

**TÉCNICA PROCESSUAL E (DE)LIMITAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ:
CONTRIBUTOS DE UMA LEITURA HERMENÊUTICA DO PROCESSO CIVIL¹**

***CIVIL PROCEDURE TECHNIQUE AND (DE)LIMITATIONS OF THE POWERS OF
THE JUDGES: CONTRIBUTIONS FROM A HERMENEUTICAL READING OF
THE CIVIL PROCEDURAL LAW***

Igor Raatz

Pós-doutor, doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em processo civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Membro da ABDpro. Membro do IIDP. Professor do curso de graduação em Direito da Universidade FEEVALE – Novo Hamburgo (RS). Professor em cursos de pós-graduação e graduação. Advogado.
igor@raatzanchieta.com.br

William Galle Dietrich

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, como bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade FEEVALE – Novo Hamburgo (RS). Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Membro da ABDpro. Advogado.
galledietrich@gmail.com

RESUMO: O presente ensaio, partindo do “método” fenomenológico-hermenêutico, revolverá a tradição do “princípio dispositivo”, com o intuito de desvelar que este foi originalmente concebido para limitar o arbítrio judicial, e não para admitir a atuação oficiosa do órgão julgador. A partir disso, e estando assentada a premissa de que há um espaço no âmbito da chamada “técnica processual” em que se admite a atuação de ofício

¹ Artigo recebido em 01/10/2017 e aprovado em 24/02/2018.

do juiz, buscar-se-á mostrar que as visões limitadas às análises apofânticas-dogmáticas do fenômeno da (de)limitação dos poderes do juiz acabam por sustentar um excessivo e antidemocrático espaço de liberdade para o órgão julgador.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio dispositivo; técnica processual; dogmática processual; Crítica Hermenêutica do Direito; discricionariedade judicial.

ABSTRACT: THIS essay, under a hermeneutic-phenomenological “method”, will reflect upon the tradition of the disposition principle (legal principle which states that the judge cannot produce evidence *ex officio*), aiming to unveil that said principle was originally developed with the intent of limiting judicial discretion, and not to admit *ex officio* judicial acts. From that, and with the established premise that there actually is a space on the “procedural technique” for *ex officio* acts, this work seeks to demonstrate that the limited apophantic-dogmatic analyses of the (de)limitations of the power of the judges end up by supporting an excessive and antidemocratic space of discretion for the judging institution.

KEYWORDS: Disposition principle; procedural technique; procedural dogmatic; Hermeneutical Critique of Law; judicial discretion.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 2 Da abordagem dogmática acerca do tema: as facetas do “princípio dispositivo” e sua imprecisão terminológica, teórica e normativa; 3 O problema da (de)limitação dos poderes do juiz diante do paradigma hermenêutico; 4 Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1 Considerações iniciais

Com o intuito de mostrar a importância (e a complexidade) do tema da (de)limitação dos poderes do juiz no processo civil, notadamente no âmbito daquilo que a dogmática processual denomina de “técnica processual”, buscar-se-á realizar, no presente ensaio, um revolvimento da tradição que se construiu sobre o “princípio dispositivo”, com o objetivo de desvelar que este foi originalmente concebido para limitar o arbítrio judicial, e não para, no plano processual, admitir a atuação oficiosa do órgão julgador, como vem

sendo defendido desde as obras de Carnacini e Cappelletti. A partir disso, e estando assentada a premissa de que há um espaço no âmbito da chamada “técnica processual” em que se admite a atuação de ofício do juiz, buscar-se-á, através de uma leitura hermenêutica do processo, mostrar que as visões limitadas às análises apofânticas-dogmáticas do fenômeno da (de)limitação dos poderes do juiz acaba(ra)m por sustentar um excessivo espaço de liberdade para o órgão julgador, especialmente no que tange aos meios de prova, aos meios de efetivação dos provimentos jurisdicionais e às questões de ordem pública, o que se afigura totalmente contrário ao modelo democrático-constitucional de processo, notadamente diante da sua feição garantista. Diante dessas questões, sustentar-se-á a hipótese de que a “técnica processual” não significa uma carta branca para o arbítrio judicial, mas antes, trata-se de espaço que deve ser preenchido levando em conta aspectos compartilhados de forma intersubjetiva, vale dizer, estando, portanto, limitado por aquilo que, no paradigma hermenêutico, costuma-se denominar de tradição.

2 Da abordagem dogmática acerca do tema: as facetas do “princípio dispositivo” e sua imprecisão terminológica, teórica e normativa

A questão pertinente à (de)limitação dos poderes do juiz é uma das temáticas mais árduas do direito processual civil, e pode ser surpreendida por diferentes perspectivas. Nenhuma delas, porém, é suficiente para, de modo isolado, oferecer uma resposta capaz de lidar com toda a complexidade relacionada à matéria. Com efeito, dentre os possíveis enfoques acerca do tema, pode-se destacar os seguintes: (1) o estudo do processo civil à luz das diferentes concepções de Estado, ótica a partir da qual se faz possível desvelar diferentes formas de distribuição dos poderes das partes e do juiz, desde uma leitura histórica, e que leva em conta as relações entre Estado, sociedade e indivíduos²; (2) a análise dos contornos do objeto litigioso, também denominado de mérito da causa, campo temático no qual se inserem diversos institutos processuais tendentes a delimitar os poderes de atuação oficiosa do órgão jurisdicional, como o pedido, a causa de pedir e também as

² Para uma análise mais profunda do tema, ver RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016.

exceções substanciais³; e (3) somando-se às perspectivas anteriores, também é possível destacar uma forma de abordagem que parte do estudo do chamado “princípio dispositivo”, cuja origem histórica remonta justamente ao início do século XIX, mais precisamente com a abolição dos poderes de ofício atribuídos ao juiz no ordenamento processual prussiano⁴, inaugurando-se, com isso, os primeiros ventos do modelo liberal de processo, assentado na limitação dos poderes do juiz e, portanto, na superação do modelo absolutista de processo, no qual os interesses do soberano estavam acima dos interesses das partes, seja no que diz respeito à instauração do processo, seja quanto à condução do processo e aos limites da decisão da causa⁵.

Mesmo ocorrendo o entrelaçamento dessas três perspectivas, a dogmática processual costuma prestigiar mais a abordagem que dá ênfase ao princípio dispositivo, chegando, desse modo, a considerá-lo como a alma do processo⁶ e como uma autêntica garantia contra o arbítrio judicial⁷. Assim, sem deixar de lado as demais abordagens, a leitura da questão relativa à delimitação dos poderes do juiz, sob a ótica do princípio dispositivo, acaba sustentando as principais opções dogmáticas realizadas pela doutrina e pela própria legislação processual.

³ Para um aprofundamento desta perspectiva, com destaque para a questão pertinente às exceções substanciais, ver RAATZ, Igor. Exceções substanciais e (de)limitação dos poderes do juiz no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Vol. 18, n. 2, pp. 297-326, Mai-Ago de 2017.

⁴ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 719.

⁵ Não é por acaso que, de acordo com Millar, o único exemplo de procedimento civil em que prevalecia o princípio da investigação judicial (por muitos traduzido como princípio inquisitório – *Untersuchungsmaxime* o *Inquisitionsmaxime*) “lo ofrece la legislación prusiana de las postrimerías del siglo XVIII, iniciada bajo el reinado de Federico el Grande. Inspirado notablemente em la onsesión del Rey de que los letrados eran responsables de las poco satisfactorias condiciones de la justicia civil, el sistema creado trató de reducir su influjo al mínimo posible, por la ampliación de las funciones de los tribunales. El nuevo régimen, cuyo germen radicaba en un código privisional adoptado para Pomerania en 1747 – la que, se disse, ‘en tempos antiguos era llamada *terra litigiosa* – fué convertido en 1781 en ley general, y, finalmente, después del advenimiento al trono de Federico II, se perfeccionó en la *Ordennanza Judicial General (Allgemeine Gerichtsordnung)* de 1793-5. Según este sistema, las alegaciones de las partes eran formuladas por un juez delegado – el *Instrument* – o por funcionarios judiciales subordinados, conocidos como ‘comisarios de justicia’ (*Justiz-Kommissare*) que entonces formaban el único cuerpo reconocido de profesionales juristas. Dichos comissários comparecían también em la recepción de la prueba, patrocinando a las partes. La representación por otros abogados se limito a la discusión (por escrito) de las cuestiones de derecho involucradas en la causa. De esta manera, la acumulación del material del juicio quedó sujeta al control del tribunal” (MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945, p. 69-71).

⁶ NOSETE, José Almagro. Garantias Constitucionales del Proceso Civil. *Revista Justicia*, Barcelona, n. 81, 1981, p. 17.

⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

No entanto, referida abordagem não é isenta de contradições e imprecisões teóricas, as quais iniciam com os termos empregados pela doutrina acerca do tema. Desse modo, para uma adequada compreensão da matéria, é indispensável despoluir as confusões relacionadas às expressões *Verhandlungsmaxime*, *Dispositionsmaxime*, *princípio dispositivo*, *princípio da demanda* e *princípio do debate*, que muitas vezes são utilizadas pela doutrina sem o adequado rigor terminológico.

Antes mesmo de surgir a expressão “princípio dispositivo”, a doutrina alemã utilizava, para designar a diretriz que subordinava a atividade do juiz à iniciativa da parte, o termo *Verhandlungsmaxime*, “que, ao pé da letra, significa ‘máxima (ou princípio) do debate’”⁸. Atribui-se a Nikolaus Thaddaeus Gönner o mérito por ter criado a expressão *Verhandlungsmaxime*, em seu famoso *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, bem como por distingui-la da *Untersuchungsmaxime (Inquisitionsmaxime)*⁹. Com efeito, a *Verhandlungsmaxime* serviria para “indicar a limitação do material utilizável no julgamento àquilo que os litigantes mesmos cuidem de trazer à discussão em juízo”¹⁰.

Todavia, desde a sua criação por Gönner – e talvez pela falta de precisão da terminologia por ele desenvolvida – foram surgindo algumas questões a respeito da amplitude da *Verhandlungsmaxime*. Isso levou a que, em 1858, Ortloff sugerisse, para o trato da matéria, a utilização da expressão *Dispositionsmaxime*, o que não importou no abandono da *Verhandlungsmaxime*, mas na distinção entre duas classes de problemas: “uma relacionada com a liberdade do titular do direito de utilizar ou não o instrumento do

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39.

⁹ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39. PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 39. MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945, p. 62. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Traducción de niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 9. Conforme Carnacini, Gönner foi “il primo a formulare il dualismo – pervenuto, nella forma almeno, fino a noi – tra sistemi processual dove la trattazione è imporntata all’iniziativa di parte e sistemi in cui questa iniziativa può invece essere assunta anche dal giudice” (CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 717).

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39. Segundo Millar, ela expressa a ideia de que “corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la disputa judicial o, invirtiendo los términos, de que el tribunal queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planteado ante él” (MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945, p. 59).

processo para a respectiva vindicação, outra com o modo de funcionar do mecanismo processual no tocante aos fatos e à prova destes”¹¹. Desse modo, muitos autores passaram a reservar à expressão *princípio dispositivo* o poder de disposição das partes a respeito dos seus direitos e a escolha de exercê-los em juízo, ao passo que ao *princípio do debate* corresponderia o poder atribuído às partes com relação ao modo de exercício dos seus direitos no processo, abarcando a utilização do processo e dos respectivos meios de prova¹².

Por essa perspectiva, considerável parcela da doutrina passou a dizer que o princípio dispositivo estaria ligado à disposição do próprio direito material e, conseqüentemente, à escolha sobre ir ou não a juízo em busca da tutela jurisdicional do Estado¹³. Essa disponibilidade do direito acabou servindo para fundamentar também o princípio do debate, na incorporação que ele recebeu em diversos sistemas jurídicos¹⁴, o que, segundo Barbosa Moreira, seria equivocado, já que ele estaria atrelado a “considerações de ordem técnica e prática, motivos de conveniência”¹⁵. Além disso, não faltaram autores que entenderam que a *Verhandlungsmaxime* estaria compreendida na *Dispositionsmaxime* ou que dela fosse uma decorrência¹⁶.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39.

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39.

¹³ Conforme Millar, de acordo com o referido princípio “las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa, y reconoce su potestade de libre decisión respecto del ejercicio o no ejercicio de estos derechos. El que sea dueño de un derecho, no queda, pues, obligado a perseguirlo en juicio: *nemo invitus agere cogatur*; el ejercicio del mismo por acción queda librado a su albedrío” (MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945, p. 65).

¹⁴ De acordo com Carnacini, gradualmente foi sendo aceita como indiscutível a ideia de que “alla deducibilità del preteso diritto in giudizio ad opera della parte, di regola non possa non accompagnarsi la disponibilità, sempre a di lei esclusiva opera, anche di quanto, rivolgendosi ad un terzo qual’è il giudice, è necessario per convincerlo che la propria domanda è fondata: cioè non possa non accompagnarsi la disponibilità, in specie, dei fatti e dei mezzi per provarli” (CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 721).

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40.

¹⁶ Sobre o tema, leciona Millar: “en un certo aspecto es justa la exposición de ENGELMANN acerca de que la *Verhandlungsmaxime* está comprendida en el principio de elección dispositiva, aunque no en el sentido que afirma él. Sólo resulta exacta, en cuanto a que la primera no existiría sin el segundo. El verdadero estado de cosas parece ser el indicado por KLEINFELLER. El principio de elección dispositiva es el que atribuye a las partes potestade para ejecutar o no ejecutar un acto procesal; y la *Verhandlungsmaxime* es la que los faculta, para ejercer, en el procedimiento judicial, el poder que aquél les há conferido. La actuación basada en la *Verhandlungsmaxime* procede, pues, siempre dentro de los limites establecidos por el principio de disposición electiva. Por consiguiente, cabe mantener intacta nuestra traducción de *Verhandlungsmaxime* por

Segundo aguda crítica de Tito Carnacini, a separação entre *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime* – vale dizer, entre a iniciativa do processo e a alegação dos fatos da consequente instrução probatória, movimento que ele denomina de *sceveratore*¹⁷ (*movimento distinguidor*) – não teria sido bem apreendida pela doutrina italiana, na medida em que incorporada à ideia de que a disponibilidade do direito material e da tutela jurídica se estenderia, quando não houvesse interesse público envolvido (direito indisponível), também ao desenvolvimento do processo e, mais precisamente, da instrução da causa, como se isso tudo se tratasse de um único fenômeno, expresso em um único princípio¹⁸. A expressão *princípio dispositivo* acabou sendo utilizada de modo equivocado, sem respaldo na própria tradução da palavra “*verhandlung*”, absorvendo-se, na noção de dispositivo, o conceito de disposição por obra da parte independente do objeto dessa mesma disposição¹⁹.

‘principio de presentación por las partes’” (MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945, pp. 67-67).

¹⁷ Segundo Carnacini, com a expressão *Dispositionsmaxime*, “i seguaci del movimento sceveratore tedesco sono invero soliti d’indicare, sia pure in maniera non univoca e precisa, quella tale facoltà esclusiva per il singolo interessato di disporre della tutela giurisdizionale che – er le cose da me dette e ripetute – non va confusa con lo strumento e quindi *a fortiori* con le caratteristiche dello strumento mediante il quale tal tutela è realizzata” (CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e técnica del processo. Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 752). Sobre esse exato ponto na obra de Carnacini, ver BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 15-16.

¹⁸ CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e técnica del processo. Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 722. Na verdade, o que fez parcela significativa da doutrina italiana foi incorporar a doutrina alemã que não separava a *dispositionsmaxime* e a *verhandlungsmaxime* ou, caso o fizesse, atribuía à disposição das partes em relação aos seus direitos o fundamento dos dois princípios. Liebman, ao tratar do fundamento do princípio dispositivo na doutrina alemã, menciona que os escritores do início dos oitocentos, convictos que “nel processo civile fossero in giuoco i soli interessi delle parti, ritennero quase senza accezione che quella massima [*iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*] fosse soltanto un’applicazione del più generale principio che reservava alla volontà dei privati la disposizione dei loro diritti: poiché spetta alle parti disporre dei loro rapporti giuridici privati, sembrava naturale che anche l’iniziativa processuale dovesse dipendere dalla loro libera volontà, nojn solo per quel che riguarda la proposizione del processo e la determinazione del suo oggetto, ma anche per l’apporto degli elementi e dei mezzi destinati a formar ela convinzione del giudice e a preparar ela sentenza”. Ainda segundo Liebman, “solo molto più tardi, sotto lo stimolo di innovazioni legislative e di una più atenta indagine analitica, si fece strada la tendenza a distinguere da un lato il diritto esclusivo giurisdizionale dei propri interessi, dall’altro la regola dell’iniziativa delle parti nella trattazione ed istruzione della causa” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, pp. 3-4)

¹⁹ CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e técnica del processo. Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, pp. 722-723. Essa crítica é acompanhada por Barbosa Moreira, para quem grande parte da doutrina italiana “usou e usa indiscriminadamente a expressão *princípio dispositivo*, a respeito das várias questões acima referidas [o autor faz menção às questões abrangidas pelo *verhandlungsmaxime* e pelo *dispositionsmaxime*]. Não falta, entretanto, quem distinga, ainda que a distinção nem sempre se inspire no mesmo critério” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40). Também na doutrina portuguesa verifica-se a utilização de um único princípio para tratar tanto da *dispositionsmaxime* quanto da

No entanto, conforme afiança Liebman, desde o início dos novecentos a doutrina italiana teria passado a separar os dois fenômenos – o direito exclusivo da parte de ir a juízo e pedir tutela jurisdicional dos seus próprios interesses, por um lado, e, por outro, a regra de iniciativa das partes no debate e instrução da causa – ao ponto de o Código de Processo Civil ter ditado normas positivas a respeito do *principio della domanda* e também sobre a *disponibilità delle prove*, as quais estariam ligadas ao princípio dispositivo²⁰. Trata-se de mais um episódio que, no mínimo, coloca em xeque a precisão terminológica do princípio dispositivo, o qual ora é utilizado para abarcar mais de um fenômeno, ora tem sua abrangência reduzida ao tecido processual, sendo reservado ao chamado princípio da demanda tratar daquilo que era, para o movimento *sceveratore* alemão, próprio da *Dispostionsmaxime*.

Sob essa perspectiva, a doutrina italiana começou a encarar o *principio da domanda* como a “attribuzione dell’iniziativa del processo alla parte, ossia come strumento di attuazione di un raccordo tra il diritto sostanziale e la tutela giurisdizionale”²¹. Assim, o *principio da domanda* seria um reflexo da autonomia do direito que se faz valer e, ao mesmo tempo, a regra primeira da atividade processual. Além disso, a demanda teria, ainda, a “funzione insostituibile di fissare il thema decidendum, secondo il punto di vista di chi la propone”, embora seja certo que o thema decidendum não coincida com todo o conteúdo da demanda, dada a relevância atribuída a cada um dos elementos que ela compõe²². Nessa linha, Eduardo Grasso entende que confiar a tutela do direito à iniciativa do seu titular significa, sobretudo, que este pode escolher o tempo e o modo da tutela, sendo que tal posição restaria mutilada e comprometida se a parte não tivesse, também, “il monopolio della rilevazione degli avvenimenti in base ai quali il giudice è tenuto a decidere”²³. Com isso, pode-se verificar que o autor italiano alarga, por assim dizer, o conteúdo do *principio da domanda*, para abarcar não somente a iniciativa do processo, mas, igualmente, a delimitação dos fatos principais do processo (causa de pedir), perspectiva semelhante a processualistas italianos contemporâneos, como é o caso de Dino Buoncristiani, para quem o princípio da demanda não diria respeito apenas à *emanação*,

verhandlungsmaxime. Nesse sentido, ver MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. Fondamento del principio dispositivo. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p. 4.

²¹ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 67.

²² GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 67.

²³ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d’ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 69.

mas também ao *conteúdo* do provimento judicial, âmbito no qual se põe em questão saber em que medida os fatos compõem a demanda e são, nesse âmbito, delimitados²⁴.

Essa separação entre princípio da demanda e princípio dispositivo é, por sinal, um dos pontos centrais do pensamento de Tito Carnacini, o qual buscou, a partir do direito alemão, conciliar a absoluta dependência da vontade das partes no que concerne ao servir-se do (sic) “*instrumento processo*”, com uma mais ou menos marcada autonomia do juiz na escolha dos meios de prova e, em geral, no accertamento dos fatos relevantes da causa²⁵. Nisso residiria a distinção entre tutela jurisdicional e técnica do processo, o que levou o autor italiano a dizer que a parte se serve do processo para a obtenção da tutela jurisdicional de um interesse material e, ao mesmo tempo, *serve ao processo*, devendo provocar e praticar os atos que constituem a célula do próprio instrumento processo²⁶.

Nessa linha, Carnacini considera que a disponibilidade da tutela jurisdicional pelo interessado constituiria um elemento característico do próprio direito subjetivo²⁷, de modo que o monopólio da parte no âmbito da instrução da causa não constituiria uma consequência inevitável do monopólio a partir do qual a tutela jurisdicional somente pode ser prestada em decorrência da demanda da parte²⁸. Daí a sua conclusão no sentido de que a contraposição entre princípio dispositivo e inquisitório deve ser lida de modo distinto no que diz respeito à disponibilidade da tutela que o ordenamento jurídico confere aos

²⁴ Conforme Buoncristiani: “A questo punto si pone il problema di quale sia il rapporto tra allegazione dei fatti costitutivi e domanda giudiziale e, in particolare, se l’allegazione dei fatti a livello strutturale sia la stessa domanda ovvero una parte essenziale e necessaria della stessa con la funzione di delimitare il «chiesto», per cui il giudice, dovendo pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, sia vincolato a quanto affermato dalla parte in ordine alla prospettazione del fatto” (BUONCRISTIANI, Dino. *L’allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, p. 32).

²⁵ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 725.

²⁶ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 706.

²⁷ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 725.

²⁸ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 763. Mais precisamente, Carnacini via dizer que “sembra dunque fuori di questione che, se il rispetto dell’iniziativa di parte quanto al ricorso al processo civile vuol dire rispetto della volontà di chi di ragione per ciò che concerne la tutela dell’interesse materiale, invece l’eventuale rispetto dell’iniziativa della medesima parte relativamente alla ricostruzione del fatto di causa significa soltanto che nell’ambito del processo e più precisamente di quello di cognizione si ritiene conveniente e sufficiente fare dipendere tale ricostruzione soltanto dall’apporto interessato delle parti, e quindi si ritiene oportuno congegnare lo strumento in maniera tale da attribuire unicamente a queste ultime le leve concernenti l’affermazione dei fatti rilevanti e la deduzione dei mezzi per provarli” (CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 763).

interesses materiais, e no que diz respeito a tudo aquilo que concerne à organização interna do instrumento processo civil e, com isso, às atividades que são atribuídas em tal âmbito a cada um dos sujeitos do processo²⁹. Com isso, Carnacini estabeleceu a seguinte premissa: a disponibilidade atribuída ao titular do direito é elemento da própria noção de direito subjetivo e, conseqüentemente, não repercute no âmbito da técnica processual, que, por motivos de conveniência, pode estruturar-se conferindo maior ou menor disponibilidade às partes ou ao juiz, sem que venha a caracterizar o processo como inquisitivo.

Sob essa perspectiva, criou-se, na doutrina processual, uma fratura entre o poder de disposição das partes (princípio da demanda) – o qual estaria limitado ao pedido de tutela jurisdicional e ao seu conteúdo, ou seja, à fixação do objeto litigioso – e o poder de disposição do juiz (princípio dispositivo) – que abarcaria a quase totalidade do processo, sendo este encarado como um *instrumento*, como mera *técnica*. Esse entendimento levou parte da doutrina espanhola a designar aquilo que os italianos chama de *dispositivo*, de *princípio da aportação*, de modo a concebê-lo numa perspectiva eminentemente técnica e sem *status* constitucional, razão pela qual seria possível – por força da publicização e socialização do processo – atenuá-lo e, desse modo, retirar das partes o poder monopolístico de iniciativa probatória incrementando os poderes do juiz, o que não ocorreria com o *princípio da demanda*, que teria *caráter absoluto*³⁰.

Um dos poucos processualistas italianos a se opor a visão segundo a qual o incremento dos poderes de ofício do juiz seria uma questão de mera conveniência

²⁹ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 772.

³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89. Nesse sentido, pode-se verificar que *background* do pensamento de Picó reside justamente numa visão de processo ligada ao hiperpublicismo e ao socialismo processual: “uma das conseqüências mais relevantes da ‘publicização’ ou socialização do processo civil e concretiza no fato de que, sem discutir a vigência do princípio dispositivo, traz à discussão em juízo o de aportação da parte, ao menos no que diz respeito à repartição de funções entre o juiz e os litigantes e ao incremento de faculdades probatórias do órgão jurisdicional, indicando-se que, apesar de os litigantes serem livres para dispor dos interesses deduzidos em juízo, ou seja, do objeto do processo, não o são a respeito do processo mesmo, vale dizer, de seu desenvolvimento, ao conceber-se não só como instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados, senão também como função pública do Estado, interessado, portanto, no melhor cumprimento desta função. Por isso, a maioria das legislações processuais europeias posteriores à mencionada etapa de ideologia liberal adotam estes postulados socializadores do processo e, limitando o alcance do princípio de aportação da parte, atribuem aos juízes e tribunais, com distintos matizes, importantes iniciativas probatórias” (PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 90).

legislativa e, portanto, incapaz de representar uma tendência inquisitorial de processo, foi Liebman. Para ele, a concepção estritamente técnica do princípio dispositivo estaria marcada por um grave problema, pertinente à falta de explicações acerca da sua incidência³¹. Sob essa perspectiva, Liebman tratou de resolver uma primeira questão, consistente em saber se a natureza da relação jurídica substancial poderia servir de fundamento para uma maior ou menor incidência do princípio dispositivo, partindo, desse modo, de uma releitura da doutrina de Calamandrei, que entendia que, ainda que não se pudesse considerar o princípio dispositivo como uma consequência teoricamente inevitável da disponibilidade da relação substancial por parte dos interessados, em tal disponibilidade residiria sua justificação lógica³². Consequentemente, sob essa perspectiva, a maior ou menor incidência do princípio dispositivo no processo (dito de outro modo, sua atenuação) estaria atrelada à natureza disponível ou indisponível da relação jurídica de direito material. Liebman, porém, vai reivindicar a necessidade de encontrar, para o princípio dispositivo, “*un suo proprio ed autonomo fondamento*”³³, desconectando-o, no que tange aos seus fundamentos, da situação de direito material deduzida no processo.

