

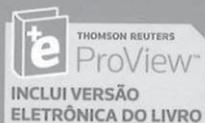
LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
DANIEL MITIDIERO

NOVO

CURSO DE
**PROCESSO
CIVIL**

Volume 1

TEORIA DO PROCESSO CIVIL



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCIO BIANCO

Analistas Editoriais: Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos e Victor Bonifácio

Capa: Tony Rodrigues

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Novo curso de processo civil : teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. -- (Curso de processo civil ; v. 1)

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-5956-3

1. Processo civil 2. Processo civil - Brasil I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Mitidiero, Daniel. III. Título. IV. Série.

15-00595

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito processual civil 347.9 2. Processo civil : Direito civil 347.9

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
DANIEL MITIDIERO

NOVO

CURSO DE
PROCESSO CIVIL

Volume 1

TEORIA DO PROCESSO CIVIL



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

3.6.2	Oralidade.....	534
3.6.2.1	Introdução.....	534
3.6.2.2	Elementos da oralidade no processo.....	536
3.6.2.3	O procedimento comum e a oralidade.....	538
3.6.3	Impulso oficial.....	539
3.7	O processo como procedimento adequado aos fins do estado constitucional. O processo civil como meio para tutela dos direitos.....	540
4.	O PROCESSO, OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E O MÉRITO DA CAUSA.....	541
4.1	O processo e a cognição judicial.....	541
4.2	Os pressupostos processuais.....	542
4.3	Os pressupostos processuais de existência e de validade na doutrina.....	543
4.4	Os pressupostos processuais na teoria de Bülow.....	543
4.5	A superação das duas fases e a instituição do processo único diante dos pressupostos processuais.....	545
4.6	A influência do conceitualismo sobre a ideia de pressuposto processual... ..	546
4.7	Os ditos pressupostos processuais não dizem respeito ao processo e não são requisitos para o julgamento do mérito.....	548
4.8	A necessidade de descoberta dos valores e das funções dos ditos pressupostos processuais.....	550
4.9	Os referidos pressupostos diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo.....	553
4.10	A compreensão dos “pressupostos processuais” a partir das suas funções e dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo demonstra a incapacidade da teoria da relação jurídica processual e da categoria dos pressupostos processuais para expressar o significado de processo jurisdicional no Estado Constitucional.....	554
4.11	O processo e o mérito da causa.....	555
5.	PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	557
5.1	Processo de conhecimento e processo de execução.....	557
5.2	O conceitualismo e a formação do Código Buzaid.....	558
5.2.1	A estrutura do Código Buzaid.....	558
5.2.2	Processo civil, realidade social e direito material.....	561
5.3	As reformas do Código Buzaid.....	568
5.4	O novo Código de Processo Civil e a tutela dos direitos.....	570
5.4.1	A estrutura do novo Código. Do processo à tutela.....	572
5.4.2	Processo civil, realidade social e direito material.....	574
	CASOS.....	575
	SOLUÇÕES DOS CASOS.....	577
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	581

Introdução

Por força de um notório exercício de abstração realizado pela doutrina italiana da primeira metade de Novecentos,¹ cujo resultado foi a transformação da *Rivista di Diritto Processuale Civile* em *Rivista di Diritto Processuale*, a criação de uma disciplina nos currículos universitários e o fomento de um modo de ver o processo civil inconscientemente despreocupado com as particularidades do direito material que esse deveria se encontrar pré-ordenado a efetivar, tornou-se lugar-comum o estudo do processo civil ser precedido pelo estudo da *teoria geral do processo*. Essa tradição foi importada pela doutrina brasileira na segunda metade de Novecentos² e mesmo no início do nosso século contou com entusiasmadas adesões e criativas tentativas de desenvolvimento.³

A expressão *teoria geral* – cuja aplicação à teoria do direito foi feita pela primeira vez em Oitocentos tanto na tradição romano-germânica (*Allgemeine Rechtslehre*) como na tradição do *Common Law* (*general jurisprudence*)⁴ – pode ser compreendida no mínimo de três maneiras diferentes. A ambiguidade da expressão reside especificamente na adjetivação *geral* que acompanha o substantivo *teoria*.

Em primeiro lugar, pode-se falar em *teoria geral* para designar-se uma *teoria universal*, isto é, uma teoria que se propõe a identificar os conceitos suscetíveis de emprego e os institutos comuns para compreensão de qualquer ordenamento ju-

¹ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, p. 3-6, v. I.

² Com a publicação em 1974 do livro *Teoria geral do processo*, de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, hoje na 30. ed., 2014.

