente uma parcela substancial da sentença que está sendo antecipada*; diferentemente de uma tutela meramente conservativa, onde você está discutindo, por exemplo, improbidade administrativa contra um prefeito e quer ter certeza de que ao final desse processo o prefeito tenha solvência para pagar essa dívida. Então você simplesmente congela determinado bem dele. Esse bem não tem nada a ver com a sentença de improbidade administrativa; mas se essa tutela for interna e a sentença vier em sentido oposto, ela se extinguirá.

Ação Declaratória

“Declarar” é só quando não há relação jurídica. Uma ação revisional é constitutiva. Depois, por força dessa desconstituição, muda a base de cálculo, e eu, de devedor, posso passar a ser credor, mas ainda pode ter uma condenação da instituição financeira em danos morais. Você combina esses pedidos para formar a parte capitular da sentença.

Tudo se manifesta através de verbos; as ações são verbos. Qual foi a única ação que Von Bulow determinou? A ação **DECLARATÓRIA**, a única que está no código (art. 19, CPC: “*O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser da relação jurídica.*”).

Mas se a declaratividade é muito radical (art. 19, I, CPC). A inexistência e a existência se relacionam mais ou menos como o preto e o branco e, na realidade, *a ação declaratória não envolve os matizes de cinza que existem entre o preto e o branco.*

Ação Constitutiva

Há situações em que a declaratividade existe, mas deve-se estabelecer o seu alcance. Então há uma situação em que já existe uma relação jurídica, porém faz-se necessário determinar quão profunda é aquela relação – essas ações são constitutivas. Assim da costela da ação declaratória surge a constitutiva desconstitutiva. O seu objetivo é (des)regulamentar uma relação jurídica.

Há duas ações: declaratória (expressa no art. 19, do CPC) e constitutiva (intuída) que mexem na relação jurídica, estabelecem determinado direito, mas você não consegue buscar uma atuação patrimonial, você não constrange a parte; elas são autoenunciativas, meramente enunciativas.

Ação Condenatória

O dualismo romano, *cognitio* e *executio*, faz intuir uma terceira ação, que é a ação condenatória. Olhando para o código, pode-se intuir essa terceira ação. *Até porque as relações jurídicas não se resolvem através de meras enunciações*. Na ação condenatória vai haver atuação volitiva ou patrimonial. O nome dessa estrutura, até o presente momento, se chama teoria ternária das ações.

O que Von Bulow fez para estabelecer o dualismo metodológico? Enfeixou as metodologias que existiam para se chegar a uma jurisdição. Concebeu a ação declaratória porque essa é a mais visível.

Existem mais duas ações, porque a classificação atual é quinária. Para adentrar as duas ações, é preciso primeiro entender as diferenças escolásticas. Aliás, as tutelas de urgência são o grande elemento de choque entre as escolas e que acaba reverberando inclusive na teoria da ação. Ali residem divergências escolásticas.

Para José Roberto dos Santos BEDAQUE, a ação condenatória tende a ser absorvida por outras cargas de eficácia mais abrangentes, como a mandamentalidade e a executoriedade. Afinal, a ordem judicial que empresta eficácia para pagar é muito mais relevante que a condenação⁷³.

⁷³ *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre Processo*, Malheiros, 2022, p. 243.

Entra em cena a classificação quinária de PONTES DE MIRANDA⁷⁴, por sua vez, adota a teoria quinária das ações. Ele traduz sua teoria através da observação de como as ações repercutem na realidade:

A preocupação da ciência do direito até há pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra, condenatória; outra, mandamental; outra, executiva. O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem dentro delas, em espectração de efeitos. Não só, por conseguinte, vermo-las por fora, com suas características exteriores, mas também por dentro. Essa exploração interior das ações é de riqueza prática extraordinária, e não só de alto alcance teórico e doutrinário. Imaginai o histologista antes do uso do microscópio e o histologista depois do uso do microscópio: o de hoje vê o que outrora não se via.

Ele se utiliza de um exemplo simples, ilustrando através da ação pauliana. ‘A’, detentor do direito, observa ‘B’ que dispôs desse direito com relação a ‘C’ com o objetivo de blindar patrimonialmente. ‘A’ move uma ação predominante constitutiva negativa para desconstituir uma relação jurídica preexistente.

O problema é que essa desconstituição vai ser tão radical que vai desconstituir a relação jurídica entre ‘B’ e ‘C’, de forma que ‘D’, ‘E’, ‘F’ possam se aproveitar disso. A simples existência de uma intenção de uma ação pauliana implica no reconhecimento de uma relação jurídica. A aparência externa é de uma declaratividade, mas na verdade houve uma desconstitutividade radical.

⁷⁴ *Tratado das Ações*, vol. 1, Bookseller, Campinas, 1998, pp. 131 e segs.

Antes, nos casos de obrigação de fazer, de dar coisa certa ou incerta, pagar quantia certa, a ação era condenatória; tudo passava por uma condenação. Só depois do trânsito em julgado, constituído o título executivo extrajudicial, poder-se-ia propor outra ação, agora de execução, para aí sim atingir o fim pretendido.

Portanto, PONTES DE MIRANDA, ao publicar o Tratado das Ações, intuiu esse equívoco, criando o conceito – hoje universal – da classificação das ações pela sua eficácia. Fez críticas ao CPC 1973, que segundo ele se recusava a enxergar que já existiam procedimentos especiais executivos, e também procedimentos especiais mandamentais.

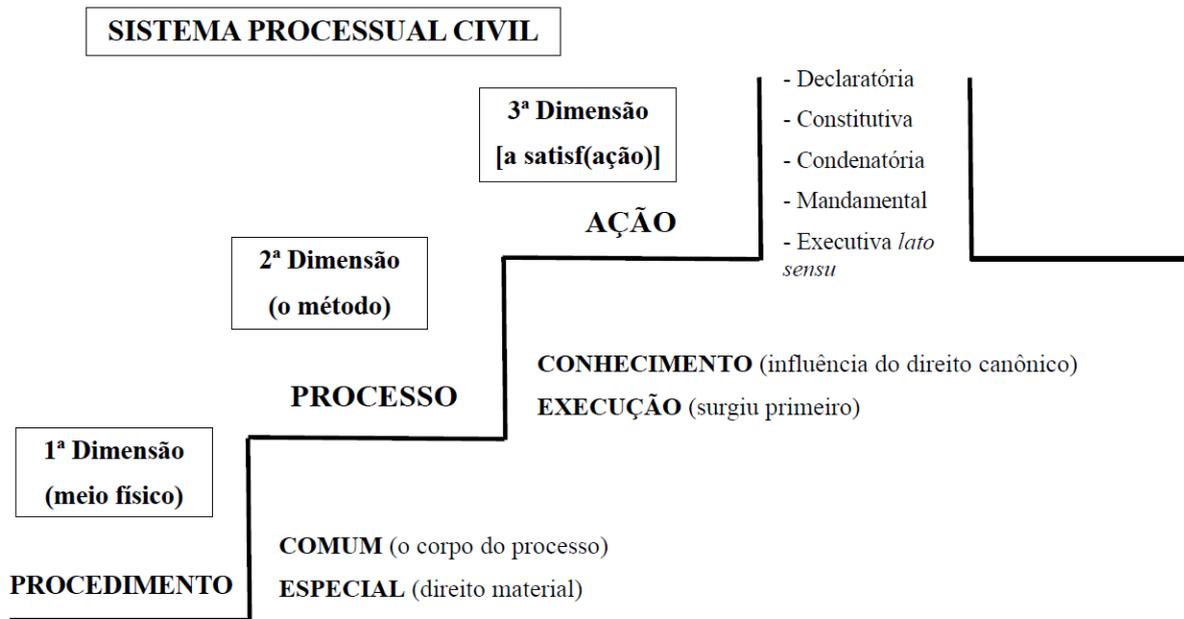
- Todas essas satisfações poderiam ser consumadas sem a necessidade de uma execução; bastaria trazer a execução para dentro do processo de conhecimento, como já acontece com diversos procedimentos especiais. Quando fez essa crítica, criticou indiretamente até mesmo o sistema de tutelas de urgência do código de 1973, para quem até mesmo a satisfação era classificada como mera cautelar.

PONTES, ao analisar as ações, compreendeu que a sentença obedecia a uma equação, segundo a qual a sentença de mérito seria o resultado do somatório de dois elementos distintos: um provimento efeito e o acerto da ação⁷⁵. O primeiro repercutiria na realidade da relação entre as partes. O segundo normatizaria essa repercussão.

Isso desmistificou a premissa de CARNELUTTI⁷⁶; entendeu que essa premissa como elemento de classificação, é perfeitamente válida. Porém, o elemento classificatório não induz a uma verdade científica. Eis a conclusão de PONTES lançada no sistema processual:

⁷⁵ *Op. Cit.*, p. 152.

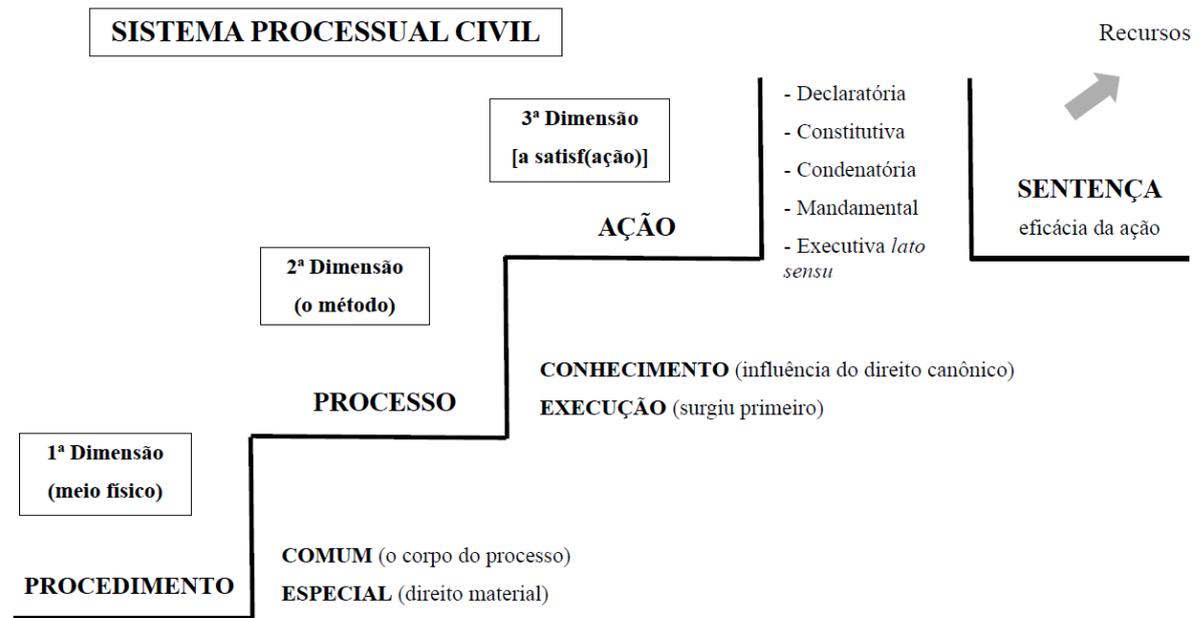
⁷⁶ *Instituições do Processo Civil*, ed. Servanda, Campinas, 1999, p. 73.