Com efeito, a existência de interesse público envolvido no processo não serviria de fundamento para ampliar os poderes do juiz, uma vez que, nesses casos, o ideal seria atribuir poderes autônomos de iniciativa instrutória ao Ministério Público³⁴. A atribuição

³¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p. 6.

³² CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945, p. 231. Segundo Calamandrei, o princípio dispositivo traz sua justificação lógica no conflito de interesses entre as partes e no controle que cada uma delas exerce sobre a atividade da parte adversária, sendo evidente, pois, que ele perde toda segurança de rendimento naqueles processos nos quais é normalmente possível que ambas as partes tenham idêntico interesse na obtenção do efeito jurídico acerca do qual o juiz está chamado a decidir e nos que, portanto, a existência da lide não é condição determinante da atividade jurisdicional. Com efeito, no processo de tipo dispositivo, as partes recorrem ao juiz somente quando estão em desacordo, e em virtude de tal desacordo; no processo de tipo inquisitório, pelo contrário, pode ocorrer que entre as partes, impossibilitadas, ainda que de acordo, para obter fora do processo o efeito jurídico desejado, se forme uma aliança aberta ou desenfreada, ao objeto de obter do juiz, em interesse comum, uma sentença de conteúdo determinado. Desse modo, a estrutura especial deste tipo de processo civil que ele denomina inquisitório não é mais que uma consequência da natureza especial da relação substancial submetida ao juiz: “também aqui se confirma a regra de que o processo, dado seu ofício de instrumento construído para a atuação do direito substancial, se conforme de diferente maneira segundo as diversas exigências do seu objeto” (CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945, pp. 234-235).

³³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p. 7.

³⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p. 8.

de poderes instrutórios ao Ministério Público, e não ao juiz, do ponto de vista da teoria do processo civil, não caracterizaria o sistema processual como inquisitório³⁵. Calamandrei chega a distinguir o interesse público na atuação do direito objetivo – que opera indistintamente em todo e qualquer processo – do interesse que forma a relação controvertida, cuja natureza poderá ser pública e que igualmente poderá depender da via jurisdicional para ser regulado³⁶. Ainda nessa segunda situação, em que o processo civil tem por objeto, nas palavras de Calamandrei, relações reguladas por normas de ordem pública, o princípio dispositivo não deixaria de ter o seu vigor. Em suma, o fato de o Estado estar diretamente interessado na relação substancial submetida à decisão ou que figure como parte no processo, não leva consigo, como consequência necessária, a transformação do processo de dispositivo em inquisitório³⁷.

Liebman, de certo modo, segue o mesmo entendimento de Calamandrei, na medida em que, para ele, se analisada a questão do ponto de vista do juiz, tanto o sistema dispositivo, quanto aquele que atribui ao Ministério Público poderes ativos na instrução, têm em comum a característica de deixar ao juiz uma posição estranha ao debate e passiva frente à iniciativa de outros sujeitos do processo, de modo a poder “*col massimo d'imparzialità sai decidere intorno all'ammissibilità, alla rilevanza e all'attendibilità delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, sai apprezzarne il risultato probatorio*”³⁸. É justamente por esse caminho que Liebman vai encontrar na imparcialidade do órgão jurisdicional o verdadeiro fundamento do princípio dispositivo. O dispositivo, portanto, “*appare come una necessaria garanzia del retto funzionamento della*

³⁵ Conforme Liebman, “nella teoria del processo civile può dunque essere logico parlare di un sistema inquisitorio, come figura opposta a quella normale del processo di tipo dispositivo, quando per una determinata categoria di liti i poteri d’iniziativa istruttoria sono affidati al giudice; non lo è più, quando quei poteri sono invece conferiti, oltre che alle parti, al pubblico ministero, ma in ogni modo non al giudice” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p. 10). Em sentido similar, também Calamandrei entende que o termo inquisitório, no processo civil, não é adotado no sentido que adotam os penalistas quando contrapõem a forma inquisitória da acusatória, mas no sentido de um processo de partes, em que predomina o princípio inquisitório, isto é, em que o juiz, ainda tendo diante de si duas partes, está desvinculando, para a investigação da verdade, da iniciativa e dos acordos delas (CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945, p. 251).

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945, p. 237.

³⁷ CALAMANDREI, Piero. *Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945, p. 236.

³⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p. 7.

giurisdizione, così come questa dev'essere modernamente intesa, ed è innegabile il suo significato 'liberale'”³⁹.

Pode-se concluir, no ponto, que Liebman também segue a doutrina que promove uma cisão entre princípio da demanda e princípio dispositivo, porém, ao invés de considerar o princípio dispositivo como um mero princípio técnico e, portanto, maleável e flexível, busca na imparcialidade do órgão jurisdicional o seu fundamento. É a partir daí que o professor italiano vai de encontro às teses que conferem ao juiz poderes instrutórios, preferindo, naquelas situações em que o próprio interesse substancial levado a juízo assume os contornos de um interesse público, reservar, ao Ministério Público, a interferência no material probatório da causa.

A doutrina de Liebman foi duramente criticada por Mauro Cappelletti, jurista cujo pensamento acerca da questão relativa ao princípio dispositivo exerce notável influência sobre a doutrina processual brasileira. Cappelletti logrou, a partir da utilização genérica da expressão “princípio dispositivo”, designar dois grupos de fenômenos distintos, quais sejam, as normas, deveres, poderes e, sobretudo, o ato que se refere ao momento de pedir a tutela do interesse material deduzido em juízo e as normas, deveres, poderes e, particularmente, os atos referentes à técnica e à estrutura interna do procedimento⁴⁰, o que lhe permite falar tanto do princípio dispositivo em sentido material, que abarcaria o primeiro grupo, quanto em sentido processual, no qual estariam abarcados os fenômenos descritos no segundo grupo.

Com efeito, entende Cappelletti que, em decorrência do caráter privado do direito subjetivo, ao sujeito privado deve ser conferido o monopólio do poder de pedir tutela jurisdicional e, conseqüentemente, dito poder deve estender-se também à alegação da qual a demanda resulta exatamente identificada, individualizada em um dos seus momentos

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p.16. Aqui fica nítida a crítica que Liebman faz à concessão de poderes instrutórios do juiz: “ristringerne il dominio, per accrescere invece i poteri inquisitori del giudice, significherebbe in sostanza attenuare la distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa ed introdurre nel processo una tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p.16).

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Parte prima. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 313.

essenciais⁴¹. Assim, Cappelletti acredita ir além da doutrina alemã denominada *sceveratrice*, na medida em que confere à alegação dos fatos também um reflexo da incidência do princípio dispositivo no processo⁴².

Nesse sentido, o fato de o juiz depender da alegação das partes tem um significado próprio e incide sobre um plano distinto daquele que atribui ao juiz o poder de simplesmente subtrair-se da sua iniciativa probatória, razão pela qual Cappelletti defende a iniciativa probatória do juiz, restrita, porém, aos fatos alegados pelas partes⁴³. Com isso, a doutrina de Mauro Cappelletti irá defender que a imparcialidade do juiz está adstrita ao âmbito de incidência do princípio dispositivo em sentido material, mas não sobre aquela que concerne ao princípio dispositivo em sentido processual. O juiz deveria, portanto, ser imparcial a respeito do direito feito valer pelo autor e ao ato de fazê-lo valer, mas não necessariamente quanto ao processo, ao juízo e à justiça da decisão⁴⁴.

Assim, para Cappelletti, restaria às partes o poder exclusivo de eleger entre pedir ou não a tutela jurisdicional de um (pretendido) direito seu, bem como de determinar os limites essenciais da ação – limites subjetivos (*personae*), objetivos (*causa petendi*) – e, por conseguinte, os limites essenciais da decisão da causa. Porém, sobre esse núcleo que estaria à disposição das partes, se construiria uma “casca”, uma envoltura, um proceder que estaria subtraído daquela potência de disposição. Por conseguinte, uma vez instaurado um processo civil, o *modo*, o *ritmo* e o *impulso* do processo mesmo são separados da disponibilidade, imediata ou mediata das partes⁴⁵, de modo que as partes deixariam de ser

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 331.

⁴² Afirma Cappelletti que a doutrina *sceveratrice (distinguidora)* “sia incorsa in una pericolosa contraddizione: perché mentre da un lato giustamente rivendicava al *Dispositionsprinzip* tutto quanto attiene oltretutto alla instaurazione del processo anche alla ‘determinazione del suo oggetto’; sottraeva poi invece a quel principio l’allegazione dei fatti cioè l’atto, col quale la parte determina il fondamento di fatto della domanda, ossia ne determina il momento oggettivo-causale (‘Klage-grund’, ‘causa petendi’)” (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, pp. 333-334).

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 355.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 359.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 123.

donas do processo e tornar-se-iam *colaboradoras do juiz* no impulso e tratamento da causa⁴⁶.

O pensamento de Cappelletti, em muitos aspectos, tem semelhança com as ideias de Carnacini. No entanto, ele se afasta de Carnacini ao conceber o dispositivo como um princípio processual, e não como uma mera regra técnica, diferenciando-o em dois planos (princípio dispositivo em sentido material e princípio dispositivo em sentido processual). Além disso, a ênfase que ele dá ao tema da alegação dos fatos, inserindo-os no âmbito do princípio dispositivo em sentido material é bastante esclarecedora. Por fim, não há dúvida que Cappelletti tem uma visão muito mais social e publicista do processo, o que justifica o seu total distanciamento da teoria de Liebman, notadamente quando reivindica poderes de direção formal e até material do processo em favor do juiz⁴⁷.

De tudo isso, pode-se concluir que o *princípio dispositivo* é dotado de (a) *imprecisões terminológicas*, notadamente se voltarmos os olhos para o direito italiano e brasileiro, em que ora se fala somente em princípio dispositivo, ora se faz uma distinção entre princípio da demanda e princípio dispositivo, a qual sequer é fiel à terminologia alemã, pois nela o correspondente ao que chamamos de princípio da demanda seria a *Dispositionsmaxime* e o correspondente ao que chamamos de princípio dispositivo seria a *Verhandlungsmaxime*. Não fosse isso, o *princípio dispositivo* é dotado de (b) *imprecisões teóricas*, na medida em que existem inúmeras controvérsias doutrinárias acerca do seu conteúdo – ou seja, o que nele estaria abarcado –, *fundamento, extensão e defasabilidade*, sendo que, sob essa ótica, a defesa da possibilidade de o juiz dispor dos meios de prova decorreria do caráter relativo do princípio dispositivo, bem como da publicização e da socialização do processo, sustentada pelo entendimento de que o princípio dispositivo tem autonomia em relação ao princípio da demanda, o que, de certo modo, deixa sem fundamento o próprio princípio dispositivo. Por fim, tem-se que o chamado princípio

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972, p. 124.

⁴⁷ Segundo Cappelletti, com a fórmula “direção material do processo” se quer aludir ao fato de que o juiz, além dos poderes de direção formal, vem a assumir também poderes atinentes ao *objeto* deduzido em juízo, à ‘matéria’ do processo. Não se chega, todavia, à conclusão extrema de desvincular o juiz do poder dispositivo e exclusivo das partes em matéria de ação e de exceção (e de determinação dos elementos constitutivos da ação e da exceção, entre eles o elemento causal); porém se atribui, contudo, ao juiz um poder de intervenção de solitação, de estímulo: ele pode fazer presente à parte a irregularidade não somente formal da ação proposta, o incompleto ou o impreciso das alegações ou das petições, a possibilidade de mudar, de ampliar, de corrigir a própria posição (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972, p. 125).

dispositivo é (c) *desprovido de força normativa*, sendo inclusive equivocado chamá-lo de princípio se levarmos em consideração o sentido atribuído aos princípios jurídicos pela contemporânea teoria do direito, notadamente pela *Crítica Hermenêutica do Direito*, matriz teórica em que está assentado o presente ensaio. Por sinal, não é demasiado lembrar que o “princípio dispositivo” restou forjado no bojo de um contexto teórico em que os princípios jurídicos careciam de força normativa, uma vez que funcionavam como ferramentas teóricas para explicar as opções teóricas e as regras adotadas pelo sistema jurídico. Nesse sentido, ao discorrer sobre o panorama em que surgida a expressão “princípio dispositivo”, refere Barbosa Moreira que “a doutrina alemã do século XIX carregava consigo uma preocupação de compendiar em ‘princípios’ (ou ‘máximas’) as diretrizes político-jurídicas que se podem acolher na ordenação do processo”⁴⁸. Não é por acaso que Carnacini chega a afirmar que a expressão princípio ou máxima – utilizada para designar o “dispositivo” – transparece como elemento que “serve soltanto per indicare in maniera sintetica certe caratteristiche, di volta in volta accertate de iure condito ou da attuarsi in sede legislativa in luogo di altre”⁴⁹.

Portanto, o denominado “princípio dispositivo”, que, na sua gênese, estava vocacionado a *limitar a atuação do juiz*, foi desfigurado pela doutrina processual, a qual passou a utilizá-lo como um empreendimento teórico voltado a alicerçar um modelo *hiperpublicista e social* de processo civil, fundado na noção de *processo como técnica*, no qual os poderes de atuação de ofício do juiz sobrepõem-se ao âmbito de autonomia das partes. Com o passar do tempo, a doutrina processual encobriu o sentido que estava por detrás da *Verhandlungsmaxime* e da *Dispositionsmaxime*, para reduzir o processo a um *instrumento* à disposição do órgão jurisdicional. O problema é que, por essa vereda, o “princípio dispositivo”, ao invés de limitar a atuação do órgão julgador, pode acabar servindo justamente para legitimar o incremento dos poderes do juiz, tudo a depender da concepção de processo e jurisdição adotada.

3 O problema da (de)limitação dos poderes do juiz diante do paradigma hermenêutico

⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 38-39.

⁴⁹ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 740.

Um dos principais problemas das leituras publicistas e sociais do processo é que elas costumam pensar o processo como um instrumento da jurisdição, ou seja, um instrumento a serviço do Estado para a realização do direito objetivo, ou, até mesmo para a realização de escopos meta-jurídicos, de natureza política e social, como é o caso da escola instrumentalista do processo⁵⁰. Desse modo, o processo transforma-se num instrumento incapaz de servir de controle ao poder jurisdicional, e incentivador de arbitrariedades e decisionismos pelos órgãos do Poder Judiciário⁵¹.

Sucedem que, em um Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser encarada como expressão de um direito fundamental de proteção assegurado a todos que se encontrarem diante de lesão ou ameaça a direitos e, portanto, como um serviço que o Estado deve assegurar para satisfazer a demanda por justiça formulada pelos cidadãos⁵². Desse modo, o processo civil deve ser pensado para as partes, e não como um instrumento à disposição do Estado-juiz. Afinal, como bem adverte Girolamo Monteleone, “*construir el proceso en función del juez y/o del Estado, no del ciudadano que pide justicia, es como construir un hospital no para curar a los enfermos sino en función del médico y de su personal interés*”⁵³. Trata-se, portanto, de superar o modelo publicista e, quiçá, autoritário de processo em favor de uma concepção de processo como garantia⁵⁴.

Sob esse viés, o conceito de jurisdição liga-se, de modo inexorável, ao conceito de processo, uma vez que, conforme lição de Eduardo da Fonseca Costa, enquanto a função da jurisdição é aplicar imparcialmente o direito, “a função do processo é garantir que essa aplicação não se faça com desvios e excessos”⁵⁵. Pode-se afirmar, com isso, que o processo é condição de possibilidade para o exercício do poder jurisdicional. Somente a partir *do* e

⁵⁰ A respeito, ver DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵¹ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 65. No mesmo sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵² CIPRIANI, Franco. Il processo civile nello Stato democratico. In: *Il processo civile nello Stato democratico*. Saggi. Collana biblioteca di diritto processuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 18.

⁵³ MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. In: AROCA, Juan Montero (coordinador). *Proceso civil e ideologia*. 2 ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009, p. 192.

⁵⁴ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: AROCA, Juan Montero (coordinador). *Proceso civil e ideologia*. 2 ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009, p. 165.

⁵⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Consultor Jurídico*, São Paulo. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em 18 de novembro de 2016.

no processo que a função jurisdicional estatal ganha legitimidade, até porque a Constituição é clara em prescrever que todo poder emana do povo. E, desse modo, é o processo que garante a liberdade das partes diante da atuação estatal, devendo, pois, ser estudado, na sua essência, a partir dos princípios constitucionais que lhe dão significado. Como bem notou Glauco Gumerato Ramos, “o processo é uma garantia que nos é dada pela Constituição para que suas regras sejam observadas antes de o Estado exercer o seu poder sobre a esfera jurídica de liberdade do indivíduo e da sociedade, liberdade esta, aliás, garantida pela própria Constituição”⁵⁶. Logo, enquanto a jurisdição é um poder exercido pelo Estado, o processo é garantia. Não por acaso, “o processo é tratado no título da Constituição sobre direitos e garantias fundamentais, não nos títulos sobre organização do Estado”⁵⁷.

Bem estabelecidas essas premissas, fica fácil notar o quão perigoso é o tratamento doutrinário conferido à questão da (de)limitação dos poderes do juiz centrado na noção de “princípio dispositivo”, o qual é considerado sob uma perspectiva meramente instrumental. Aliás, é justamente nesse ponto que as discussões meramente analíticas, como aquelas que a dogmática se limita a travar, parecem ser insuficientes para dar conta do fenômeno jurídico. Disso, obviamente, não se segue que a dogmática é desprovida de utilidade e isso precisa ficar muito claro. Contudo, ao trabalhar sob a perspectiva da *Crítica Hermenêutica do Direito*, revolvendo o chão linguístico no qual está assentada a tradição, pôde-se verificar que o “princípio” dispositivo passou de um delimitador da atuação judicial para uma concepção justamente contrária. Significa dizer, portanto, que o aludido princípio tem servido como uma porta aberta para o arbítrio judicial. Desse modo, partindo-se da *Crítica Hermenêutica do Direito*, nega-se a ideia de que o processo restaria traduzido como mera técnica à disposição do Estado-juiz, impedindo, com isso, que os direitos fundamentais processuais que alicerçam o sentido constitucional do processo civil sejam solapados.

Não podemos esquecer que a doutrina processual, quando utiliza o termo “técnica processual” vale-se, em regra, de um conceito bem menos complexo que aquele discutido no âmbito filosófico⁵⁸, alinhando-se àquilo que Roland Corbisier denomina noção rasa de

⁵⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. Processo jurisdicional, república e os institutos fundamentais do direito processual. *Revista de processo*. v. 245, março de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 38.

⁵⁷ DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional. *Revista brasileira de direito processual*. RBDPro. Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun de 2017, p. 216.

⁵⁸ A distância do problema da técnica na filosofia e no processo é tamanha que é digna de nota. Na filosofia, trata-se de uma questão delicadíssima que coloca em jogo a própria questão existencial do ser humano,

técnica, segundo a qual, considerada em si mesma, não seria nem boa nem má, estando a depender sempre do uso que dela se faça. Tratar-se-ia, portanto, de um simples instrumento, ou utensílio, subordinado sempre a valores que o transcendem, de modo que não apresentaria, ao longo de sua evolução, ou de sua história, senão variações ou mudanças quantitativas, sendo somente de grau a diferença existente entre a flecha do primitivo e as armas nucleares que podem provocar a desintegração do planeta em que vivemos⁵⁹. Isso pode ser verificado em processualistas como Aroldo Plínio Gonçalves, para quem “a noção geral da técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”⁶⁰, e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo o qual “a técnica jurídica visa ao conjunto dos meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito”⁶¹.

Como se vê, é simplista a tentativa de solucionar o problema da limitação dos poderes do juiz no processo simplesmente outorgando a este amplo espaço de liberdade e disposição ao terreno da “técnica processual”, até porque isso redundaria em limitar o espaço de autonomia das partes – em favor de quem efetivamente deve ser pensado o processo – tão-somente à possibilidade de reivindicar tutela jurisdicional do Estado e limitar o objeto litigioso. Na verdade, se o processo serve às partes, o espaço de autonomia

suscitando debates dos mais profundos até os dias de hoje. Heidegger destinou grande parte de suas preocupações sobre isso, vendo a imersão da ciência na era da técnica como inevitavelmente um signo do esquecimento do ser (*Seinsvergessenheit*). Nesse sentido, afirma Denis Schmidt: “Heidegger tries to answer these questions early in his career in his notion of *formal indication* which is the way Heidegger characterizes the descriptive language of phenomenology that is not abstractive and hence objectifying, but is rather emergent from the movement of life itself. Heidegger will drop the notion of formal indication, but he will not drop the task of finding this language proper to the movement of life. Instead, in his later work, one finds efforts to this end in his discussion of poetic language and of the work of art. But, as I have already suggested, Heidegger eventually comes to regard such questions as foreclosed to us today since, in the age of the *Gestell*, the ossification of life, rather than its movement and life, dominate. Furthermore, the hope that Heidegger occasionally held for our age, the hope lodged in the achievement of the work of art, has largely evaporated with the *Kunstlosigkeit* of our age. To use the language of Kant, Heidegger would argue that our age has – in advance of any experience – numbed the possible intensification of experience that might be said to be beautiful. Ours is an age bereft of beauty and so not ready for this original disclosure of the world. The critical character of such a judgment that one finds in Heidegger is relentless and, in some sense, leaves no opening for a different future. It is precisely such a critical sense of the historical present that leads Heidegger to suggest: ‘Nur noch ein Gott kann uns retten’”. SCHMIDT, Denis J. On the Idiom of Truth and the Movement of Life: Some Remarks on the Task of Hermeneutics. *Internationales Jahrbuch für Hermeneutik*. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2011, p. 46.

⁵⁹ CORBISIER, Roland. Prefácio. In: ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

⁶⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

e de liberdade destas deve abarcar também o desenvolvimento do processo, não sendo crível, portanto, que a vontade do Estado-juiz esteja acima das partes. O processo não é uma terceira coisa que está à disposição do juiz, mas, sim, condição de possibilidade para o exercício da função jurisdicional.

Essas advertências são cruciais para que possamos tratar seriamente das questões pertinentes ao espaço em que a própria lei processual confere ao Estado-juiz a possibilidade de atuar de ofício, as quais podem ser conceitualmente aglutinadas nos atos de “impulso oficial”⁶² e de “direção formal do processo”⁶³, no manejo dos “meios de prova” e dos mecanismos de “efetivação dos provimentos jurisdicionais”, bem como no exame das assim chamadas “questões de ordem pública”. Essas três últimas questões são as que mais suscitam controvérsias, na medida em que nelas se verifica a abertura para um elevado grau de decisionismo judicial.

No que tange ao manejo dos chamados “meios de provas”, cumpre relembrar que as doutrinas de Carnacini e Cappelletti, ao sustentarem a tese de que o monopólio das partes quanto à disponibilidade da tutela jurisdicional não tem consequências diretas no que diz respeito ao plano da técnica processual, contribuíram decisivamente para o reforço do papel do juiz em tudo aquilo que não dizia respeito ao mérito da causa, notadamente à colheita das provas. Nessa linha, pode-se mencionar o pensamento de Sentis Melendo – cuja influência é notável na doutrina brasileira⁶⁴ – responsável por distinguir as *fontes da*

⁶² Nesse sentido, pode-se mencionar que o dever de impulso processual (art. 2.º, CPC) atribuído ao juiz, encontra-se consubstanciado, dentre outros atos, na determinação, de ofício, das intimações em processos pendentes (art. 271, CPC) e da intimação dos advogados ou sociedade de advogados acerca da nova designação da audiência antecipada ou adiada (art. 363, CPC), na determinação para que se proceda na anotação, pelo distribuidor, de intervenção de terceiros, reconvenção ou outra hipótese de ampliação subjetiva ou objetiva do processo (art. 268, parágrafo único), bem como na correção do erro ou da falta de distribuição (art. 288, CPC).

⁶³ A direção formal do processo materializa-se, dentre outros casos, na repressão dos atos ímprobos e desleais praticados pelas partes, com a aplicação das respectivas sanções, como é o caso de o juiz determinar de ofício que expressões ofensivas sejam riscadas dos arrazoados das partes (art. 78, § 2.º, CPC), condenar o litigante de má-fé a pagar multa e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofrer e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou (art. 81, CPC), bem como, no processo de execução, ordenar o comparecimento das partes, advertir que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça e determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução (art. 772, I, II e III, CPC).

⁶⁴ É o caso de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem “o órgão judicial dispõe dos *meios*, não das *fontes* de prova, e estas, sendo o material bruto da prova, devem ser trabalhadas exclusivamente pelas partes: o juiz que passe a investigar de forma primária os fatos e a sua verdade comprometeria de forma irremediável a sua necessária e imprescindível imparcialidade. Já se há nos autos menção a determinados fatos, ainda não provados, nada impede que o órgão judicial determine a realização de algum meio de prova que elucide a questão. Pouco importa para o juiz, ao contrário da parte, o resultado que daí advier, o que lhe interessa é que

prova e os *meios de prova*, no sentido de que enquanto *fontes* abarcariam a realidade anterior e estranha ao processo, cuja existência seria independente do processo, enquanto os *meios* constituiriam um conceito jurídico-processual. Assim, todas as provas seriam pré-existentes ao processo como *fontes* e se constituiriam no processo como *meios*⁶⁵, o que fundamentaria a seguinte tese: as partes têm a disponibilidade das *fontes de prova*, que chegam ao processo a partir de suas alegações; o juiz, a partir das fontes trazidas pelas partes, tem o poder de direção dos meios de provas⁶⁶. Seguindo, em certa medida, a linha doutrinária mencionada, o Código de Processo Civil brasileiro *faculta* ao juiz, no seu artigo 370, determinar, de ofício, as provas necessárias ao julgamento do mérito⁶⁷.

Referido dispositivo legal afigura-se incompatível com o modelo garantista de processo consagrado pela Constituição, na medida em que paga um tributo excessivo ao hiperpublicismo processual, sufocando, com isso, o âmbito de liberdade das partes, as quais, por essa ótica, estariam submetidas justamente à vontade do órgão julgador. E o que sustenta essa visão? A busca pela verdade real. Não por acaso, Moacyr Amaral dos Santos defendia – assim como defendem aqueles que aplaudem o art. 370 do CPC – que em se tratando de descobrir a verdade “não é possível que a apreciação do juiz fique adstrita à vontade dos litigantes”⁶⁸.

Sabe-se que a verdade real não passa de um alibi retórico que visa a mascarar a atuação arbitrária – e, portanto, incompatível com a democracia – do julgador. Partindo de uma mixagem de paradigmas metafísicos onto-teo-lógicos, primeiro estabelece-se uma verdade independente do mundo, como se fosse uma *essência* a ser atingida no e pelo

exsurja luz suficiente a respeito, que possa orientar o julgamento” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 115-116).

⁶⁵ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEJA, 1979, pp. 151-153.

⁶⁶ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEJA, 1979, p. 169.

⁶⁷ No mesmo sentido, pode-se mencionar o poder para o juiz, de ofício, determinar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações das partes ou das testemunhas (art. 461, I, CPC), a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte quando, sobre fato que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações (art. 461, II, CPC), a produção de prova pericial técnica simplificada, em substituição à perícia, quando o ponto controvertido for de menor complexidade (art. 464, § 2.º, CPC), a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480, CPC), bem como poderá inspecionar, em qualquer fase do processo, pessoas ou coisas a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 481, CPC).

⁶⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Volume I. Parte Geral. Max Limonad: São Paulo, 1949, p. 110. Em sentido similar, ver MACHADO, António Montalvão. O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 336. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 108-112.

processo. Tal verdade passa a ser o *norte* que deve ser trilhado pelo processo⁶⁹. Depois do estabelecimento desse ideal, ao julgador se outorga o poder de fazer o que entender melhor para que atinja essa verdade, de modo que tudo passa a se concentrar no subjetivismo do sujeito. Dessa forma, a “verdade real” trabalha em um primeiro momento com um objetivismo filosófico como ideal para, em um segundo momento, relegar tudo ao solipsismo do julgador⁷⁰.

Outro campo em que se mostra problemática a questão da delimitação dos poderes do juiz é o âmbito dos mecanismos de efetivação dos provimentos jurisdicionais, como é o caso da possibilidade de o juiz de ofício, determinar a aplicação de medidas necessárias para satisfação do exequente (art. 536, CPC), impondo, por exemplo, a aplicação de *astreinte*⁷¹ para que o réu cumpra o preceito contido em decisão que concede tutela provisória ou na sentença (art. 537, CPC). No ponto, embora seja inegável que o órgão jurisdicional deve ser dotado de poderes suficientes para fazer valer seus provimentos, notadamente naqueles casos em que a realização do direito pressupõe a prática de atos materiais tendentes a alterar a realidade fática⁷², ele não é livre para utilizá-los. Em primeiro lugar, está o juiz vinculado ao pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor e ao direito material deduzido/reconhecimento em juízo. Desse modo, parte-se de um olhar sobre a situação de direito material e suas necessidades de tutela, a fim de que se possa verificar qual o meio mais adequado de efetivação do direito material de acordo com o caso concreto⁷³. Em segundo lugar, não obstante ao autor importe que a medida utilizada seja a mais eficiente possível para atingir o resultado almejado, não pode o juiz ceifar direitos fundamentais do réu, indo além dos próprios limites e meios estabelecidos em lei para a efetivação da tutela jurisdicional, valendo-se, por exemplo, de meios coercitivos

⁶⁹ TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 75-87, mar. 2014, p. 81.

⁷⁰ Para um aprofundamento dessa crítica, ver STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a teoria dos Standards Probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Novos Estudos Jurídicos* (Online), v. 22, p. 390-416, 2017.

⁷¹ A palavra *astreinte* tem origem no latim “*adstringere*”, o que revela a sua índole coativa (RESTAINO, Nicola. *L'esecuzione coattiva in forma specifica*. Roma: Il Nuovo Diritto, 1948, p. 23).

⁷² Sobre o tema, há muito Barbosa Moreira refere que os poderes de coerção conferidos ao órgão jurisdicional constituem “poderes inerentes à condição de órgão público, de que o juiz se acha investido. Por isso mesmo, não os têm os árbitros, que precisam valer-se do auxílio da Justiça estatal quando, por exemplo, querem fazer vir à sua presença uma testemunha recalcitrante” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz. Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62).

⁷³ Em sentido similar, DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 7. DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 23-24.

voltados a atuar sobre a vontade do devedor, quando a própria legislação estabelece que a efetivação da tutela condenatória/pecuniária deve ser pautada pela regra da responsabilidade patrimonial (art. 789, CPC). Nesse sentido, devem ser repudiadas as interpretações conferidas ao art. 139, IV, do CPC, que, com o objetivo de superar os limites da própria execução patrimonial (que são impostos pela Constituição e pelo próprio CPC, como é o caso das regras de impenhorabilidade), vêm arbitrariamente cassando passaporte, CNH e cartões de crédito do devedor⁷⁴.

Por fim, extremamente perigoso é o emprego das chamadas “questões de ordem pública”, por juízes e tribunais brasileiros, que as utilizam como forma de legitimar uma espécie de espaço livre de atuação oficiosa. Trata-se, na verdade, de um problema que decorre da anemia significativa da expressão “ordem pública” pois com ela muito pouco se diz. É até espantoso como essa questão ainda persiste na atual quadra histórica. Afinal de contas, há mais de um século já se apontava a sua vagueza e a falta de critérios para distingui-las de outras matérias⁷⁵. Por sinal, a clássica lição de Geny, para quem as matérias de ordem pública consistiriam em regras superiores formadoras das condições vitais da sociedade e que deveriam dominar as vontades particulares⁷⁶, muito pouco contribui para uma depuração conceitual do termo. Desse modo, está mais do que na hora de a doutrina processual abandonar de vez o emprego da expressão questão ou matérias de ordem pública e reconhecer que o espaço de atuação de ofício do juiz deve ser *formalmente* conformado pela lei e, *materialmente*, pela Constituição, justificando-se, portanto, que a sua atuação de ofício esteja destinada a garantir o respeito aos direitos fundamentais processuais inerente ao devido processo, os quais servem de base para a estruturação de temas como pressupostos processuais e invalidades processuais, nos quais há um amplo espaço de atuação de ofício conferido ao órgão julgador. Aqui, trata-se de uma esfera em que a autonomia das partes deve ceder em favor do conteúdo determinante do processo jurisdicional democrático⁷⁷.

⁷⁴ A respeito, ver STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

⁷⁵ Nesse sentido, VAREILLES-SOMMIERES, Gabriel *La Broue. Des lois d'ordre public et de la derogation aux lois: etude de philosophie du droit et de droit civil* (1899). London: Kessinger Publishing, 2009, p.18.

⁷⁶ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo*. Segunda edición. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 634.

⁷⁷ Em sentido similar, tratando especificamente das convenções processuais, ver GIUSSANI, Andrea. Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*. v. 64, n. 1, mar. 2010. Milano: Giuffrè, 2010.

Logo, embora a legislação atribua poderes para o juiz atuar de ofício no terreno daquilo que a doutrina costuma chamar de “técnica processual”, isso não significa conferir-lhe uma espécie de carta branca para transformá-lo em “dono do processo”, como se estivéssemos diante de uma espécie de reprimenda do socialismo e do hiperpublicismo processual⁷⁸. Desse modo, há um limite que é dado pela linguagem, a qual impede que o juiz possa simplesmente dispor do processo.

Nesse ponto adentra sobranceira a noção de tradição advinda da Hermenêutica Filosófica, em Hans-Georg Gadamer, da qual a *Crítica Hermenêutica do Direito* faz uma antropofagia. Sabe-se que a hermenêutica gadameriana eleva a linguagem ao mais alto patamar, pois parte da premissa heideggeriana de que a linguagem não é um instrumento, vale dizer, uma terceira coisa que serve de meio para que o sujeito acesse o objeto. Sob essa perspectiva, é possível afirmar que Gadamer faz tal elevação “em uma ontologia hermenêutica, entendendo, a partir disto, que é a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico”⁷⁹. Significa dizer, portanto, que a linguagem, por não ser um instrumento, não está à disposição de ninguém e não é privada: é pública⁸⁰. Assim também deveria ocorrer com o Direito.

Com efeito, no ponto aparece a principal contribuição da *Crítica Hermenêutica do Direito* para a (de)limitação do poder do juiz no processo civil contemporâneo, que advém do seu paradigma filosófico, vale dizer, do seu lugar de fala. Ernildo Stein bem adverte que passamos da fase de um objetivismo ingênuo, que sai etiquetando coisas. Tampouco podemos admitir o paradigma moderno, em que o sujeito é o predador do objeto. Em um verdadeiro paradigma hermenêutico, a (de)limitação dos poderes do juiz advém daquilo que se pode dizer intersubjetivamente *na e pela linguagem*⁸¹, pois todos estão sujeitos à

⁷⁸ Sobre o tema ver RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 296.

⁸⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 114.

⁸¹ Valendo a lembrança que a Hermenêutica não admite – salvo didaticamente – a cisão entre questões epistemológicas e éticas: “Quando se coloca a questão de Heidegger depois, esta questão está resolvida. Nós como que estamos sentados sobre o mundo da vida. Não aceitamos a distinção entre razão e a prática, entre razão teórica e razão prática. Simplesmente porque, como seres históricos, é aí que Heidegger complementa, como seres históricos, temos a racionalidade não puramente isolada do aparelho cognitivo. E a racionalidade não puramente isolada do aparelho cognitivo. E a racionalidade do nosso modo de nos comportarmos no mundo. Então, não há primeiro uma teoria da racionalidade e depois uma da racionalidade prática, mas nosso modo de nos comportar no mundo já está dado como um todo de razão prática”. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: uma introdução à filosofia*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988, p. 104.

constrangimentos epistemológicos⁸². E os constrangimentos epistemológicos, apesar de didaticamente se situarem na ordem do ser, possuem logicamente força de dever-ser⁸³.

Veja-se, assim, que existem limites para a atuação do magistrado dentro do espaço da técnica estabelecidos através da tradição, conforme demonstrado, por exemplo, no caso do art. 139, IV, CPC. Gadamer buscou recuperar o crédito da tradição, maculado pelo *Aufklärung*, para delimitar o sujeito moderno⁸⁴. A *Crítica Hermenêutica* busca fazer a mesma coisa, restaurando a autoridade dos constrangimentos epistemológicos que são ignorados sistematicamente nos tribunais. Eis, portanto, o fundamental papel da doutrina e, não por menos que Lenio Streck constantemente roga para que a “doutrina volte a doutrinar” e que se respeite a coerência e integridade do direito. Isso, no fundo, tem amparo em um importantíssimo aspecto de democracia, pois o paradigma hermenêutico é o paradigma filosófico que melhor compreendeu a questão da democracia. Assim, sem nenhuma ironia, fica mais do que evidente a importância de uma boa dogmática e do resgate da autoridade da tradição, pois são elas que auxiliarão efetivamente na delimitação dos poderes dos juízes.

4 Considerações finais

Com o resgate histórico, próprio do “método” fenomenológico-hermenêutico, percebeu-se que o modo como a dogmática jurídica trata do “princípio” dispositivo é pautado em uma tradição inautêntica e disso se segue que tal “princípio” não possui

⁸² Ver o verbete “Constrangimento epistemológico” em STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

⁸³ A Guilhotina de Hume, como é sabido, é uma decorrência lógica do empirismo proposto pelo filósofo escocês David Hume. Trata-se de uma reivindicação, em seu terceiro livro do *Tratado da Natureza Humana*, de que não se poderia derivar uma conclusão de “dever-ser” de uma premissa de ser e frequentemente é utilizada como argumento quando se faz uso de elementos situados didaticamente na ordem da razão teórica para justificar elementos na razão prática. Contudo, conforme já demonstrado, essa separação é anti-hermenêutica e, mais do que isso, infundada. Dentre tantos que já escreveram sobre o tema, um dos mais claros exemplos advém de MacIntyre que demonstra, em “After Virtue”, que o bom e o ruim de forma alguma são independentes do conceito empregado. Em dois exemplos distintos, demonstra que das premissas aparentemente descritivas de que “o relógio não marca corretamente a hora” e o “fazendeiro teve um índice de produção maior do que todos os outros” se seguem, logicamente, as premissas “o relógio é ruim” e o “fazendeiro é bom”. MacIntyre acertadamente argumenta que “o conceito de relógio não pode ser definido independentemente do conceito de um bom relógio e o conceito de fazendeiro independentemente do bom fazendeiro”. MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. 2007, p. 57-58.

⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Maurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 362 e ss.

aptidão para atuar na (de)limitação dos poderes dos juízes; pelo contrário, ele acaba reforçando os poderes do juiz no tocante ao plano da chamada “técnica processual”. Nessa linha, desvelou-se que é necessária uma análise que transcenda as usuais observações limitadas a concepções analíticas para que, efetivamente, se possa falar em uma (de)limitação na atuação do magistrado.

Com efeito, percebe-se assim que o paradigma hermenêutico, lança as bases para que isso ocorra, apostando fundamentalmente no resgate da autoridade dos constrangimentos epistemológicos e na superação de uma dogmática excessivamente limitada ao discurso (*logos*) apofântico. Somente assim os espaços de atuação englobados pela “técnica processual” serão preenchidos de forma autêntica, sem que se relegue toda essa questão ao subjetivismo do julgador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária. In: AROCA, Juan Montero (coordinador). *Proceso civil e ideologia*. 2 ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.
- CALAMANDREI, Piero. Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliografica argentina, 1945.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1972.

- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile. Parte prima. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962.
- CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica del processo. *Studi in onore di Enrico Redenti*. Nel anno del suo insegnamento. Volume secondo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Traducción de niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- CIPRIANI, Franco. Il processo civile nello Stato democratico. In: *Il processo civile nello Stato democratico*. Saggi. Collana biblioteca di diritto processuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- CORBISIER, Roland. Prefácio. In: ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Consultor Jurídico*, São Paulo. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em 18 de novembro de 2016.
- DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional. *Revista brasileira de direito processual*. RBDPro. Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun de 2017.
- DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 7. DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Maurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- GENY, François. *Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo*. Segunda edición. Madrid: Editorial Reus, 1925.
- GIUSSANI, Andrea. Autonomia privada e presupposti processuali: note per un inventario. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*. v. 64, n. 1, mar. 2010. Milano: Giuffrè, 2010.

- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962.
- MACHADO, António Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. 2007.
- MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1979.
- MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: EDIAR, 1945.
- MONTELEONE, Girolamo. *El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil*. In: AROCA, Juan Montero (coordinador). *Proceso civil e ideologia*. 2 ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009.
- NOSETE, José Almagro. *Garantias Constitucionales del Proceso Civil*. *Revista Justicia*, Barcelona, n. 81, 1981.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RAATZ, Igor. *Exceções substanciais e (de)limitação dos poderes do juiz no processo civil*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Vol. 18, n. 2, pp. 297-326, Mai-Ago de 2017.
- RAMOS, Glauco Gumerato. *Processo jurisdicional, república e os institutos fundamentais do direito processual*. *Revista de processo*. v. 245, março de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- RESTAINO, Nicola. *L'esecuzione coattiva in forma specifica*. Roma: Il Nuovo Diritto, 1948.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Volume I. Parte Geral. Max Limonad: São Paulo, 1949.
- SCHMIDT, Denis J. On the Idiom of Truth and the Movement of Life: Some Remarks on the Task of Hermeneutics. *Internationales Jahrbuch für Hermeneutik*. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2011.
- STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da Hermenêutica. *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Org. Ernildo Stein, Lenio Streck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: uma introdução à filosofia*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? *Consultor Jurídico*, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 09 abr. 2017.
- STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a teoria dos Standards Probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Novos Estudos Jurídicos* (Online), v. 22, p. 390-416, 2017.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 75-87, mar. 2014.

VAREILLES-SOMMIERES, Gabriel *La Broue. Des lois d'ordre public et de la derogation aux lois: etude de philosophie du droit et de droit civil* (1899). London: Kessinger Publishing, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.