³ Fredie Didier Júnior, *Sobre a teoria geral do processo – Essa desconhecida*.

⁴ Pierluigi Chiassoni, *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, p. 125-128 e p. 192-197; Guido Fassò, *Storia della Filosofia del Diritto*, atualizada por Carla Faralli, p. 183-185, v. III. A expressão “*general jurisprudence*” é devida a John Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence* (1863), in *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, com introdução de Herbert Hart, p. 367, cuja notória inspiração é a *universal unauthoritative expository jurisprudence* de Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), editado por J. H. Burns e Herbert Hart e com ensaios de F. Rosen e Herbert Hart, p. 293-295, apontada como verdadeira certidão de nascimento da teoria do direito (Pierluigi Chiassoni, *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, p. 15). A expressão *Allgemeine Rechtslehre* é própria do final de Oitocentos no âmbito da cultura jurídica germânica e pode ser encontrada, por exemplo, na obra de August Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*.

rídico sem nenhuma distinção de espaço e de tempo⁵ – isto é, com a abstração de qualquer elemento jurídico-cultural. Trata-se de acepção em grande parte ligada ao estilo cientificista do jusnaturalismo racionalista de Setecentos.⁶ Nessa perspectiva, a teoria geral acaba se convertendo em uma teoria simplesmente preocupada com a *terminologia* jurídica.⁷

O problema é que os ordenamentos jurídicos não se valem invariavelmente dos mesmos conceitos e institutos jurídicos. Nem sempre às mesmas palavras correspondem os mesmos conceitos, assim como os ordenamentos não contam necessariamente com institutos comuns.⁸ A expressão *jurisdiction* no âmbito da doutrina estadunidense, por exemplo, significa *competência*, sendo que o nosso conceito de *jurisdição* encontra adequada tradução naquela doutrina com o termo *adjudication*. Ainda, o processo civil brasileiro conhece o instituto dos embargos de declaração como um recurso (art. 1.022 do CPC), ao passo que o direito alemão trata como simples requerimento o pedido de correção da decisão por obscuridade ou contradição (§ 320, ZPO). No mais, a própria ideia de conceitos lógico-jurídicos *a priori* e universais deixa de lado o fato de que não é possível conceber a existência de conceitos jurídicos independentes de determinada ordem jurídica. Daí que a pretensão de universalidade conceitual e institucional vinculada à teoria geral como teoria universal não se sustenta.

Em segundo lugar, pode-se cogitar de *teoria geral* como *teoria transordenamental*, isto é, uma teoria que tem por objetivo construir os conceitos suscetíveis de utilização em determinados ordenamentos jurídicos que contam com características semelhantes.⁹ Cuida-se de acepção notoriamente ligada ao positivismo jurídico kelseniano de

⁵ Riccardo Guastini, *Teoria del diritto – Approccio metodologico*, p. 28. Nessa linha, Fredie Didier Júnior, *Sobre a teoria geral do processo*, p. 36 (“uma teoria é geral quando reúne enunciados que possuem pretensão universal, invariável”) e p. 64 (“a teoria geral do processo, teoria do processo, teoria geral do direito processual ou teoria do direito processual é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais. São conceitos lógico-jurídicos processuais todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra. (...) A teoria geral do processo pode ser compreendida como uma teoria geral, pois os conceitos lógico-jurídicos processuais, que compõem o seu conteúdo, têm pretensão universal. Convém adjetivá-la como ‘geral’ exatamente para que possa ser distinguida das teorias individuais do processo, que têm pretensão de servir à compreensão de determinadas realidades normativas”).

⁶ Riccardo Guastini, *Teoria del diritto*, p. 28. Sobre o estilo cientificista do jusnaturalismo racionalista, sinteticamente, Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 206; extensamente, Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, p. 249/347 (há tradução portuguesa: Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, tradução de Antônio Manuel Hespánha, p. 279/395).

⁷ Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, p. 295.

⁸ Riccardo Guastini, *Teoria del diritto*, p. 28.

⁹ Idem, p. 29.