Percebe-se que há tutelas que são o Provimento Efetivo (e, portanto, estão dentro da sentença de mérito e delas não tem como se separar); e há outras tutelas que apenas protegem a eficácia da sentença, mas não antecipam nada.

Na classificação de Carnelluti, quais as tutelas que, segundo Pontes, estariam dentro da Sentença de Mérito? As satisfativas; as acautelatórias simplesmente protegem. A convicção não entra nesse critério de natureza; apenas é uma característica, mas não as diferencia em termos de essência das demais. Os italianos pegaram essa característica como um elemento genético quando na verdade não o é; é um dogma.

Então PONTES DE MIRANDA estabeleceu esse conceito: a sentença de mérito traz dentro de si a tutela executiva e, protegendo-as, externamente, há as acautelatórias.



Esse conceito esbarrou no grande dogma que sustentava a escola italiana: *nulla executio sine titulo* (nula a execução sem título). Título, para Buzaid, era a sentença de mérito transitada em julgado – porque, caso contrário, não seria líquida, nem certa, e muito menos exigível antes do trânsito em julgado.

Era necessário quebrar esse dogma: para poder conceber o Provimento Efetivo antes do Acertamento da Ação ter transitado em julgado, era preciso conceber novos tipos de ações. Naquela época, não era possível o efeito da condenação antes de a condenatória ter transitado em julgado.

Assim como a primeira ação de Von Bulow, única expressamente prevista no código, é o resultado do enfeixamento de várias outras ações imanentistas. De qualquer maneira o raciocínio ficou. Através disso, conseguiu-se, pouco a pouco, criar novas ações. A mesma coisa aconteceu com as tutelas de urgência.

Em 1942, quando CARNELUTTI⁷⁷ começou a sistematizar as tutelas de urgência, quais tutelas existiam? Porque no período imanentista,

⁷⁷ *Op. Cit.*, p. 133.

determinadas ações tinham suas próprias tutelas de urgência. Exemplo: O que é a medida de arresto, por exemplo? A origem é francesa, “*arreter*”, apreender, indisponibilizar.

São tutelas que eram deferidas muito ordinariamente. Desde sempre há conflitos possessórios e desde que começaram os primeiros rudimentos comerciais, quando o comerciante entregava ao capitão do navio toda a sua produção e mercadorias, para aquele comerciar em outras paragens sem nenhuma garantia que lhe devolveria o dinheiro. Em ambas as situações havia tutelas intrínsecas à ação – e, portanto, não eram uma invenção da modernidade.

- Mas CARNELLUTI observou que *num tipo de tutela* – não importa a situação fática – *é possível adiantar a quem possivelmente tem razão o próprio bem da vida. E na outra situação não se adiantaria o bem; ele seria apenas objeto de garantia.* Havia, portanto, uma diferenciação muito clara entre o mérito da ação propriamente dito e apenas viabilizar algum mérito naquela mesma ação.

A situação de ação possessória, quando há liminar contra esbulho, o nome da ação é “*reintegração de posse*”. Ora, se há a posse liminar, há evidente mérito dessa ação. Outra coisa completamente diferente é o interdito onde se está apenas garantindo que haverá mérito na ação.

PONTES DE MIRANDA⁷⁸ se debruçou sobre o que está contido nas ações para entender que, numa visão mais básica, na primeira lente do microscópio, você consegue nitidamente tirar da sentença, em maior ou menor grau, dois elementos básicos: toda sentença de mérito (portanto toda ação de mérito) possui dois elementos principais: a) um provimento efetivo; b) acerto da ação.

Viu que toda a ação que busque algum mérito e que obtenha esse mérito tem umefeito concreto (provimento efeito), algo que se realiza no mundo concreto, em maior ou menos grau. E toda ação tem também um efeito

⁷⁸ *Op. Cit.*, p. 194.

normativo, um efeito abstrato (acertamento da ação) que edita uma norma comportamental.

Comportamento e eficácia no mundo concreto; efeito normativo e efeito executivo; efeito abstrato e efeito concreto – respectivamente,

ACERTAMENTO DA AÇÃO e PROVIMENTO EFETIVO.

O que acontece é que quando é declaratória, tem um acertamento da ação gigantesco e um provimento efetivo bem pequeno. Mas em maior ou menor grau isso está presente em todas as sentenças de mérito. As cargas de eficácia decorrem desse raciocínio.

O nível cognitivo *é o elo que liga as duas tutelas na doutrina italiana*. Se eu tenho a prova inequívoca, que me dá certeza, eu defiro uma tutela mais próxima do que eu estou buscando na ação principal, que é o provimento efetivo e o acertamento da ação.

Ele entendeu que há contradições na forma como os processualistas brasileiros receberam a doutrina italiana, que coloca como tutela de urgência (gênero) as tutelas satisfativas urgentes e as tutelas acautelatórias (espécies). O critério que liga uma à outra é o nível cognitivo. Quanto maior a cognição, mais satisfativo; quanto menor, mais acautelatório.

Não houve, por isso, uma crítica direta a BUZAID. Apenas reconhece que é uma boa intenção a autonomia, mas com resultados duvidosos. Por conta deste critério de relacionamento entre as tutelas, o Código de Processo Civil de 1939 havia cometido um erro ao radicalizar e colocar todas as tutelas no Livro I e Buzaid cometeu o mesmo exagero levando todas as técnicas de tutela para o Livro III no CPC/1973.

O processo cautelar que BUZAID⁷⁹ criou tem uma cognição

⁷⁹ *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*, ed. RT, São Paulo, 2002, p. 46.

sumária, tem uma coisa julgada meramente formal; mas mesmo ele tendo essa cognição muito sumária, algumas daquelas tutelas chegam a situações incontornáveis, definitivas. Há, na realidade, um processo cuja arquitetura não suporta o peso da definitividade. O processo cautelaré leve, é ágil; e para ser como tal, não pode ter uma dialética gigantesca, não pode ter o peso de uma executabilidade.

O que PONTES DE MIRANDA concluiu é que: *se a tutela antecipatória é uma parcela da sentença de mérito, e a cautelar não tem sentença de mérito, não tem sentido uma cautelar satisfativa*. É uma contradição em termos, porque se é cautelar, não tem sentença de mérito, portanto não tem cognição exauriente, não tem arquitetura.

Para PONTES DE MIRANDA, a cautelar tinha uma arquitetura muito leve; cognição sumária e sentença, que faz coisa julgada formal. Tais características não são condizentes com satisfação – satisfação eu só posso ter no Livro I, que é onde há cognição exauriente e sentença de mérito (processo de conhecimento).

Quando ele estabeleceu esse paralelo, ele concebeu, em contraposição às ações meramente enunciativas – declaratória e constitutiva – que havia outras que não é que não tenham execução, mas elas dispensam a execução. E aí ele definiu a classificação quinária:

- a) Ações mandamentais;
- b) Ações executivas *lato sensu* – que englobam as ações executivas sentidoestricto:
 - i. Execução por quantia certa contra devedor solvente;
 - ii. Execução por quantia certa contra devedor insolvente (insolvência civil);
 - iii. Execução de obrigação de fazer ou não fazer;

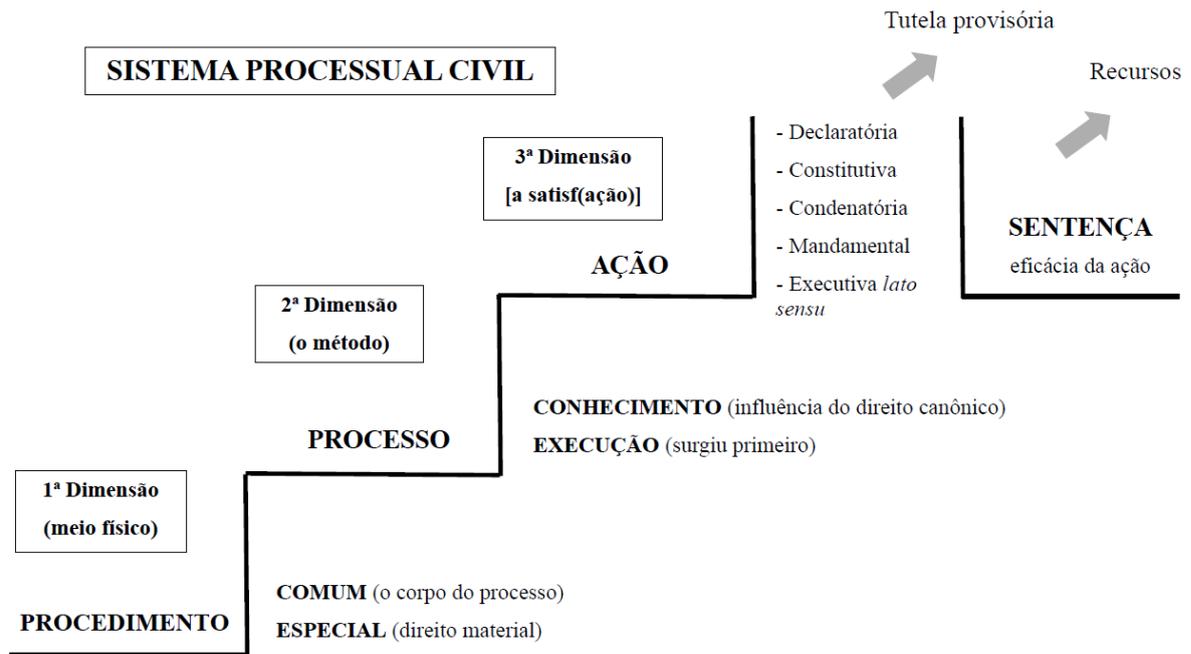
- iv. Execução de obrigação entregar coisa certa ou incerta;
- v. Execução de alimentos.

Outra coisa completamente diferente é: “o devedor deve, mas não há condições objetivas para isso. Então o juiz, com a sua autoridade, implementa o bem da vida. É executiva a ação cuja força recai sobre o devedor. A ação que, tirando o devedor da linha, o próprio magistrado, utilizando seus poderes, satisfaz o direito, é mandamental.

A declaratória existe para declarar existência ou inexistência de direito – é a mais radical das ações. Quando a relação existe, mas se deseja apenas modificá-la, implementando ou retirando direitos, tem-se uma ação constitutiva. Depois, a condenatória. Quando quero atuar desde logo no próprio corpo da sentença sobre o devedor, é executiva *lato sensu*. E quando o juiz tira o devedor da linha de ação e implementa a obrigação com o poder que a lei lhe confere, a ação será mandamental.

Sabe-se que uma ação é executiva quando a força incide sobre o devedor. A ação mandamental ocorre quando o juiz retira o devedor da linha da tutela e realiza, ele mesmo, por seus poderes constituídos, a ação.

Um dos grandes achados de PONTES DE MIRANDA foi descobrir que as ações não são 100% aquilo que a que se destinam. As ações são, em maior ou menor grau, uma determinada natureza que você atribui a ela. E Pontes dizia mais: não existem ações 100% puras. Por isso ele criou um conceito que é o conceito de *carga de eficácia*, que nada mais é do que, dentro daquela equação, (Sentença de Mérito = Provimento Efetivo + Acertamento da Ação), a existência, em menor ou maior grau, de um ou de outro.



As condenatórias são as únicas que redundam num segundo tempo, que é a execução. As ações auto-executivas são a mandamental e a executiva *lato sensu*. Nestes, o provimento efetivo se impõe sobre o acertamento da ação.

No caso das ações declaratórias e constitutivas, meramente enunciativas que são, o Acertamento da Ação é maior e o Provimento Efetivo, que a ela se submete.

Só a descoberta desse fenômeno, fez com que PONTES DE MIRANDA se aprofundasse nesse estudo e constatasse, na histologia da sentença ou da ação, que havia *elementos de repercussão diferente dentro de uma mesma sentença*. Foi por isso que ele, para poder diferenciar o que é tutela do que é ação, estabeleceu o chamado somatório 15, criando uma tabela onde inseriu, de um lado, a eficácia, e do outro, a nomenclatura, a natureza.

O somatório sempre soma 15 nas diferentes ações e esse quadro se modifica. Então na petição: “ordenar ao cartório de registro imobiliário que averbe, sendo que a presente sentença valerá como título aquisitivo da propriedade”. Claro que ela é predominantemente mandamental. É natureza

mandamental, nível 6, por exemplo. Mas alguém duvida que nessa sentença exista uma declaração de uma relação implícita? Declaratória, nível 4. E também há um nível constitutivo da ação, nível 3. É condenatório? Em menor carga, mas é perceptível (2).

No direito norte-americano, já existia até mesmo a prisão civil. MARINONI⁸⁰ entende que em ações civis públicas permite a prisão civil. Trata-se de mandamentalidade predominante. O fundamento deriva do conceito de alimentos *lato sensu* (ar puro, v.g., seria alimento, assim como água potável, etc.)

É o mesmo conceito da prisão do devedor por alimentos. O objetivo não é a prisão; o objetivo é estabelecer uma obrigação de fazer, um comportamento.

O “determinar” depende do que vem depois: obrigação de fazer, ou o resultado práticoequivalente. Em ambas, na executiva e na mandamental, o verbo é o mesmo – determinar ou ordenar.

Da mesma forma, a *astreinte* não é multa contratual; é uma pressão sobre o devedor feita pelo poder judiciário. É uma constrição psíquica com que visa o estado compelir a vontade abstrata de alguém. Durante algum tempo, entendeu-se que *astreinte* tinha que se proporcional e pedagógica. Depois, entendeu-se que era muito subjetivo, e que tinha que ser o valor da obrigação, numa aplicação simétrica do art. 474, CC. Depois, viram que também não estava dando certo, e aí Luiz Fux disse que a autoridade do judiciário não tem preço.

Em suma, na carga de eficácia mandamental, a força do juiz está orientada a produzir o resultado prático equivalente. A antecipação é dos efeitos da tutela; por isso que a *astreinte* é possível no início, no meio e no fim. Mas a mandamentalidade total só é possível na sentença, porque não é mais o efeito da tutela, e sim a tutela propriamente dita.

⁸⁰ *Curso de Direito Processual Civil*, ed. RT, São Paulo, Vol. 1, 2015, p. 138.

CAPÍTULO III: RELAÇÕES INTERNAS ENTRE AS PRINCIPAIS TEORIAS PROCESSUAIS E AS TÉCNICA DE TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO.

3.1 Ensaio sobre uma teoria geral das tutelas, dentro da evolução recente das suas técnicas;

A esta altura do presente trabalho, acredita-se que a base do sistema processual esteja acessível de tal forma a viabilizar seus desdobramentos teóricos. Já se abordou o desenvolvimento histórico deste sistema, suas crises e superações. Já se localizou cada dimensão processual, diferenciando-as entre si e preenchendo seus conceitos com os respectivos elementos fundamentais.

Três caminhos lógicos podem ser seguidos dentro do padrão didático que se pretende seguir: a) aprofundar o conceito de cognição adentrando na teoria da prova e da fundamentação das decisões; b) optar por extrair do conceito de execução forçada, os elementos primordiais do processo de execução; c) abordar os recursos das decisões e seus efeitos e consequências; ou d) seguir o estudo de cargas de eficácia, aprofundando o estudo da tutela provisória.

Optou-se, aqui, por esse último item, por uma questão de continuidade analítica. A tutela provisória é intimamente ligada ao conceito de ação e jurisdição, como se viu no último capítulo, especialmente o seu último item.

Tudo isso, diga-se, sem prejuízo de, no futuro, abordar os demais desdobramentos completando toda a análise sistêmica.

No âmbito da grande reforma processual por que passou o CPC nestes últimos trinta anos, não é difícil encontrar temas que, longe de obterem unanimidade acadêmica e jurisprudencial, terminaram por gerar mais controvérsia.

As razões para tal acirramento são as mais diversas, mas é possível extrair deste concerto as duas notas dissonantes que se repetem com maior frequência: a) o CPC estaria perdendo *coerência sistêmica*; e b) existe um grande hiato entre as (boas) intenções do legislador e a (má) *praxis* dos operadores do Direito.

E quando a questão é *coerência*, é impossível deixar de indagar se as atuais reformas mantêm em relação ao CPC de 1973, os mesmos cuidados que o Prof. Alfredo Buzaid dedicou ao de 1939. Suas angústias foram bem consignadas na Exposição de Motivos do Código vigente, quando confessou sua perplexidade diante da difícil escolha entre dois princípios de técnica legislativa: o da *conservação* e o da *inovação*⁸¹.

Aliás, falando de reforma, é indispensável lembrar a seriíssima advertência do mestre da USP, sobre os riscos de superar impasses ideológicos mediante concessões que sacrificariam a verdade científica, convertendo o Código em um *mosaico com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções*⁸².

As dúvidas do ilustre professor paulista persistem, e impressionam

⁸¹ O título do Capítulo I daquela Exposição já revelava a angústia do Prof. Buzaid: *Revisão ou Código Novo?* E o professor da USP lembrou a metáfora de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, segundo o qual partes de um prédio demolido seriam importantes na construção da nova estrutura ('*por muy viejo que sea un edificio simepre de su derribo se obtienen materiales para construcciones futuras*').

⁸² A certa altura, diz o Prof. Buzaid: *Ao iniciarmos os estudos depararam-se-nos duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa.(...) Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera intransigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções.* (BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11.1.73, publ. no DOU de 02.8.72).

pela atualidade. Mas, como se viu, não são apenas as intenções do legislador que contam. Há a segunda questão a ser superada e, para tanto, é indispensável avaliar o impacto destas reformas no dia-a-dia forense. Neste segundo caso, o debate ganha contornos ainda mais acirrados, posto que a reforma não atinge seu público de modo uniforme, a fim de gerar o mesmo padrão hermenêutico entre os operadores, como desejaria o legislador⁸³.

Na verdade, este é o ponto em que ambos os questionamentos convergem, pois toda reforma, por mais coerente que seja, depende do público-alvo para determinar seu alcance. Isto porque existe uma lacuna entre os ilustrados membros da comissão revisora e a enorme massa de advogados, magistrados, promotores e procuradores, cujo paladar desvirtua conceitos sem qualquer obrigação de coerência ou precisão científica.

Assim, a dúvida não se restringe a se a reforma de 1994 respeitou o sistema do CPC de 1973, pois, mesmo que tenha guardado essa *coerência sistêmica* (o que será discutido em seguida), alguns pontos dela são exemplos típicos de boas intenções com resultados duvidosos, já que não obteve dos operadores (em especial dos Tribunais) uma compreensão nítida do seu alcance. Talvez sejam estas variantes interpretativas que estejam forçando novas Reformas, em um processo de realimentação que, este sim, estaria transformando o Código naquele tão temido *mosaico*.

Em função disso, percebe-se que nos últimos anos houve nítidas correções de rumo, não se sabe se para fidelizar a reforma ao sistema, ou ao paladar dos operadores. Em qualquer hipótese, corre-se grande risco de eternizar as reformas, posto que o legislador busca uma nova e inatingível identidade que concilie posições tão distantes: o sistema processual e a realidade dos operadores.

Um dos pontos mais ilustrativos destas *démarches* é a questão da

⁸³ A propósito, Carlos MAXIMILANO, em sua obra clássica (Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ª ed., Forense, RJ, 1979, p. 123) relembra São Paulo Apóstolo, cuja segunda Epístola aos Coríntios, imortalizou a frase *Littera occidit; spiritus vivificat*, para explicar as diferentes interpretações possíveis quando se pretende descobrir o sentido e o alcance da lei.

tutela cautelar. No que toca à identidade sistêmica, ela foi originalmente inserida em processo próprio (Livro III), sendo posteriormente reconduzida ao processo de conhecimento (§ 7º, do art. 273⁸⁴).

Entre 1973 e 2002, houve, contudo, nítida confusão dos operadores com as tutelas de cunho antecipatório, seja por falta de tempo de adaptação aos novos institutos, seja pela falta de compreensão sistêmica, ou por ambos⁸⁵.

Diante destes dois problemas, ficou ainda mais difícil responder ao questionamento proposto neste capítulo, pois não se sabe se a tutela cautelar foi reinserta no Processo de Conhecimento por mera correção de rumo (reconciliando o legislador com a doutrina clássica); ou por que efetivamente era esta intenção inicial da reforma, revelando que a Comissão Revisora não tinha a intenção de manter a integridade do sistema do Código de 1973, retirando a utilidade do Livro III, como já o havia feito com o Livro II, buscando inspiração em modelos processuais muito anteriores ao de 1973.

É difícil eleger a perspectiva mais preocupante (se correção de rumo ou inovação sistêmica), por dois motivos: a) se a confusão dos operadores foi o fator determinante da correção de rumo, teme-se que não se tenha aguardado o prazo de maturação suficiente para desenvolver os novos conceitos propostos pela reforma; ou b) o sistema proposto pelo do Livro III fracassou.

Sob este prisma, as reformas perdem a perspectiva do tempo, impedindo o amadurecimento de seus próprios conceitos inovadores, e, no afã de resolver problemas imediatos, alguns previsíveis, acabam gerando mais e mais alterações pontuais, aqui e acolá, desfigurando gradativamente o Código⁸⁶.

⁸⁴ Com a redação da Lei nº 10.444, de 07.5.2002.

⁸⁵ Cândido Rangel DINAMARCO notou este problema. Segundo ele: *A antecipação da tutela jurisdicional, como conceito relativamente distinto da tutela cautelar, chegou ao direito brasileiro com a 'Reforma de 1994' e não foi ainda perfeitamente compreendida pelos operadores do direito nem adequadamente assimilada pela doutrina (A Reforma da Reforma. 6ª ed., 2003, Malheiros, SP, p. 90).*

⁸⁶ Há quem critique, por exemplo, algumas alterações no capítulo dos recursos, tratando-as como leis elaboradas de forma casuística e sem o devido amadurecimento, desprovidas de uma visão de conjunto, especialmente a questão estatística (vide MOREIRA, José Carlos Barbosa, *in* Boletim INCIJUR, Vol. 8, março de 2000, pp. 2 e 3).

Assim, o § 7º, do art. 273, é sintoma claro desta tendência, pois revelou uma tomada de posição da Comissão Revisora, mas não levou em consideração que as tutelas cautelar e antecipatória, por mais que possuam um laço de parentesco próximo (são espécies do mesmo gênero⁸⁷), guardam considerável distância entre si, no que toca à natureza, às hipóteses de cabimento e efeitos sobre o direito em litígio.

Por isso, saber se esta diferenciação é forte o bastante para afastar a fungibilidade entre as duas tutelas (proposta pelo art. 273, § 7º, do CPC), é, sem dúvida, o que tem gerado as maiores perplexidades para os operadores do Direito e, via de consequência, tantas alterações no mesmo artigo do Código. Cabe, então, analisar se a forma com que se encontram, hoje, positivadas no CPC, as tutelas preventivas guardam alguma congruência com o sistema de 1973, e quais as repercussões deste questionamento sobre os operadores do Direito.

Logo após a primeira grande reforma do CPC, em 1994, não foi incomum o indeferimento de petições iniciais de medidas cautelares inominadas que buscavam tutela cujos efeitos se encontravam entre as técnicas cautelar e antecipatória. De fato, se a academia foi, na época, pródiga em textos que buscavam a diferenciação entre ambas as tutelas, na prática forense, inúmeros foram os casos não contemplados pela teoria, e que mereceram decisões conflitantes.

Aparentemente respaldados pela doutrina, alguns julgados chegaram a lançar mão de extensa bibliografia para vaticinar o fim da ação

⁸⁷ Ainda José Carlos Barbosa MOREIRA, que traz sempre *le mot juste*, ensina que *Por 'tutela preventiva' não queremos designar neste passo um gênero de providências judiciais como as que disciplina o nosso vigente Código, no Livro III, sob a rubrica 'Das medidas cautelares'. Afastando de caso pensado preocupações puramente terminológicas, lembraremos que se impõe distinguir, segundo já tem feito a doutrina, entre duas entidades, dois tipos de remédios que às vezes se vêem confundidos. Um deles tende a assegurar de modo imediato a eficácia do processo, e só indiretamente protege o direito substantivo litigioso; (...). O outro tipo visa proteger de maneira direta a situação material em si, razão por que a providência judicial descansará no prévio acertamento do direito (lato sensu) e jamais assumirá feição de provisoriedade (...).* (Temas de Direito Processual: segunda série. 2ª ed., 1988, SP, Saraiva, p. 25).

cautelar inominada⁸⁸, em nome de uma *purificação do processo cautelar*⁸⁹, julgando-o aplicável apenas em caso de ação cautelar típica, e relegando as demais hipóteses para a técnica antecipatória.

Esta foi uma primeira leitura da reforma, baseada na interpretação conservadora dos bons textos publicados à época. Entretanto, este verdadeiro furor diferenciatório entre as duas técnicas foi muito prejudicial para a assimilação do novo conceito, posto que surgiram diversas correntes jurisprudenciais, onde, para um mesmo caso concreto, ora as tutelas eram tomadas uma pela outra (fungibilidade), ora eram radicalmente diferenciadas, chegando-se, inclusive, a cunhar a expressão *tutela cautelar antecipatória*⁹⁰. Vencer ou perder um processo deixou, então, de ser uma questão de Direito e passou a depender substancialmente da corrente doutrinária esposada pelo órgão que apreciasse o caso em última instância.

Este problema ganhou um contorno ainda mais dramático, quando o Judiciário se deparou com questões onde a diferenciação entre as tutelas não era tão clara, tais como, *v.g.*, a suspensão dos efeitos de assembleia geral de acionistas, o cancelamento de protestos, ou ainda a suspensão do processo executivo de sentença rescindenda.

Na verdade, estes eram à época exemplos típicos dos riscos de se

⁸⁸ Cf. MELLO E SOUZA, Eduardo. *A crise da medida cautelar inominada*: in Boletim INCIJUR, Vol. 7, fevereiro de 1998, pp. 2 a 4.

⁸⁹ Teori Albino ZAVASCKI explica que: *O que se operou, portanto, foi a purificação do processo cautelar, que assim ficará restrito à sua finalidade típica: a obtenção de medidas para tutelar o processo, e indiretamente, o direito, sem porém satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecuratórias, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, aliás, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento. Postulá-las em ação cautelar onde os requisitos para a concessão são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil que, para satisfazer antecipadamente exige mais que plausibilidade, exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca.* (Reforma do CPC, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996, p. 165).

⁹⁰ Não será necessária uma pesquisa muito aprofundada. O Superior Tribunal de Justiça é pródigo em decisões conflitantes neste assunto. Por exemplo, a simples retirada do nome do devedor de cadastro de inadimplentes, gerou as mais variadas diferenciações, e curiosas terminologias. A 3ª Turma elegeu a tutela antecipatória como a adequada para resolver a questão (STJ – 3ª Turma – MC nº 2003/0028568-5/SP, publ. no DJU de 09/06/2003, p. 262, Relator Min. Ari Pargendler, j. em 11/03/2003 – unânime). Por sua vez, a 4ª Turma, indeferiu os recursos onde não constava a tutela cautelar como a adequada para a idêntica situação (STJ – 4ª Turma – RESP nº 1997/0072920-6/RS, publ. no DJU de 04/06/2001, p. 154, Relator Min. Barros Monteiro, j. em 01/03/2001 – unânime). Com algum requinte, a mesma 4ª Turma cunhou a expressão “*medida cautelar antecipatória*”, para dirimir (ou semear) a controvérsia (STJ – 4ª Turma - AGA nº 1999/0115420-0/PI, publ. no DJU de 21/08/2000, p. 149, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 18/05/2000 – unânime).

estabelecer uma regra fixa para algo tão esquivo quanto a diferenciação das duas técnicas, ou tão abstrato quanto fundi-las numa só. Esqueceram que, para estabelecer com nitidez o âmbito de atuação de cada uma delas, seria necessária a utilização de raciocínio processual que prestigiasse, caso a caso, as circunstâncias teóricas e legais aplicáveis ao caso concreto.

Exatamente por isso, falou-se em crise da ação cautelar inominada, com base na interpretação descontextualizada das primeiras conclusões doutrinárias a respeito⁹¹. Os operadores, à época, não estavam tão familiarizados com o tema quanto a doutrina, considerando que a reforma do CPC não havia extinguido a ação cautelar, que passou a conviver com uma *nova* tutela de urgência. Para alguns, a tutela antecipatória apenas delimitou a funcionalidade da cautelar. Para outros, reafirmou-se a fungibilidade entre elas. De qualquer maneira, para ambas as correntes, a medida cautelar inominada continuou existindo, só que com roupagens completamente diferentes.

3.2 O eterno problema cognitivo entre cautelaridade e satisfatividade;

Para melhor entender a presente linha de raciocínio, será necessária uma breve análise evolutiva das diferentes formas de tutela, criadas no passado recente da processualística civil brasileira. Isto será necessário para identificar as razões que levaram os operadores a ter tanta dificuldade em se adaptar a um sistema que, de novo, não tinha nada. Identificar o porquê de se criar tanta polêmica entre institutos tão próximos⁹².

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*: 2ª ed., Malheiros, 1995, SP, p. 139. A certa altura, o eminente professor da USP assevera que: *Inserindo-o no Livro I do CPC, que tem por objeto o 'processo de conhecimento', o legislador tomou posição quanto a uma questão conceitual que já foi muito importante, que é a da possível 'natureza cautelar' da antecipação da própria tutela pretendida no processo de conhecimento.*

⁹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Do Processo Cautelar*: 1ª ed., 1996, Forense, RJ, pp. 7 e 8. *Embora a doutrina aceite em geral o entendimento de que a tutela cautelar insere-se no gênero 'tutela preventiva', mesmo esta questão acabou por tornar-se polêmica, em virtude de certos pontos de vista sustentados por Carnelutti, o qual em determinado momento de sua construção doutrinária, dividiu os processos cautelares em 'inibitórios, restitutórios e antecipatórios'.*

Observada a sequência das tutelas preventivas na medida em que foram surgindo nos últimos sessenta anos, conclui-se, num primeiro momento, que a tônica era nitidamente acautelatória, por mais que a tutela detivesse desdobramentos satisfativos (antecipatórios). Assim foi com o Poder Geral de Cautela do CPC de 1939, a tutela em mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II), a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º).

Nestas técnicas, se se atentar para o verbo utilizado pelo legislador (ou sua intenção), observa-se que, no mais das vezes, utilizou-se a palavra *suspender*⁹³, significando, aparentemente, medida de natureza puramente assecuratória da efetividade do processo e não necessariamente antecipatória do direito material. Uma tutela que *suspenderia* os efeitos do decurso do *tempo processual* sobre o objeto da lide⁹⁴, de forma a apenas garantir o fim útil desta.

É situação completamente diferente das expressões cunhadas para as tutelas mais modernas que se apoiam nos verbos *ordenar* ou *determinar*⁹⁵. Estas, nitidamente, impõem mais do que uma suspensão dos efeitos do tempo sobre o processo, elas invertem o tempo em favor do *autor que tem razão* e em prejuízo do *réu que não a tem*⁹⁶.

Independentemente destas alterações no verbo utilizado para caracterizar as tutelas, nunca houve dúvidas sobre qual seria a intenção do legislador ao positivá-las. Mesmo no mandado de segurança, ou na ação popular, por exemplo, elas sempre tiveram eficácia suspensiva e/ou ativa, de acordo com a situação fática submetida a juízo. Vale dizer, o legislador jamais se preocupou com a eventual contradição entre o verbo utilizado e os efeitos da tutela prevista

⁹³ LACERDA, João Manoel Carneiro. *Código de Processo Civil Brasileiro*: 4º Vol., Saraiva, SP, 1941, p. 3. Ao comentar o art. 675 do CPC de 1939 o autor reconhece que o dispositivo se utiliza do verbo *determinar*, mas sem dissociá-lo do verbo *acautelar*, a fim de *perpetuar provas ou satisfazer exigência legais (...), garantindo a execução ou evitando fraude, (...) ou previnem direitos*, sempre utilizando exemplos de medidas não satisfativas.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*: 1ª ed., 1997, RT, SP, pp. 28 a 30. O autor utiliza-se da expressão *inversão do tempo processual*, para ilustrar os efeitos de medida antecipatória sobre o direito em debate no processo. Por analogia, pode-se considerar que a tutela cautelar *suspende* os efeitos danosos do tempo sobre o direito em discussão.

⁹⁵ Cf. tutelas dotadas de nítido caráter mandamental e executivo, contidas nos arts. 11, da Lei nº 7.374, de 24.7.85 (LACP), 84 da Lei nº 8.078, de 11.9.90 (CDC), 461 e 461-A, do CPC.

⁹⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.*, p. 23.

em lei, pois era corrente, à época, a utilização do termo *cautelar* como gênero de qualquer tutela preventiva, fosse ela satisfativa ou não. É só lembrar a classificação do processo cautelar defendida por Carnelutti⁹⁷ e amplamente utilizada pela doutrina.

Entretanto, a partir do CPC de 1973, a questão se complicou, pois criou-se processo próprio para a medida cautelar. Da forma como foi positivada (Livro III), a tutela cautelar não mais estaria apta a gerar satisfatividade (mediante seu viés antecipatório proposto por Carnelutti⁹⁸), posto que inserida em procedimento sumário sem cognição exauriente e, portanto, desprovido de coisa julgada material, características incompatíveis com um juízo de certeza apto a gerar antecipação de tutela.

Surge, neste ponto um conflito entre os adeptos de Carnelutti (que jamais admitiriam efeitos definitivos em *composição provisória* da lide) com aqueles que admitiam uma jurisdição sem coisa julgada e, mesmo assim, definitiva⁹⁹.

Tanto que, naquela mesma época, a doutrina tratou de ampliar a classificação das ações, concebendo cinco (e não mais três) modalidades, acrescentando ações cognitivas exaurientes (dotadas de coisa julgada material) que prescindiam de um processo executivo autônomo, posto que nelas vinham embutidas suas próprias modalidades executivas (ações mandamentais e

⁹⁷ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Processal Civil y Penal*: Ediciones Jurídicas, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1971, p. 417. Ao classificar o processo cautelar, o mestre italiano ensina que o critério deve ser sempre o modo de reação diante das mudanças que o tempo poderia determinar no estado de fato inicial. Dentro desta visão, o processo cautelar poderia *inibir, eliminar* ou *antecipar*.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio: Do Processo Cautelar, 1ª ed., 1996, Forense, RJ, p. 85. Segundo ele, *A compensação da jurisdição cautelar torna-se difícil porque os processualistas, de um modo geral, resistem à idéia de uma jurisdição sem coisa julgada e, mesmo assim, definitiva. Galeno Lacerda, por exemplo, pressupõe – como o fazem necessariamente todos os adeptos de Carnelutti – a existência de coisa julgada material, sempre, na jurisdição contenciosa, ao afirmar que a sentença no processo de conhecimento haverá de representar um juízo de realidade e certeza. (...) Uma coisa que pudesse ser definida como 'justa composição provisória da lide' seria impensável para esta construção doutrinária, pois tal resultado não representaria nem 'composição justa' e nem mesmo 'composição da lide' que somente se compreende quando ela seja realmente definitiva, no sentido de não atacável por outra decisão judicial. A lide passível de controvérsia ainda não está composta.*

executivas *lato sensu*)¹⁰⁰.

Restou evidente que, ao aceitar a classificação quinária das ações, a doutrina pretendeu uma variação sutil no conceito de tutela cautelar, mantendo, contudo, o seu parentesco próximo com a medida antecipatória. De fato, esta variação permitiria que se *devolvesse* ao processo de conhecimento (através das ações mandamentais e executivas *lato sensu*) as tutelas ditas *cautelares*, mas de cunho satisfativo, mantendo-se no processo cautelar propriamente dito (Livro III), apenas aquelas medidas puramente assecuratórias do direito, sem viés antecipatório (daí ter-se falado em *purificação do processo cautelar*¹⁰¹).

O problema surgiu na medida em que o CPC não concebia este sistema quinário, já que não previu qualquer ação de natureza executiva *lato sensu* ou mandamental, empurrando o operador para resolver seus problemas urgentes com o processo cautelar, fossem eles de natureza satisfativa ou não.

Assim, a década de '80 assistiu a uma situação curiosa. O CPC, com seu sistema ternário de ações e dotado de um processo cautelar de largo espectro de atuação (cautelar e antecipatório), convivendo com a promulgação de normas extravagantes, que criavam ações mandamentais e executivas *lato sensu*, dando tratamento cada vez mais diferenciado às tutelas preventivas.

É inegável que houve um distanciamento entre as duas técnicas de tutela (antecipatória e cautelar), fato facilmente perceptível, *v.g.*, no texto da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Ali diferenciaram-se as tutelas puramente cautelares (art. 4º) das antecipatórias *lato sensu* (art. 12) e ambas das tutelas executivas e mandamentais (art. 11), que também seriam de cunho antecipatório.

Tal tendência foi posteriormente confirmada pelo Direito do

¹⁰⁰ Pontes de MIRANDA concebeu, a partir de 1971, que *a ação de execução pode deixar de ser ação autônoma, para se fundir noutra ação, se essa é mandamental. O ato, que seria prévio, ou mediato, passa a ser imediato. A ação de execução desaparece se o ato, que se esperaria, está incluso no 'pensamento'; vale dizer: se a ação se fez constitutiva. Também a ação deixa de ser executiva para ser mandamental quando o ato passa a ser ato mandado praticar pelo juiz da sentença proferida. Ainda segundo o grande mestre, até a ação condenatória pode ser desmunida de execução. (Tratado das Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Tomo VII, 1ª ed., 1999, Bookseller, Campinas, p. 35).*

¹⁰¹ Cf. ZAVASCKY, Teori Albino, *op. cit.*, p. 165.

Consumidor (CDC de 1990, art. 84), pelos Direitos da Infância e Adolescência (ECA, também de 1990), mas só foi atingir o CPC na primeira fase da Reforma, em 1994 (Lei nº 8.952).

Em realidade, se colocadas ao longo de uma linha do tempo, não escapará ao observador atento que cada uma destas modalidades foi criada dentro de uma circunstância histórica muito específica (sob o ponto de vista da evolução doutrinária), e se desenvolveram de forma reativa (e não pró-ativa) na medida em que a complexidade das relações intersubjetivas o exigiu, especialmente no que toca aos direitos coletivos. Por isso a bipartição entre as duas modalidades de tutela ficou mais clara nas ações coletivas, antes de ser positivada no Código.

Ora, o espaço de meio século entre a primeira técnica de tutela sob análise (CPC de 1939) e as três últimas (1985 a 1990, citadas acima), levou o operador do Direito menos familiarizado com a doutrina italiana, a desvirtuar a finalidade da tutela anterior até que o legislador propusesse uma correção de rumo, através de novas técnicas, mais modernas e adequadas. Vale dizer, o operador foi convivendo, gradativamente, com diferentes tratamentos legislativos de uma mesma tutela, o que, ao invés de unificar o entendimento, terminou por torná-lo de difícil compreensão.

Some-se este comportamento pouco ativo e muito reativo do legislador processual, à tendência natural, mas condenável da maior parte dos operadores de interpretar os novos institutos o mais próximos possível dos institutos antigos¹⁰², e o resultado é que, apesar de nascerem puras, técnica e teoricamente adequadas às suas finalidades, as diferentes formas de tutela de urgência sofreram, no dia-a-dia forense, alterações substanciais, com este crescente desvirtuamento interpretativo.

3.3 Crítica à abordagem apenas superficial do CPC sobre a teoria das

¹⁰² O que pode ser chamado de *Interpretação Retrospectiva*, na inteligente observação do Prof. José Carlos BARBOSA MOREIRA, no IIº Congresso Sul Brasileiro de Direito Processual Civil, Florianópolis, SC, 1995.

tutelas.

Identificada essa falta de harmonia entre operadores, legisladores e doutrinadores, que desandou a teoria clássica das tutelas de urgência, é importante salientar que, neste assunto, a própria doutrina já fomentava este cisma há décadas.

O mandado de segurança, por exemplo, que nasceu sequer sem ser unguído como modalidade de ação, transformou-se em remédio processual cognitivo e exauriente¹⁰³, eficaz para toda sorte de urgência contra autoridade pública. Sua tutela, dotada de efeitos, aparentemente suspensivos (e, portanto, não antecipatórios), sempre deteve nítida função satisfativa revestida de mandamentalidade¹⁰⁴, apesar das ressalvas do prof. Buzaid¹⁰⁵.

Não poderia ser diferente quando, em 1973, o novo CPC trouxe um livro inteiro destinado às medidas cautelares¹⁰⁶, em contraposição ao Código de 1939, que abordava o assunto em acanhados artigos entremeados no corpo dos chamados *processos acessórios*, mas outorgando ao magistrado plenos poderes, inclusive para agir *ex officio*¹⁰⁷. Há quem diga, aliás, que apesar da riqueza legislativa, o CPC de 1973 não evoluiu significativamente em relação ao de 1939,

¹⁰³ Relativamente exauriente, face ao que dispõem as Súmulas 269 e 271 do STF, mas suficientemente cognitivo até para declarações puras, conforme Súmula 213 do STJ.

¹⁰⁴ BUZUID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*: Vol. 1, Saraiva, 1989, p. 215, do qual se extrai o seguinte trecho: *Entende CELSO AGRÍCOLA BARBI que, 'ordenando a suspensão, terá o juiz antecipado em caráter 'provisório' a providência que caberá à sentença final e isso 'para evitar dano' que decorreria da natural demora da instrução do processo. HAMILTON DE MORAES E BARROS, estudando a natureza da liminar, também sustenta que 'não se trata de simples garantia contra risco futuro; ela já é a satisfação do pedido por antecipação da entrega da prestação jurisdicional'. COQUELJO COSTA partilha igualmente a opinião de que a liminar 'é uma quarta espécie de medida cautelar – a que, antecipando a solução da lide, destina-se a provocar uma decisão provisória, enquanto não obtida a definitiva'.*

¹⁰⁵ Ressalve-se que o Prof. BUZUID discordava deste entendimento, justamente com base na doutrina de Calamandrei. (*op. cit.*, p. 216).

¹⁰⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., Forense, RJ, 1998, p. 2. Segundo ele, *um dos aspectos que singulariza o Código Atual, em confronto com os vigentes em outros países de maior tradição jurídica, consiste precisamente no destaque outorgado ao processo cautelar, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Idêntico tratamento não se encontra em codificações apontadas como fonte de inspiração de nossos últimos Códigos de Processo Civil, como a alemã, a austríaca, a portuguesa e a italiana.*

¹⁰⁷ LACERDA, João Manoel Carneiro, *op. cit.* p. 8, ensina, ao comentar o art. 676 do CPC de 1939 que *Da expressão 'o juiz poderá determinar providências' resulta evidente que, na direção da causa e com aquele elevado propósito de fazer justiça eficaz, pôde (sic) o juiz, de ofício e independentemente de provocação dos interessados, determinar a providência que as circunstâncias impuzerem (sic).*

considerando o Poder Geral de Cautela do Código anterior mais eficaz que a fórmula adotada pelo texto vigente, excessivamente prolixo e casuístico¹⁰⁸.

Mas o fato é que diante da redação dada aos arts. 798 e 799, os operadores jurídicos encontraram a brecha para, utilizando o processo cautelar, obter tutelas de cunho nitidamente satisfativo, obedecendo à intenção original do Prof. Buzaid, sempre calçado na doutrina de Calamandrei¹⁰⁹.

No entanto, como já se viu linhas cima, não pode passar desapercibido que o CPC trouxe em 1973 modalidade processual de cognição sumária e desprovida de coisa julgada material, características essas incompatíveis com os conceitos de satisfatividade e definitividade, típicos das tutelas antecipatórias. Mesmo para quem detinha a opinião de que tutela cautelar poderia ser satisfativa, o Livro III trouxe algumas contradições insuperáveis sob o ponto de vista das técnicas de tutela.

Como já se disse, a arquitetura do processo cautelar não suportaria o peso cognitivo de um juízo de certeza, materializado em uma tutela de efeitos irreversíveis, posto que totalmente voltada para a mera constatação de um *fumus boni juris*, mediante medidas provisórias, incompatíveis, aliás, com a visão de Carnelutti¹¹⁰, que aceitava a tutela cautelar satisfativa, desde que interna ao processo de conhecimento.

Essas limitações do espectro de atuação das medidas cautelares obrigariam o legislador a tornar expresso o que, até então, era apenas implícito: a bipartição das técnicas de tutela, devolvendo-se para o Processo de Conhecimento aquelas que dependessem de maior substrato probatório, onde obteriam a definitividade imprescindível, e mantendo no Processo Cautelar aquelas que buscassem preservar apenas o direito plausível.

Conforme já se viu (supra nº III), a doutrina bem que advertiu desta

¹⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio: *Curso de Processo Civil*, Vol. 3, 3ª ed., 1998, RT, SP, p. 32, com fina ironia, sugere que os operadores do direito eram, em 1939, mais felizes que os de 1973.

¹⁰⁹ BUZOID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*: Vol. 1, Saraiva, 1989, pp. 215 a 217.

¹¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio: *Do Processo Cautelar*, op. cit., p. 85.

necessidade, fato que, inclusive, contribuiu para divisão quinária, contemplando ações cognitivas, que, por sua natureza, embutiam executividade suficiente para abrigar tutelas satisfativas (executivas e mandamentais)¹¹¹.

Mas a gestação da tutela antecipatória foi lenta demais e se deveu, dentre outras razões, à acomodação dos operadores que sempre emprestaram satisfatividade à ação cautelar inominada. Por isso, entre 1973 e 1994, a tutela antecipatória se limitou a ser apenas um dos efeitos de um grande Poder Geral de Cautela regulado pelo Livro III.

Assim, esta gestação legislativa foi prejudicada justamente pelo desvirtuamento imposto por tanto tempo à medida cautelar inominada, que seguia, a passo ordinário, os mandamentos da doutrina italiana clássica, admitindo uma tutela cautelar (gênero) antecipatória (espécie), mesmo que incompatível com o nível de cognição do processo cautelar. Ocorre que, certo ou errado, este tratamento foi a origem dos novos cismas que ocorreram na década de '90, quando finalmente a tutela antecipatória foi positivada no CPC. Desde então, ficou difícil para o operador perceber os diferentes campos de atuação das tutelas cautelar inominada e antecipatória.

Esta longa espera gerou um condicionamento por repetição. Isto é, o operador utilizou o processo cautelar com finalidade satisfativa por tantos anos, que foi natural sua dificuldade em conceber as diferenças altamente complexas entre as duas técnicas. Afinal, por mais de duas décadas, acostumou-se à utilização da tutela cautelar como remédio eficaz para todas as dificuldades imediatas, satisfativas ou cautelares propriamente ditas. Por isso, a Reforma de 1994 gerou tanto impacto, agravado ainda mais pela forma com que foi redigido o art. 273 do CPC¹¹².

¹¹¹ Segundo ele, *foi grave erro dos juristas menosprezarem a busca dos pesos de mandamentalidade nas ações e nas sentenças, pois elas trazem atos de execução, em que o mandado é intraprocessual, com conteúdo condenatório imediato.* (Tratado das Ações, vol. VI, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 1ª ed., SP, 1999, Bookseller, pp. 23 a 31).

¹¹² DINAMARCO, *A Reforma da Reforma*. 6ª ed., 2003, Malheiros, SP, pp. 90 e 91.

Vale dizer, porque, durante vinte anos, conjugaram mal o verbo *acautelar*, os operadores foram condenados a conjugar o verbo *antecipar*, de forma ainda pior.

Por evidente, esperava-se, após tantos anos de uma tutela cautelar *polivalente*, que o advento da tutela antecipatória deixasse claras as diferenças entre ambas as técnicas, mas não foi isso que ocorreu. Em realidade, da forma com que foi redigido o art. 273, os institutos se quedaram perigosamente próximos e semelhantes. Basta observar duas características tipicamente cautelares que foram vinculadas à tutela antecipatória. No *caput* constou a *verossimilhança da alegação* (direito provável) como condicionante de um juízo de certeza; e no § 2º a impossibilidade da concessão de tutela antecipatória irreversível (provisoriedade da medida).

Ora, plausibilidade e provisoriedade sempre foram características intrínsecas das medidas cautelares propriamente ditas. Exatamente por isso é que o CPC de 1973 as retirou do bojo do processo de conhecimento (CPC, de 1939) e concedeu-lhes um processo próprio, sumário e de eficácia provisória, sem a menor intenção de buscar juízos de certeza com repercussões definitivas.

Atentas a essa questão, as primeiras doutrinas buscaram relativizar o § 2º, do art. 273, chegando até mesmo a sugerir a sua revogação¹¹³. Luiz Guilherme Marinoni, baseado na opinião do Min. Eduardo Ribeiro¹¹⁴ procurou, inclusive, esclarecer a real intenção do legislador ao positivizar o art. 273, § 2º. Segundo aquele ilustre professor da UFPR, *nos casos em que o direito do autor, que deve ser mostrado como provável, está sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação é ilógico não se conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que ela pode trazer dano ao direito que é improvável*.

¹¹³ MELLO E SOUZA, Eduardo, *op.cit.* p. 4.

¹¹⁴ Segundo ele, *não há qualquer lógica em não se admitir a concessão da tutela antecipatória baseada em 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação' sob o simples argumento de que a sua concessão pode causar prejuízo irreversível ao demandado. Mesmo antes da introdução da tutela antecipatória no CPC admitia-se a concessão da tutela antecipatória, sob o rótulo de tutela cautelar, ainda que ela pudesse causar prejuízo irreversível ao réu. (Novas Linhas do Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, SP, 1999, p. 139).*

Isto é, a tutela antecipatória poderia perfeitamente ser irreversível (afinal era essa a sua natureza), sempre que sua não concessão acarretasse situação irreversível para o autor que tivesse razão. Entretanto, este ensinamento tão esclarecedor, não foi capaz de aplacar a confusão jurisprudencial que se seguiu, onde todos os Tribunais, sem exceção, inclusive órgãos de superposição, ora proíbem a antecipação de tutela que seja irreversível, ora deferem sem atentar para o problema (ver nota 11).

Este *imbroglio* teria sido evitado por uma redação mais clara e específica, que deixasse evidente a função antecipatória: quebrar o mito da *nulla executio sine titulo*, trazer a execução para dentro do processo de conhecimento (como já previra Pontes de Miranda), separando satisfatividade da formação da coisa julgada material. Vale dizer, conceber um provimento efetivo antes mesmo do acerto definitivo da ação¹¹⁵.

Tais características tornam meridianamente claras as suas diferenças com a tutela cautelar, resumíveis em uma única palavra: satisfatividade. Com efeito, esta é a nota dissonante no concerto entre os dois institutos, pois cautelar não satisfaz, apenas assegura o direito em debate no processo principal. Essa relação entre medida cautelar e ação principal, a doutrina chama de *referibilidade*, isto é a transitividade¹¹⁶ que liga o direito acautelado ao direito de acautelá-lo.

Mesmo os provimentos cautelares nominados de caráter satisfativo (v.g., os alimentos provisionais, a justificação, a separação de corpos, a ação de demolição e interdição, etc.), não abrem mão da referibilidade em relação ao uma ação principal, posto que seus provimentos apesar de satisfativos, carecem da definitividade gerada pela sentença na ação cujo direito buscou-se acautelar. Assim, resta evidente que referibilidade com provisoriedade é característica básica dos provimentos cautelares, mesmo aqueles que esbarram na

¹¹⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme: *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, 2ª ed., RT, SP, 1994, pp. 80 e 81 (*de lege ferenda*).

¹¹⁶ *Idem*.

satisfatividade (característica típica do provimento antecipatório)¹¹⁷.

Que existem diferenças entre as duas técnicas de tutela, disso já não há mais dúvidas. O que resta saber é se tal distanciamento é grande o suficiente para não mais caracterizá-las como espécies fungíveis entre si, ou mesmo gêneros de uma mesma espécie. Este é o problema gerado pela atual redação do art. 273, § 7º do CPC, a qual já permite uma primeira conclusão: apesar de ser o mais recente capítulo desta controvérsia, tudo indica que não será o último.

Por evidente, causou estranheza até mesmo a forma com que o dispositivo foi redigido¹¹⁸. Do seu texto se extrai o reconhecimento cabal de que efetivamente existem diferenças entre as duas técnicas de tutela, grandes o suficiente para confundir o operador. Pela primeira vez na história do processo civil brasileiro, positivou-se medida que prestigia a possibilidade do advogado se enganar acerca de qual seria a tutela mais adequada à proteção dos interesses urgentes de seu cliente¹¹⁹.

Mas há outras conclusões não tão irônicas. A primeira delas decorre da abrangência do dispositivo. Não há dúvidas que ele permite a concessão de medidas cautelares no corpo do Processo de Conhecimento. Neste aspecto, há evidente retorno às origens, voltando a tutela cautelar a ser interinal¹²⁰, como ocorria no CPC, de 1939¹²¹.

Diante desta conclusão, o legislador teria sido coerente, pois se o

¹¹⁷ *Idem*, p. 81.

¹¹⁸ CPC, art. 273, § 7º, com a redação dada pela Lei nº 10.444, de 07.5.2002: *Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizado.*

¹¹⁹ O art. 920 do CPC prega a fungibilidade entre as ações possessórias, mas não por eventual engano de quem propôs a ação, mas em função da dinâmica dos acontecimentos que cercam a lide, e que podem transformar, em questão de horas, a simples ameaça em esbulho consumado, prejudicando a apreciação de um pedido que rapidamente se tornou incompatível com os fatos concretos.

¹²⁰ Dentro da classificação do Prof. Ovídio BAPTISTA DA SILVA que entende por interinais as tutelas de urgência deferidas no corpo do processo de conhecimento (Curso de Processo Civil: vol. 3, 3ª ed., RT, SP, 1998, p. 18).

¹²¹ LACERDA, João Manoel Carneiro. *Op. cit.*, p. 8. Segundo ele o CPC de 1939 foi *coerente com o critério que se traçou de dar ao juiz uma autoridade maior na direção da causa, atribuiu-lhe o Código o poder de determinar qualquer providência sempre que necessária à segurança do interesse das partes litigantes e à defesa do prestígio da própria Justiça.*

magistrado detém no processo de conhecimento amplas condições de deferir tutela de cunho antecipatório, com base em cognição ampla, apta a gerar coisa julgada material, poderia perfeitamente deferir tutela cautelar, cujos requisitos não são tão exigentes.

Entretanto, à vista de tudo o que se discutiu neste artigo, há sérias dúvidas se o § 7º, do art. 273, ao permitir tutelas cautelares em processo de conhecimento, autorizaria também o deferimento de tutelas antecipatórias em processo cautelar, completando-se um ciclo de plena fungibilidade entre ambas as tutelas.

Esta segunda conclusão se torna muito perigosa, à vista de toda a evolução das tutelas preventivas no Direito Processual brasileiro. Em primeiro lugar em virtude do próprio texto da norma. Ele é claro no sentido do deferimento de tutelas cautelares em processo de conhecimento. Mas a plena fungibilidade não está tão evidente, e deriva de interpretação que transcende o razoável, por um motivo: todo o Livro III teria, então, perdido a utilidade. No entanto as medidas cautelares lá permanecem sendo reguladas, intocadas pela Comissão Revisora do CPC. Não haveria sentido lógico em permitir ampla fungibilidade de tutelas dentro do processo de conhecimento, e manter toda uma sistematização específica para medidas cautelares em outro Livro do Código.

O Prof. Cândido Dinamarco minimiza a questão, ensinando que diferenças entre as duas técnicas existem, mas que não impedem a sua fungibilidade¹²². Entretanto, o ilustre professor da USP não enfrenta o problema de haver tutelas de urgência fungíveis entre si convivendo com a sistemática do Livro III. Além disso, fica a dúvida gerada pelo cisma doutrinário acerca das limitações do processo cautelar, que não deteria estrutura cognitiva e força

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel: *A Reforma da Reforma*. 6ª ed., Malheiros, 2003, SP, pp. 90 e 91. A certa altura, aduz o ilustre Prof. da USP: *A nova Reforma procura mitigar essas dificuldades, ao estabelecer a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, o que deve abrir horizontes para uma caminhada de maior esclarecimento de ambos os institutos e do gênero que integram. (...) A fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas de urgência - ou seja, para a descoberta de que muito há, na disciplina explícita das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela.*

mandamental suficiente para viabilizar tutelas antecipatórias, aptas a gerar execução antecipada.

De qualquer maneira, a permanência do Livro III no CPC, e todas as conclusões doutrinárias que isto implica, não retiram o mérito do § 7º, do art. 273. Mesmo não autorizando uma ampla fungibilidade entre as tutelas, ele já é, por si só, capaz de sinalizar a influência da doutrina clássica, em especial a de Carnelutti, que não havia ficado clara na Reforma de 1994, em virtude do trato sucinto dado à antecipação de tutela¹²³.

Mas é nítido que o legislador pretendeu incrementar ainda mais o poder discricionário do magistrado, como, aliás, já havia sinalizado na Reforma de 1994 (criando, inclusive, tutelas deferíveis *ex officio*), retomando conceitos que já eram claros no CPC de 1939. Assim, o § 7º, do art. 273, além de corrigir o rumo da Reforma do Código, confirmou sua orientação doutrinária, em torno da plena liberdade decisória do magistrado¹²⁴, simplificando os procedimentos e emprestando ainda mais instrumentalidade ao processo.

As diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória prosseguirão existindo. Mas apenas sob o ponto de vista dos critérios para seu deferimento, ou pelo nível de convicção do magistrado. Mas a plena fungibilidade de ambas dependerá dos próximos passos da Comissão Revisora, no sentido de esclarecer o destino a ser dado ao Livro III, emprestando-lhe os instrumentos que permitam o deferimento de tutelas satisfativas no corpo do processo cautelar, ou revogando-o, pura e simplesmente.

De qualquer maneira, tudo dependerá (como ocorreu em 1994) do tempo de maturação a ser dado aos operadores e, em especial, à jurisprudência que, assim, como a Reforma deverão fazer correções de rumo para (re)descobrir

¹²³ DINAMARCO, Cândido. Op. cit., pp. 90 e 91.

¹²⁴ Acerca da liberdade do magistrado para chegar a uma correta decisão, concebendo liberdade como discricionariedade, ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, in Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, SP, RT, 1997, p. 485).

a coerência sistêmica do CPC.

CAPÍTULO IV: CONCLUSÕES

O presente trabalho procurou estabelecer duas premissas didáticas para uma melhor compreensão do processo civil. A primeira, mais usual enquanto método – ainda que rara nos bancos universitários –, é utilização da história como pano de fundo do aprendizado. Não apenas a história distante e fria, mas contextualizada por outras ferramentas didáticas, da literatura universal ou até mesmo do cinema, cada um testemunhando seu tempo a seu modo. Vale dizer, a história como elemento imagético que conecte o aluno na origem de institutos com os quais lida em seu dia-a-dia, sem saber sequer a razão do nome desta ferramenta ou da sua utilidade.

A visualização através dessa lente histórica (via literatura) elimina no aluno a necessidade de memorização, pois ele compreende o encadeamento de ideias que leva à compreensão do objeto de seu estudo.

A segunda, baseada no método cartesiano dedutivo, colhe da história os três elementos fundamentais (chamados de *dimensões*) para a formulação de uma teoria geral, ao menos para fins de ensino. Por isso a nomenclatura *dimensão*, exatamente para realçar uma impossibilidade física de confusão entre os institutos (procedimento, processo e ação). Até por que, nesta confusão, residem as mazelas que contaminam os operadores. Foi por conta deste verdadeiro *embaralhamento dimensional* que se cunhou, nos anos 70, a funesta expressão *ação ordinária*, simbolizando algo genérico, indefinido, sem qualquer significado lógico, utilizada sempre quando o operador não conseguia atribuir à sua ação um nome oriundo do direito material (ação de reconhecimento, ação revisional, ação oinatória, etc.) em uma nostalgia do século XIX, e a era imanentista.

Como dizia José Carlos BARBOSA MOREIRA, “na expressão *ação ordinária*, o ordinário é o operador”.

Nada contra o batismo da ação com o nome que melhor aprouver ao magistrado ou advogado. Mas tudo contra a desinformação conceitual que ele revela. A capitulação do pedido, por exemplo, se o raciocínio do operador ainda reside no século XIX, de alma imanentista, muito provavelmente não saberá capitular adequadamente seu pedido (advogado), ou até mesmo capitular o dispositivo da sentença (magistrado), aplicando a máxima oitocentista: um nome, um direito material, um único pedido. Inventando verbos para muito além da teoria quinária, acrescentando centenas de outros (revisar, reconhecer, cominar, decretar, adjudicar), como se todo o universo processual fosse composto de procedimentos especiais.

Assim, deve-se compreender que cada dimensão tem, inclusive, sua própria teoria geral. O procedimento (meio-físico da tríade) que se divide em comum e especial (eco do século XIX que ainda persiste no direito brasileiro), possui como características básicas a insubversibilidade dos atos, que não podem ser invertidos, a solenidade própria, o ritmo cognitivo, que pode variar de acordo com o direito discutido nos autos.

Sem esquecer das características específicas dos procedimentos especiais, como a *actio duplex*; a incompatibilidade de ritos entre as ações, mesmo próximas entre si pelo direito material; além dos prazos diferenciados.

Já no processo (enquanto método), o plano histórico será de suma importância, na medida em que decorre de uma lógica invertida: ao longo dos períodos, onde a execução era regra, a cognição exceção. A inversão se deu já no Direito Romano tardio, sob nítida influência da unificação religiosa do império, sob confissão católica, ampliando-se a *cognitio* ao longo dos séculos, incorporando gradativamente institutos antes vinculados exclusivamente aos procedimentos especiais, absorvendo-os.

A última dimensão se refere à ação, enquanto verbo, enquanto capítulo (declarar, constituir, condenar, executar, ordenar). Aqui, para uma melhor ilustração, pode o professor citar até mesmo o evangelho bíblico de João

(1:1-18), segundo o qual, antes da matéria, Deus era o Verbo (“*No princípio havia o verbo, e o verbo emanava de Deus, e o verbo era Deus*”), dando origem à conhecida frase mnemônica do ensino fundamental, segundo a qual, “*a todo verbo corresponde uma ação*”. Isso nunca foi tão verdadeiro quanto no processo civil.

Estabelecidas as três dimensões, ocorrem os seus desdobramentos naturais. A teoria da ação se espelha na teoria da jurisdição (segundo CARNELUTTI, a diferença reside apenas no ponto de vista com que se observa o fenômeno processual). Dentro dela, residem as tutelas de urgência e de evidência, dentro do conceito preconizado por PONTES DE MIRANDA (sentença de mérito = provimento efetivo (tutela) + acerto da ação (norma aplicável)).

A própria teoria recursal deriva em parte deste estudo da ação/jurisdição, aproximando-se nos conceitos em comum, como capitulação, preclusões, eficácias e até mesmo tutelas. O mesmo paralelo ocorre como a execução forçada do título judicial (cumprimento) e suas heranças romanísticas em comum com a *actio* que hoje residem num contraditório sem fim.

Qualquer um destes temas (jurisdição, tutelas, recursos e execução) poderiam compor o terceiro capítulo deste trabalho (e talvez venham a compor capítulos posteriores no futuro), sem nenhuma perda de continuidade.

Optou-se, aqui, pela análise evolutiva das tutelas, por uma questão de conveniência, pois trata-se da cadeira lecionada pelo autor do trabalho. Mas a conclusão fundamental que se extrai é que a tridimensionalidade, aliada às ilustrações históricas, constituem a base para a compreensão de todos os demais campos do processo, a fundação necessária para a construção do conhecimento.

Dessa forma, pode-se compilar as conclusões da presente dissertação em cinco pontos fundamentais:

- Nenhum conceito processual pode ser explicado sem sua contextualização

histórica, nela incluída a ilustração pela literatura universal, crônica das diferentes eras do desenvolvimento da matéria;

- Para além do fenômeno histórico, toda abordagem didática deve se iniciar do plano geral para o particular (dedutivo), sob pena do estudante não compreender a inserção do objeto de sua pesquisa no plano geral dos institutos processuais;
- Este plano geral dos institutos processuais depende da separação clara (dimensões) de três elementos estruturantes:
 - o procedimento, como meio físico de realização das diferentes dimensões processuais e que possui sua teoria geral própria;
 - o processo enquanto método de solução de conflitos (2ª dimensão), de onde se extraem os dois conjuntos clássicos (a cognição e a execução forçada);
 - a terceira e última dimensão corresponde à satisfação do direito material através do conceito de ação, ou de seu consectário direto (a sentença), dependendo da perspectiva em que se observe o sistema;
- Por último, a possibilidade de aplicação deste sistema (e, especialmente, a localização nesse mapa), de todos os grandes sub-sistemas processuais (cognição/teoria da prova, força no método executivo, tutela provisória como carga de eficácia da ação, e recursos, como consectários das decisões;
- No presente trabalho optou-se pela localização e aprofundamento da tutela provisória, mas há espaço para inserir todos os demais.

Evidente que o presente trabalho não pretende diminuir a importância do estudo de conceitos mais específicos, como a natureza de uma hasta pública, ou do princípio da cooperação, ou, ainda, das circunstâncias que

levam a uma citação por edital. Mas tudo dentro de uma ordem lógica (cartesiana) de que o especial virá após a visão geral. E se a teoria geral for bem compreendida, a compreensão dos temas específicos será intuitiva.

Não é incomum o aluno, com sadio orgulho, se comprometer com seu professor de processo à entrega de estudo profundo sobre prejudicialidade interna, por exemplo. Mas o professor, de imediato, deveria perguntar: quantos livros tem o CPC, e qual sua ordem lógica?

A vantagem de se aplicar o método cartesiano, é que se trata de um elemento da didática que serve a toda forma de conhecimento. Inverter sua ordem e ensinar o particular em detrimento do geral, é o mesmo que um professor de música ensinar uma única melodia, que deverá ser decorada, ao invés de transmitir a teoria geral da música, que permitirá ao aluno intuir todas as canções do mundo.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1997.

ALVES, José Carlos Moreira - *Direito Romano*, Vol I, 5ªEd., Rio de Janeiro, Forense, 1983.

ARENHART, Sérgio da Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil*, ed. RT, São Paulo, Vol. 1, 2015.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória*, in *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, SP, RT, 1997.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 18ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

ALSINA, Hugo – *Derecho Procesal*, 7 Vols., 1ª ed., Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, 1963.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1997.

_____. *Teoria Geral do Processo*, 5ª ed., ed. RT, SP, 2009.

_____. *Do Processo Cautelar*: 1ª ed., 1996, Forense, RJ.

_____. *Curso de Processo Civil*, Vol. 3, 3ª ed., 1998, RT, SP.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1984.

_____. in *Boletim INCIJUR*, Vol. 8, março de 2000.

_____. *Temas de Direito Processual: segunda série*, 2ª ed., 1988, SP, Saraiva.

BEAUDELAIRE, Charles. *Les Fleurs du Mal*, Paris, Librairie Générale Française, 1972.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre Processo*, Malheiros, 2022.

BENJAMIN, Walter. *Paris, A Capital do Século XIX*, São Paulo, ed. L&PM, 2016.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto - *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1ª Reimpr., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília, Editora Polis e Editora UnB, 1990.

BRESCIANI, Maria Estella M., *Londres e Paris no Século XIX: o Espetáculo da Pobreza*, ed. Brasiliense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1996.

BÜLLOW, Oskar. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, 2ª Ed., LZN, Campinas, 2003.

BUZAID, Alfredo. *A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro*, in *Revistas da USP*, 1979, www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/6940588187

_____. *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*, ed. RT, São Paulo, 2002.

_____. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11.1.73*, publ. no DOU de 02.8.72.

_____. *Do Mandado de Segurança: Vol. 1*, Saraiva, SP, 1989.

CALAMANDREI, Piero - *Eles, os Juízes, Vistos por nós, os Advogados*, 7ª Ed., Trad. Arydos Santos, Lisboa, Livraria Clássica Editora, s/ data.

CANCELLIER, Luiz Carlos. *Sistematização do Estudo e da Pesquisa em Direito e Literatura*, in *Novas Contribuições à Pesquisa em Direito e Literatura*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, ed. Servanda, Campinas, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e Brayant GARTH - *Acesso à Justiça*, Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et alii* - *Teoria Geral do Processo*, 10ª Ed., São Paulo, Malheiros, 1994.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Romano*, 1ª Ed., RT, 1996.

DAVID, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporâneos*, trad. da 2ª ed. francesa, Madrid, 1968.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*, ed. Edições 70, 2018, SP.

DICKENS, Charles. *A Casa Soturna*, ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, trad. Oscar Mendes, 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª Ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*, 4ª Ed., São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. *A Reforma da Reforma*. 6ª ed., 2003, Malheiros, SP.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Autocomposição e o Projeto Legislativo de Novo Código de Processo Civil – Expectativas e Frustrações; 100 anos – Revista dos Tribunais*, 2012, 1ª ed.

GILISSEN, John - *Introdução Histórica ao Direito*, Trad. A. M. Hespanha e L. M. Malheiros, 2ª Ed. Portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*, trad. Ricardo Rodrigues Gama, Juruá Editora, SP, 2003.

GRECO, Leonardo - “A Revisão Constitucional e o Processo Civil”, In Revista de Processo, 67: 103, São Paulo, RT, 1992.

HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Impérios*, ed. Paz e Terra, São Paulo, 2019.

HUGO, Victor, *Os Miseráveis*, trad. Walcyr Carrasco, ed. FTD, 1998.

INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO, ed. RT, trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, SP, 2000.

JUNQUEIRA, Eduardo, FGV, cpdoc.fgv.br.

KELSEN, Hans - *Teoria Pura do Direito*, 1ª Ed. Bras., Trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes Editora, 1985.

LACERDA, Galeno: *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., Forense, RJ, 1998.

LACERDA, João Manoel Carneiro. *Código de Processo Civil Brasileiro: 4º Vol.*, Saraiva, SP, 1941.

LAMY, Eduardo de Avelar, et al. *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., ed. Atlas, SP, 2023.

LIMA, Alexandre Delfino de Amorim. *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*, Saraiva, São Paulo, 1941, 2º vol.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*, 1ª ed., Editora UnB, Brasília, 1980.

MARCATO, Antonio Carlos, *Procedimentos Especiais*, 12ª ed., ed. Atlas, São Paulo, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, São Paulo, RT, 1993.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e*

Execução Imediata da Sentença: 1ª ed., 1997, RT, SP.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, 2ª ed., RT, SP, 1994.

MARQUES, José Frederico - *Manual de Direito Processual Civil*, Vols. 1 a 4, 8ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1986. MIRANDA, Pontes de - *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomos I e II, 3ª Ed. c/ atualiz. legisl. de Sergio Bermudes, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed., Forense, RJ, 1979.

MELLO E SOUZA, Eduardo. *A crise da crise da medida cautelar inominada*: in Boletim INCIJUR, Vol. 7, fevereiro de 1998.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e Coisa Julgada*, 4ª Ed., Aíde, Rio de Janeiro, 1992.

MORATO, Francisco. *Processo Oral*, 1ª série, Rio de Janeiro, Forense, 1940.

NERY JUNIOR, Nelson - *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, RT, 1992.

NUNES, Dierle *et al*, SENADO FEDERAL, in Revista de Informação Legislativa, ano 48, nº 190, tomo 2, 2011

PASSOS, José Joaquim Calmon. *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

PAULA, Alexandre de - *Código de Processo Civil Anotado*, Vols. 1º a 4º, 5ª Edição, São Paulo, RT, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de Direito Civil*, Vol I (Teoria Geral e Introdução ao Direito Civil), 5ª Ed., 3ª Tir., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

PEREIRA, Cássia. *As Origens Medievais do Ensino do Direito em Bolonha*, Belo Horizonte, ed. Dialética, 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, Vol. 1, 1ª Ed., Bookseller, São Paulo, 2016.

REALE, Miguel - *Aplicações da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Forense, 1991. ROSAS, Roberto - *Direito Sumular*, 3ª Ed., São Paulo, RT, 1986.

SANTOS, Moacir Amaral - *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vols. 1 a 3, 11ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1984.

SHAKESPEARE, William. *Comédias e Romances (Teatro Completo)*, Vol. 2, ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2009.

TARZIA, Giuseppe - *O Novo Processo Civil de Cognição na Itália*, Conferência no TJ/PR em 23.6.95, Trad. Clayton Maranhão, Curitiba, 1995.

VARELLA, Antunes. *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

VINCENT, David. *Alfabetização e Desenvolvimento*, in *Revista Brasileira de Educação*, v. 19, n. 58, jul-set 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues - “*Anotações Sobre o Devido Processo Legal*”, in *Revista de Processo*, 63: 54, São Paulo, RT, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos - *História do Direito no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1

ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do CPC*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996.