Novecentos.¹⁰ Nessa linha, porém, a teoria geral termina esfumando-se no âmbito de um simples exercício de *comparação* jurídica.¹¹

Em terceiro lugar, é possível falar em *teoria geral* como *teoria transsetorial*, isto é, como uma teoria encarregada de reconstruir os fundamentos e os conceitos que são comuns aos diferentes setores de um mesmo ordenamento jurídico.¹² Essa é uma maneira apropriada de compreender o significado de uma teoria geral – que, no entanto, não nos parece adequado para viabilizar o estudo do processo.¹³

Embora a tradição possa legitimar o uso em determinados contextos da expressão *teoria geral do processo* para uma melhor comunicação com a comunidade acadêmica,¹⁴ é certo que existem *diferenças funcionais* entre o processo civil e o processo penal¹⁵ – isso para não falarmos nas diferenças entre os processos jurisdicionais e não

¹⁰ Como observa Hans Kelsen, no prefácio à sua *Teoria geral do direito e do Estado* (1945), “a teoria que será exposta na primeira parte deste livro é uma teoria geral do direito positivo. O direito positivo é sempre o direito de uma comunidade definida: o direito dos Estados Unidos, o direito da França, o direito mexicano, o direito internacional. Conseguir uma exposição científica dessas ordens jurídicas parciais que constituem as comunidades jurídicas correspondentes é o intuito da teoria geral do direito aqui exposta. Esta teoria, resultado de uma análise comparativa das diversas ordens jurídicas positivas, fornece os conceitos fundamentais por meio dos quais o direito positivo de uma comunidade jurídica definida pode ser descrito” (*Teoria geral do direito e do Estado*, tradução de Luís Carlos Borges, p. XXVII).

¹¹ Riccardo Guastini, *Teoria del diritto*, p. 29.

¹² Idem, p. 31. Por essa razão, dada a necessidade de transversalidade como algo inerente à caracterização da teoria geral, parece-nos inapropriado falar em teoria geral do processo civil (como está, por exemplo, em Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes, *Teoria geral do processo civil*), porque aí a teoria geral acaba sendo reportada apenas a um único setor da dogmática jurídica.

¹³ Contra, entendendo possível a existência de uma teoria geral do processo capaz de amalgamar o estudo do processo civil e do processo penal, Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, p. 3-6; *Diritto e processo*, p. 47-48; Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 48; contra, entendendo possível a existência de uma teoria geral do processo capaz de enfeixar não só o estudo dos processos jurisdicionais civil, trabalhista e penal, mas também dos processos não jurisdicionais administrativo e legislativo, Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 67-69; Fredie Didier Júnior, *Sobre a teoria geral do processo*, p. 76.

¹⁴ E precisamente por isso – para facilitar o diálogo acadêmico – um de nós intitulou um de seus livros anteriores como *Teoria geral do processo*, nada obstante o seu conteúdo facilmente denotasse se tratar de um livro voltado especificamente para a teoria do processo civil (Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*, v. I).

¹⁵ O processo civil é um meio para tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos mediante processo justo. O direito de ação e o direito de defesa estão, como regra, em equilíbrio. O processo penal, embora sirva para efetiva realização da pretensão punitiva alegada pelo Estado mediante processo justo, constitui em primeiro lugar um anteparo ao arbítrio do Estado e instrumento de salvaguarda da liberdade do acusado. As posições ocupadas pelo demandante e pelo demandado não estão, como regra, em equilíbrio. Essas diferenças funcionais entre o processo civil e o processo penal demandam diferentes adequações em termos de técnica processual para

jurisdicionais¹⁶ – que desautorizam sua teorização conjunta. E como essas diferenças funcionais acabam ecoando nas *grandes linhas* do processo civil, na *formulação dos seus conceitos* e na *estruturação do processo* como um todo, o ideal é que o processo civil seja teorizado autonomamente.

Essa é a razão pela qual este volume de nosso *Curso* cuida apenas da *teoria do processo civil*. Neste examinamos os conceitos básicos do processo – jurisdição, ação, defesa e processo – na *perspectiva do processo civil*, bem como o modo pelo qual o nosso novo Código de Processo Civil está estruturado para prestação da *tutela jurisdicional dos direitos*. Nos próximos volumes estudaremos a *tutela dos direitos mediante procedimento comum* e a *tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*.

promoção de sua justa estruturação. Nessa linha, frisando as diferenças entre o processo civil e o processo penal, Heitor Sica, *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil*, p. 432.

¹⁶ As diferenças são ainda mais flagrantes entre os processos jurisdicionais e os processos não jurisdicionais. O processo legislativo, por exemplo, não tem a necessidade de terminar com uma decisão justificada, bastando como meio de sua legitimação a composição de maioria parlamentar. O processo judicial obedece a outra lógica: sem decisão justificada não há exercício legítimo do poder estatal.

da
ma
pro
exist
nada
Con
midad
os direit
legafid
lhado co
colabora
incorpon
lei com a U
porém, qu
trocando
tinação d
velade, opr

Gu
Franc
tradiciona
dechid, Di
Processual
dos Ver
Ver Mar
James F
José Al
Guilherme L

PARTE I

A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL